

**UNIVERSITÉ PARIS 8**  
**Vincennes – Saint-Denis**

**ÉCOLE DOCTORALE DE SCIENCES SOCIALES N°401**

**Laboratoire de droit médical et de la santé EA 1581**

**Laboratoire Forces du droit EA 4387**

**Laboratoire de droit social de l'Université Panthéon-Assas (Paris 2) EA 338**

**T H È S E**

pour obtenir le grade de

**DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ PARIS - 8**

Discipline : Droit

Présentée et soutenue par :

**Léo WADA**

Le 12 décembre 2017

**L'OFFICE DU JUGE EN DROIT DE LA  
RESPONSABILITÉ MÉDICALE**

**Sous la direction de :**

Mme Catherine PUIGELIER – Professeur à l'Université Paris Lumières (Paris VIII)

Membre du laboratoire de droit social de l'Université

Panthéon-Assas (Paris II)



## Membres du jury

- Pierre-Olivier Chaumet** Maître de conférences - HDR à  
l'Université Paris 8
- Jacques Foyer** Professeur émérite de  
l'Université Panthéon – Assas (Paris 2)
- Claude Grellier** Professeur honoraire associé à  
l'Université Paris 8  
Conseiller honoraire à la Cour de cassation
- Christian Jubault** Professeur à  
Rapporteur l'Université du Littoral-Côte-d'Opale
- Gérard Mémeteau** Professeur émérite de  
Rapporteur l'Université de Poitiers
- Catherine Puigelier** Professeur à l'Université Paris 8  
Directeur de thèse



## REMERCIEMENTS

A ma famille,  
A mes amis,

Le doctorat n'est pas cette traversée solitaire comme on l'imagine parfois car il est bien difficile pour un doctorant de connaître la position du navire par rapport au vent.

Il convient de remercier tous ceux sans qui, perdu dans les eaux trop profondes du droit, nous ne serions arrivés à bon port.

Ainsi, je remercie vivement :

Ma directrice de thèse, Madame le Professeur Catherine Puigelier, dont la rigueur intellectuelle n'a d'égale que les qualités humaines.

Monsieur le conseiller Claude Grellier pour son soutien et ses recommandations tout au long du projet.

Madame le Professeur Hélène Gaumont-Prat pour sa confiance et son appui initial au sein du laboratoire.

Maître Gisèle Mor qui m'a beaucoup appris et sans qui je n'aurais eu l'idée de cette recherche.

Monsieur le Professeur Gérard Mémeteau pour sa disponibilité et ses précieux conseils.

Mesdames, Messieurs les magistrats qui ont eu la gentillesse de répondre à mes questions : Amédée Baudouin, Domitille Duval-Arnould, Benoît Mornet, Brigitte Vannier.

Les membres du jury qui ont pris le temps de juger et d'analyser mon travail.



## TABLE DES ABRÉVIATIONS

|  |   |
|--|---|
| AJDA :   | Revue Actualité juridique - Droit administratif                           |
| AJ Fam :   | Revue Actualité juridique - Famille                                       |
| AJ Pénal :   | Revue Actualité juridique - Pénal   |
| Ass. Plén :  | Assemblée plénière de la Cour de cassation                                |
| Ass. Nat. :  | Assemblée Nationale   |
| BICC :   | Bulletin d'information de la Cour de cassation                            |
| Bull. civ :  | Bulletin des arrêts de la Cour de cassation,<br>chambres civiles          |
| Bull. crim. :  | Bulletin des arrêts de la Cour de cassation,<br>chambre criminelle        |
| C/ :   | Contre  |
| CA :   | Cour d'appel  |
| CAA :  | Cour administrative d'appel   |
| Cass. ass. plén :  | Cour de cassation rassemblée en assemblée plénière                        |
| Cass. :  | Cour de cassation   |
| Cass. civ. 1 <sup>re</sup> / 2 <sup>e</sup> / 3 <sup>e</sup> : | Première, Deuxième ou Troisième chambre civile de la<br>Cour de cassation |
| Cass. com :  | Chambre commerciale de la Cour de cassation                               |
| Cass. crim :   | Chambre criminelle de la Cour de cassation                                |
| Cass. mixte :  | Cour de cassation rassemblée en chambre mixte                             |
| Cass. req. :   | Chambre des requêtes de la Cour de cassation<br>(avant 1947)              |
| Cass. soc :  | Chambre sociale de la Cour de cassation                                   |
| CCI :  | Commission de conciliation et d'indemnisation                             |
| CCNE :   | Comité Consultatif National d'Ethique                                     |
| CE :   | Conseil d'État  |

|                           |  |
|---------------------------|--|
| CEDH :                    | Cour européenne des droits de l’homme  |
| Ch. réunies :             | Chambres réunies   |
| Chron. :                  | Chronique  |
| Comm. :                   | Commentaire  |
| Concl. :                  | Conclusions  |
| Cons. Const. :            | Conseil Constitutionnel  |
| CJUE :                    | Cour de justice de l’union européenne  |
| CSM :                     | Conseil supérieur de la magistrature   |
| CSP :                     | Code de la santé publique  |
| D. :                      | Recueil Dalloz-Sirey   |
| D. A. :                   | Recueil analytique de jurisprudence Dalloz   |
| Defrénois :               | La revue du notariat Defrénois   |
| D. H. :                   | Recueil hebdomadaire de jurisprudence Dalloz   |
| D. P. :                   | Recueil périodique et critique de jurisprudence,<br>de législation et de doctrine Dalloz |
| Dr. adm. :                | Revue Droit administratif  |
| Dr. fam. :                | Revue Droit de la famille  |
| Dr. pén. :                | Revue Droit pénal  |
| Dr. soc. :                | Revue Droit social   |
| Ed. :                     | Édition  |
| Fasc. :                   | Fascicule  |
| FITH :                    | Fonds d’indemnisation des transfusés et hémophiles                                       |
| FIVA :                    | Fonds d’indemnisation des victimes de l’amiante  |
| J.-Cl. (civil, pénal...): | Juris-Classeur (répertoire)  |
| JCP :                     | Juris-Classeur périodique (Semaine juridique)  |
| – éd. G :                 | Édition Générale   |
| – éd. N :                 | Édition Notariale  |
| – éd. S :                 | Édition Sociale  |

|                           |  |
|---------------------------|--|
| JO :                      | Journal officiel   |
| LGDJ :                    | Librairie générale de droit et de jurisprudence              |
| N° :                      | Numéro   |
| Obs :                     | Observations   |
| Op. cit. :                | Opere Citato   |
| ONIAM :                   | Office national d'indemnisation des accidents médicaux       |
| P. :                      | Page   |
| Pp. :                     | Pages  |
| Préc. :                   | Précité  |
| Préf. :                   | Préface  |
| QPC :                     | Question prioritaire de constitutionnalité                   |
| Rapport annuel :          | Rapport annuel de la Cour de cassation                       |
| RDSS :                    | Revue de droit sanitaire et social                           |
| Rec. CC :                 | Recueil des décisions du Conseil Constitutionnel             |
| Rec. Lebon :              | Recueil des arrêts du Conseil d'État                         |
| Rép. pén. et proc. pén. : | Répertoire de droit pénal et de procédure pénale<br>(Dalloz) |
| Rép. proc. civ. :         | Répertoire de procédure civile (Dalloz)                      |
| Resp. civ. et ass. :      | Revue Responsabilité civile et assurances                    |
| Rev. dr. pub. :           | Revue de droit public  |
| Rev. dr. trav. :          | Revue de droit du travail                                    |
| Rev. sc. crim. :          | Revue de science criminelle et de droit pénal comparé        |
| RGDM :                    | Revue générale de droit médical                              |
| RJS :                     | Revue de jurisprudence sociale                               |
| RTD civ. :                | Revue trimestrielle de droit civil                           |
| RTD com. :                | Revue trimestrielle de droit commercial                      |
| s. :                      | Suivant  |
| S. :                      | Recueil Sirey  |

|               |   |
|---------------|---|
| sect. :       | Section   |
| Soc. :        | Chambre sociale de la Cour de cassation   |
| TA :          | Tribunal administratif  |
| T. :          | Tome  |
| Trad. :       | Traduction  |
| Trib. confl : | Tribunal des conflits   |
| URSSAF :      | Union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales |
| v. :          | Voir  |
| VHC :         | Virus de l'hépatite C   |
| VIH :         | Virus de l'immunodéficience humaine   |
| Vol. :        | Volume  |

# **SOMMAIRE**

## **Introduction**

### **PREMIÈRE PARTIE LE RÔLE CRÉATEUR DU JUGE**

#### **TITRE I : LA CONSTRUCTION D'UN PRINCIPE**

Chapitre 1. Les principes du juge civil

Chapitre 2. Les principes du juge administratif

#### **TITRE II : LA CONSTRUCTION D'UN RÉGIME**

Chapitre 1. L'expert médical : un apport indispensable et ambigu

Chapitre 2. Le préjudice : une notion ondoyante

### **SECONDE PARTIE LE RÔLE DU JUGE À CONSOLIDER**

#### **TITRE I : L'APPRÉHENSION CIRCONSTANCIÉE DU JUGE**

Chapitre 1. La recherche d'un équilibre entre responsabilité et solidarité

Chapitre 2. La recherche du lien causal

Chapitre 3. Le rôle du juge déterminé par les parties

#### **TITRE II : L'APPRÉHENSION DU JUGE À PÉRENNISER**

Chapitre 1. Entre barèmes et référentiels : la liberté du juge en question

Chapitre 2. De l'équité à travers la réparation intégrale : un principe à défendre

Chapitre 3. L'unification du contentieux de la responsabilité médicale : le besoin de clarté

## **Conclusion**



*« La justice ne veut rien de toi. Elle te prend quand tu arrives et te laisse quand tu t'en vas ».*

Franz Kafka, *Le procès* (1925)

*« La fonction du Juge (il est permis d'employer la lettre majuscule) est une si belle fonction ! (...) On voit que le juge est celui à qui il est demandé de rendre la justice, sans acception de personne et sans considération de l'apparence. Comme s'il y avait une sorte de justice immanente, au-delà des lieux, des époques, des hommes et des Etats. En réalité si je ne méconnaissais pas la part du hasard, des influences, des privilèges et des faiblesses dans l'exercice de la Justice, je crois à la notion de Juste, que restitue le juge ».*

Claude Grellier, *Le besoin de justice* (1990)



# INTRODUCTION

« Quelle est mission plus éminemment humaine que la réparation du dommage corporel ? » se demande à raison le Professeur Philippe Brun<sup>1</sup>.

La santé, il est vrai, occupe une place notable dans nos sociétés occidentales de plus en plus médicalisées<sup>2</sup> et demeure « l'une des préoccupations sociales les plus sensibles »<sup>3</sup>.

Les progrès de la science et des techniques médicales ont développé des aspirations, celles-ci se sont transformées en droit à l'accès aux soins disponibles voire à la garantie d'un état de santé satisfaisant selon la définition ambitieuse de l'organisation mondiale de la santé<sup>4</sup>.

Les enjeux sociaux et financiers sont importants et l'évolution médicale se structure autour d'un ordre juridique axé principalement sur la protection des droits fondamentaux de l'individu. La notion de droit à la santé (droit de recevoir des prestations de santé) devant par ailleurs être conciliée avec celle, plus collective, de droit de la santé.

Cette dernière se traduit par de nombreuses règles sanitaires via une administration qui connaît un développement important d'organismes de statuts divers.

Cette étude porte sur l'office du juge en droit de la responsabilité médicale. Des réflexions préliminaires s'imposent pour mieux appréhender ce sujet et en dessiner les contours. Elles nous permettront de définir les éléments de cette analyse.

Bertrand Pauvert relève à juste titre que « toute réflexion suppose préalablement la définition des termes et concepts ayant vocation à être objet de ladite réflexion (...). La définition est une opération de qualification d'un terme, laquelle apparaît lourde de conséquences puisqu'elle conditionne en large partie la suite de la réflexion, les mots ne servant pas tant à désigner qu'à agir »<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Propos repris par A. Guégan-Lécuyer (Synthèse), *Table ronde : L'incidence de la nomenclature sur la qualité de l'indemnisation*, Gazette du Palais, 27 décembre 2014, n°361, p. 21.

<sup>2</sup> *De la normativité à la normalisation, vers une société médicalisée*, Chapitre III – partie III, p. 87 in F. Demichel, *Au nom de quoi ? Libre propos d'une juriste sur la médicalisation de la vie*, Bordeaux, Les Etudes Hospitalières, Bibliothèque numérique de droit de la santé et d'éthique médicale, 2013, 284 p.

<sup>3</sup> D. Truchet, *Droit de la santé publique*, Dalloz, 2012, 268 p, p. 17.

<sup>4</sup> «La santé est un état de complet bien-être physique, mental et social, et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité ».

<sup>5</sup> B. Pauvert, *Regards sur le sens de la dignité*, RGDM numéro spécial « le sens des mots en droit des personnes et droit de la santé », juillet 2008, p. 77.

« L'existence du langage juridique est spontanément attestée par une réaction sociale. Cette donnée immédiate d'ordre socio-linguistique est aussitôt confirmée par une observation linguistique précise » soutenait le doyen Cornu<sup>6</sup>.

Le droit est une traduction<sup>7</sup> qui repose sur un langage spécifique. S'il y a certes « plus d'une définition dans la maison du droit » comme l'affirmait le doyen Carbonnier<sup>8</sup>, nous essayerons d'en entrevoir quelques-unes pour cerner ce sujet.

A cette fin, il nous faut brièvement mentionner qu'il existe d'abord un droit de la santé avant un droit de la responsabilité médicale.

***Réflexions autour du droit de la santé et de la responsabilité médicale.*** Le droit de la santé est polymorphe<sup>9</sup> : on le retrouve en droit civil, administratif, pénal, constitutionnel et disciplinaire. Les règles du droit de la santé s'inscrivent difficilement dans le clivage droit privé/droit public.

Il est, de ce point de vue, un droit mixte. Il emprunte aux disciplines fondamentales du droit, notamment le droit civil et le droit administratif, certains des principes qui le structurent. Aussi, « il trouve dans le droit constitutionnel et le droit international l'expression des principes sur lesquels il est constitué »<sup>10</sup>.

L'exigence de santé couvre tout aussi bien la santé individuelle que la santé publique. C'est « un droit particulier qui se rapporte à la fois à l'individu en ce qu'il a de plus personnel et à l'organisation sociale en ce qu'elle a de plus essentiel »<sup>11</sup>.

« Le droit à la santé ne peut être considéré, de manière générale, comme un droit subjectif mais comme une obligation pesant sur l'Etat » affirment des auteurs<sup>12</sup>. Le préambule de la Constitution de 1946 le rappelle sans ambages, la Nation « garantit, à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé »<sup>13</sup>.

---

<sup>6</sup> G. Cornu, *Linguistique juridique*, 3<sup>e</sup> éd, Paris, Montchrestien, 443 p, p. 12.

<sup>7</sup> F. Ost, *Le droit comme traduction. Premier balisage d'un champ d'étude*, in « Liber amicorum Paul Martens, L'humanisme dans la résolution des conflits, utopie ou réalité ? », Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 949-966.

<sup>8</sup> J. Carbonnier, « Il y a plus d'une définition dans la maison du droit » in *Droits*, n°11/2 « Définir le droit », Paris, PUF, 1990, p. 11.

<sup>9</sup> Et ce même dans sa terminologie puisqu'on le nomme parfois « Droit de la santé publique » (D.Truchet, *Droit de la santé publique*, Paris, Dalloz, 2012, 268 p) ou « Droit hospitalier » (M-L. Moquet-Anger, *Droit hospitalier*, 3<sup>e</sup> éd, Paris, LGDJ, Lextenso, Manuel, 473 p) dont les aspects ne sont que sensiblement différents.

<sup>10</sup> A. Laude, B. Mathieu, D. Tabuteau, *Droit de la santé*, 3<sup>e</sup> éd, Paris, PUF, Thémis droit, 2012, 728 p, p. 1.

<sup>11</sup> Ibid.p. 2.

<sup>12</sup> Ibid, p. 4.

<sup>13</sup> Avant cela, (...) « avec la Constitution thermidorienne du 5 fructidor an III (22 août 1795) la santé apparaît dans le champ des dispositions constitutionnelles comme un objet de police législative : « la Loi surveille particulièrement les professions qui intéressent les mœurs publiques, la sûreté et la santé des citoyens » (art. 356) ». D. Truchet, *Droit de la santé publique*, Paris, Dalloz, 2012, 268 p, p. 17.

Ce droit est aujourd'hui autonome dans la mesure où un code lui est dédié. Le code de la santé publique, créé en 1953 et transformé en profondeur par l'ordonnance de 2000<sup>14</sup> pour la partie législative et par d'importants décrets pour la partie réglementaire, compte aujourd'hui plus de 10 000 articles.

Il couvre des champs très vastes comme le droit des personnes en matière de santé, le droit particulier propre à certaines populations ou à certaines maladies mais aussi le droit applicable aux produits de santé, aux professionnels et aux établissements de santé. De ce fait, il est l'un des codes les plus cités devant les tribunaux.

Il nous semble que cet édifice important de codification mériterait une étude à part entière sur les parallèles à faire avec la jurisprudence antérieure et les raisons sanitaires et sociales qui ont amené à une telle superposition de régimes. On peut regretter que le code s'apparente de plus en plus à un mille-feuille. Cette situation lui fait perdre en lisibilité ; les règles spécifiques se sont accumulées au fil des problèmes sanitaires.

Quant au système de santé, il est composé d'un ensemble d'intervenants : professionnels de santé, établissements et réseaux de santé ainsi que des organismes d'assurance maladie, des organismes participant à la prévention et aux soins, des autorités sanitaires et des usagers. De plus en plus de personnels et de spécialités interviennent dans le processus de soins, ce qui contribue à l'essor du droit médical. L'acception de la santé n'est donc plus limitée aux seules structures de soins<sup>15</sup>.

La responsabilité médicale a, quant à elle, pour objet les agissements des professionnels de santé<sup>16</sup> qui mettent en œuvre le système de santé français<sup>17</sup> dans un univers médical dont la technicité est croissante. Cette organisation sanitaire en mouvement perpétuel implique d'ailleurs l'existence d'un droit hospitalier et d'un droit du système de santé.

---

<sup>14</sup> N°2000-548 du 15 juin 2000 relative à la partie législative du code de la santé publique.

<sup>15</sup> « Dans la médecine actuelle, on ne soigne plus seulement le malade : on traite le bien portant ; on gère l'individu sain, de manière quantitative, selon une sorte d'idéal type à la Weber. L'espace alors concerné n'est plus l'espace de soins (hôpital, centre de santé public ou privé), c'est un autre espace : celui de l'expertise, du travail, de la collectivité » (p.50) « La pratique médicale est devenue la question sociale du XXI<sup>e</sup> siècle. Cette évolution de la médecine, fondamentale pour notre société, André Demichel la qualifiait de « sanatariaat ». Ce concept qu'André Demichel a créé, sans avoir eu le temps de le développer, met l'accent sur l'évolution de la médecine d'aujourd'hui, qui est passée d'une logique de savoir des soignants (médecin de soins) à un savoir médicinal d'experts, de gestion de la santé de la population ». (p. 71) F. Demichel, *Au nom de quoi ? Libre propos d'une juriste sur la médicalisation de la vie*, Bordeaux, Les Etudes Hospitalières, Bibliothèque numérique de droit de la santé et d'éthique médicale, 2013, 284 p.

<sup>16</sup> Le terme regroupe tous les métiers relatifs aux soins, qu'ils soient médicaux ou paramédicaux, salariés, agents de la fonction publique hospitalière ou libéraux. v. C. Roynier, *Les professionnels de santé en Europe : contribution à une définition unitaire*, Les Tribunes de la santé, automne 2015.

<sup>17</sup> En 2013, la direction générale de l'offre de soins faisait un bilan de son activité en exposant des chiffres clefs ([www.sante.gouv.fr](http://www.sante.gouv.fr)) : il existe 2 694 établissements de santé (947 hôpitaux publics, 700 établissements privés d'intérêt collectif et 1047 cliniques privés), 657 services d'urgence ayant assuré 18,6 millions de passages de patients, 175,4 milliards d'euros de dépenses d'assurance maladie dont 76,5 milliards pour les établissements hospitaliers publics et privés.

**La transformation permanente du système de santé.** Le système de santé est soumis à des tendances latentes que le Professeur Jacques Hardy a résumé avec justesse<sup>18</sup> :

« Depuis la fin des « Trente glorieuses », il est peut-être possible de repérer trois phases, qui si elles ne se succèdent pas parfaitement, forment malgré tout un enchaînement chronologique assez apparent : il y a tout d'abord eu *l'âge de la sécurité sanitaire*<sup>19</sup> (...) vient ensuite, *l'âge des droits de la personne*<sup>20</sup>, (...) nous sommes aujourd'hui entrés de plain-pied dans *l'âge de la rationalisation de l'offre de soins*<sup>21</sup>.

*L'âge des droits de la personne*, relativement récent, est celui qui nous intéresse le plus dans cette étude. Si les *droits* – à proprement parler – du patient sont assez contemporains (loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé), les devoirs des praticiens datent de plusieurs millénaires.

**Limitation de l'étude au droit de la responsabilité médicale.** Traiter de l'office du juge en droit de la santé serait une entreprise immense qui, une fois accomplie, serait déjà obsolète.

Aujourd'hui, le juge est souvent sollicité en matière de santé : produits de santé<sup>22</sup>, transfusions<sup>23</sup>, recherches sur l'embryon<sup>24</sup>, IVG<sup>25</sup>, internements d'office<sup>26</sup>, organisation du système de santé<sup>27</sup>, déontologie<sup>28</sup>, professions de santé<sup>29</sup>, santé au travail<sup>30</sup> et sans doute demain sur le clonage<sup>31</sup>.

---

<sup>18</sup> J. Hardy, *Le système de santé vu du droit : une réalité diffuse, un régime juridique complexe*, RDSS 2014, pp. 229-238.

<sup>19</sup> « Elle-même née de l'affaire du sang contaminé qui, au milieu des années 1980, a été l'occasion d'un vaste mouvement législatif en deux temps (1993, 1998), créant les agences de sécurité sanitaire et les dispositifs de vigilance (hémovigilance, pharmacovigilance, matériovigilance, etc.) ». *ibid.*

<sup>20</sup> « Tour à tour, usager, patient, consommateur de soins et de biens de santé, assuré social installés au centre du système de santé avec la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé ». *ibid.*

<sup>21</sup> « La préoccupation n'est pas nouvelle. Elle était déjà présente de façon patente dans les ordonnances Juppé (1996) et dans les (trop) nombreuses réformes hospitalières qui se sont succédées depuis 1958 ». *ibid.*

<sup>22</sup> E. Fouassier, *La notion juridique de médicament ou l'impossible définition*, RDS, mars 2015, n°64, p. 171 ; E. Guilbaud, *Application du principe de précaution aux médicaments : vers de nouvelles évolutions ?*, RDS, mars 2015, n°64, p. 348.

<sup>23</sup> C. Fleuriot, *Contentieux en matière de transfusion sanguine : quelle compétence pour le juge judiciaire ?*, sous cass. 2<sup>e</sup> civ, 16 décembre 2010, F-P+B, n°09-71.797, Dalloz actualité 14 janvier 2011.

<sup>24</sup> G. Memeteau, *L'embryon législatif*, D. 1994, chron. p. 355.

<sup>25</sup> *L'IVG, quarante ans après la loi Veil*, Gazette du Palais, 9 au 11 août 2015, n° 221 à 223.

<sup>26</sup> Notamment depuis la loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge ; D. Poupeau, *Hospitalisation sans consentement : modalités de saisine du juge des libertés*, note sous Cass, avis, 19 janvier 2015, n°15001, AJDA, 2 février 2015, n°3, p. 135..

<sup>27</sup> Sur les décisions d'un directeur d'une agence régionale de santé : CAA Nancy, 18 décembre 2014, n°13NC01484 ; Sur le contrat d'exercice d'une clinique : Cass. 1<sup>re</sup> civ, 17 juin 2015, n°14-19740, Dalloz, *Clinique (perte d'agrément) : résiliation du contrat d'exercice libéral*, 2 juillet 2015, n°24, p. 1373.

<sup>28</sup> G. Eveillard, *Le Conseil d'Etat et la radiation d'un médecin*, Dr. Adm, n°4, avril 2015, pp. 42-46.

<sup>29</sup> S. Merenne, *Le psychothérapeute et le juge administratif*, conclusions communes sous dix jugements du TA de Cergy-Pontoise du 3 mai 2014, RDSS, 4 novembre 2014, n°5, p. 908.

<sup>30</sup> Accident du travail : faute inexcusable : Cass. 2<sup>e</sup> civ, 9 juillet 2015, n° 14-19870 ; Cass. 2<sup>e</sup> civ, 9 juillet 2015, n° 14-16006 ; pension d'invalidité : Cass. 2<sup>e</sup> civ, 9 juillet 2015, n° 14-20446 ; maladie professionnelle : Cass. 2<sup>e</sup> civ, 9 juillet 2015, n° 14-17885.

<sup>31</sup> A. Dorsner-Dolivet, *De l'interdiction du clonage à la réification de l'être humain*, loi n° 2004-800, JCP 2004, I, 172

Par ailleurs, le champ du droit de la santé est extrêmement dense ; « l'organisation juridique et les missions de notre système de santé telles que définies par l'OMS sont loin d'être toute entières contenues dans le code de la santé publique »<sup>32</sup>.

Le Professeur Didier Truchet rappelait que le code de la santé publique, d'« une qualité rédactionnelle inégale et auquel des amendements incessants font perdre sa cohérence initiale, n'est pas complet »<sup>33</sup>. De cette manière, le droit de la santé couvre un champ beaucoup plus large que la responsabilité médicale qui en est une subdivision.

Il faut aussi préciser que le droit de la responsabilité médicale n'est pas le droit de la responsabilité dans le secteur social comme le résume le Professeur Charles-André Dubreuil<sup>34</sup>. Le secteur sanitaire et social repose sur une organisation complexe qui a ses propres spécificités, ce qui induit bien souvent un enchevêtrement accru.

Dans un tel contexte, il est pour le moins difficile d'analyser l'office du juge en droit de la santé. Il y a, au sein même du droit de la santé, une symbolique, « un arrière-monde »<sup>35</sup> pour reprendre l'expression subtile de Francine Demichel.

Le droit de la santé a ses grands principes, dont certains sont fondateurs et d'autres suiveurs selon la distinction du Professeur Jean-Marie Clément<sup>36</sup>. La responsabilité médicale, elle aussi, a ses propres paradigmes<sup>37</sup>.

---

<sup>32</sup> « Le système de santé tolère l'existence de « sous-systèmes » comme la santé scolaire, la santé environnementale ou, évidemment, la santé au travail » rappelle le Professeur Jacques Hardy, *Le système de santé vu du droit : une réalité diffuse, un régime juridique complexe*, RDSS 2014, p. 229-238. On peut aussi souligner que la veille sanitaire de l'Institut Droit et Santé de Paris V (<http://www.institutdroitsante.com/homefr.html>) diffusée deux fois par mois et divisée en plus de 9 catégories : Organisation, santé publique et sécurité sanitaire ; Bioéthique et droits des usagers du système de santé ; Personnels de santé ; Etablissements de santé ; Politiques et structures médico-sociales ; Produits issus du corps humain, produits de santé et produits alimentaires ; Santé environnementale et santé au travail ; Santé animale ; Protection sociale contre la maladie. Ce panorama de la législation et de la jurisprudence dépasse régulièrement, au niveau mensuel (soit 2 veilles), les 100 pages.

<sup>33</sup> D. Truchet, *Droit de la santé publique*, Dalloz, 2012, 268 p, p. 17.

<sup>34</sup> C.-A. Dubreuil, *Les responsabilités sanitaire et sociale, convergences et divergences*, RDSS 2015, p. 75 : « cela peut sembler trivial à un spécialiste, mais le droit de la responsabilité médicale n'est pas le droit de la responsabilité dans le secteur social. Parce que le secteur de la santé n'est pas le secteur social, bien que les deux soient étroitement liés. Si bien que l'étude du droit de la responsabilité sanitaire et sociale fait apparaître, à différents niveaux, des divergences qui dépassent assez largement celles des sources jurisprudentielle ou légale du droit applicable. (...) ».

<sup>35</sup> « Les concepts du droit médical sont des concepts à multiple couche : il y a des valeurs, de la symbolique, un arrière-monde à l'intérieur de ces concepts. » F. Demichel, *Au nom de quoi ? Libre propos d'une juriste sur la médicalisation de la vie*, Bibliothèque numérique de droit de la santé et d'éthique médicale, Bordeaux, Les Etudes Hospitalières, 2013, p. 246.

<sup>36</sup> J.-M. Clément, *les grands principes du droit de la santé*, Bordeaux, Les Etudes Hospitalières, 2005, 209 p, p. 33 : les principes fondateurs : droit de la dignité, droit de la liberté, droit de l'égalité et les principes suiveurs, tributaires des premiers : le consentement, l'information, le droit à la sécurité-qualité.

<sup>37</sup> « Parmi ces tendances, certaines constituent de véritables lames de fonds, qui bouleversent de manière durable le contexte général dans lequel s'inscrit la responsabilité juridique. Elles contribuent parfois même à modifier la philosophie générale, d'aucuns diraient les paradigmes, sur lesquels repose la responsabilité. Est-il besoin ici de rappeler la « victimisation » du droit de la responsabilité, le déclin de la faute lourde et le développement de la responsabilité même en l'absence de faute, l'essor de l'assurance et de la solidarité nationale, etc. » ? C.-A. Dubreuil, *Les responsabilités sanitaire et sociale, convergences et divergences*, RDSS 2015, p. 75.

Par son aspect éminemment pratique, le droit de la responsabilité médicale implique plus souvent des principes suiveurs qui sont en somme l'application concrète des principes fondateurs. Il semble donc nécessaire de circonscrire ce sujet au profit d'un contentieux particulier, celui de la responsabilité médicale et, plus précisément, celui du dommage corporel (partie intégrante du droit médical).

**Définition de la responsabilité médicale.** La responsabilité est un terme très vaste qui a suscité de nombreuses réflexions tant juridiques que philosophiques. Le philosophe Paul Ricoeur constatait l'ambivalence d'une notion « bien fixée dans son usage juridique classique » mais qui suscite l'embarras face à « la prolifération et la dispersion des emplois du terme dans son usage courant ; et cela bien au-delà des limites assignées par l'usage juridique »<sup>38</sup>.

Elle implique à la fois un devoir, des interdits, elle peut en ce sens être considérée comme un fardeau<sup>39</sup> car elle nous renvoie à notre sens moral.

En droit, elle est définie dans son sens civil comme l'« obligation de réparer le préjudice résultant soit de l'inexécution d'un contrat (responsabilité contractuelle), soit de la violation du devoir général de ne causer aucun dommage à autrui pour son fait personnel, ou du fait des choses dont on a la garde, ou du fait des personnes dont on répond (responsabilité du fait d'autrui) ; lorsque la responsabilité n'est pas contractuelle, elle est dite délictuelle ou quasi délictuelle »<sup>40</sup>.

Dans le domaine administratif, « les personnes morales de droit public peuvent voir leur responsabilité engagée à l'égard des particuliers ou d'autres collectivités publiques soit pour faute, soit sans faute »<sup>41</sup>. La responsabilité médicale est celle qui découle des conséquences dommageables causées par les professionnels de santé. Ces derniers doivent en répondre devant la justice et en assumer les conséquences civiles, pénales ou disciplinaires<sup>42</sup>.

De l'aveu d'un éminent civiliste, la responsabilité médicale « est devenue de plus en plus la question numéro un du droit de la responsabilité civile, et peut-être même du droit des obligations et des assurances, du droit administratif et de la procédure civile. Il s'agit vraiment d'une question de société ».

Il ajoute que « toutes les évolutions qu'a connu la responsabilité civile professionnelle depuis cinquante ans sont d'abord apparues en matière médicale : pluralité d'obligations, obligation d'information, charge de la preuve de son exécution, appréciation de la faute, apparition limitée d'une responsabilité sans faute, et maintenant intervention législative »<sup>43</sup>.

---

<sup>38</sup> P. Ricoeur, *Le juste*, Paris, éd. Esprit, 1995, pp. 41-42.

<sup>39</sup> M. Provencher, *Le fardeau de la responsabilité*, Spirale, Numéro 2011, novembre-décembre 2006, pp. 28-29.

<sup>40</sup> Sous la dir. de S. Guinchard, *Lexique des termes juridiques*, 20<sup>e</sup> éd, Paris, Dalloz, 2013, 968 p, pp. 801-802.

<sup>41</sup> Ibid.

<sup>42</sup> Ainsi les contentieux des accidents du travail et de la circulation ne font pas partie de notre champ de recherche.

<sup>43</sup> P. Malaurie, *La responsabilité civile médicale*, Defrénois, 15 décembre 2002 n° 23, p. 1516.

**La profondeur historique de la responsabilité médicale.** « Qui n'avait jamais douté que le droit eût une dimension historique ? » suggérait hier le doyen Carbonnier<sup>44</sup>. Saint-Simon, à travers ses *mémoires*, nous rappelait en son temps la nécessité de l'histoire ; celle qui nous met à nu et qui incite à la réflexion<sup>45</sup>.

La responsabilité liée à l'exercice médical semble être tout à fait naturelle aujourd'hui (le contraire serait considéré comme inacceptable) et pourtant, son établissement revient sur des pratiques millénaires.

Elle induit que le mal ou le préjudice ait pour origine une pratique humaine, que le personnel médical soit formé et apte à répondre aux souffrances du patient grâce à des moyens intellectuels, humains et matériels. Par ailleurs, elle implique un coût de prise en charge, d'encadrement, d'indemnisation, soit une véritable économie publique. Elle nécessite enfin que l'hôpital devienne un véritable lieu de soins plutôt qu'un lieu de charité. Toutes ces améliorations ont été, pendant bien longtemps, inexistantes ou disparates.

Force est de constater que la notion de responsabilité médicale est ancienne. Le code de Hammurabi<sup>46</sup> inscrit sur une stèle de 2.5 m datant du XVIII<sup>e</sup> siècle av. J.-C. réglementait déjà l'activité du médecin, notamment ses honoraires. Les Egyptiens, 2 000 ans av. J.-C. se référaient aux écrits sur les papyrus des meilleurs praticiens dont l'approche était à la fois médicale et spirituelle<sup>47</sup>.

Avec la figure symbolique d'Hippocrate<sup>48</sup> (460 av J.-C. -370 av. J.-C.), les Grecs ont principalement légué une approche éthique et rationnelle de la médecine dont le serment d'Hippocrate porte toujours l'empreinte.

L'Empire Romain (753 av. J.-C. jusqu'en 476) a lui renoué avec la codification en droit médical en élaborant une série de crimes dans l'exercice médical sanctionnés par la loi<sup>49</sup>. Edouard Hu précise

---

<sup>44</sup> J. Carbonnier, *Légiférer avec l'histoire*, Droit et Société, n°14, Paris, LGDJ, 1990, pp. 13-15.

<sup>45</sup> « Écrire l'histoire de son pays et de son temps, c'est repasser dans son esprit avec beaucoup de réflexion tout ce qu'on a vu, manié, ou su d'original, sans reproche, qui s'est passé sur le théâtre du monde, et les diverses machines, souvent les riens apparents, qui ont mû les ressorts des événements qui ont eu le plus de suite et qui en ont enfanté d'autres; c'est se montrer à soi-même pied à pied le néant du monde, de ses craintes, de ses désirs, de ses espérances, de ses disgrâces, de ses fortunes, de ses travaux; c'est se convaincre du rien de tout par la courte et rapide durée de toutes ces choses et de la vie des hommes (...) ». Saint-Simon, *s'il est permis d'écrire l'histoire*, in « Mémoires (1691-1701) », Paris, Gallimard, La Pléiade, 1983, p. 15.

<sup>46</sup> Trad. A. Finet, *Le Code de Hammurabi*, Le Cerf, Littératures anciennes, 2002, 170 p ; B. André-Salvini, *Le Code de Hammurabi*, coll. Solo, Paris, musée du Louvre éditions/Somogy éditions d'art, 2008 ; « D'hammourabi à Légifrance, le rêve fou de fondre le droit dans des codes hante l'esprit d'un certain nombre de juristes ». A. Leca, *Le code était presque parfait : Introduction historique au droit*, Paris, Lexis Nexis, 2013, XV.

<sup>47</sup> T. Bardinot, *Les papyrus médicaux de l'Égypte pharaonique*, Paris, Fayard, Penser la médecine, 1995, 593 p ; B. Halioua, *La médecine au temps des pharaons*, Paris, Liana Levi, Histoire, 2008, 286 p.

<sup>48</sup> Hippocrate, Trad. J. Jouanna, *La maladie sacrée*, Tome II, 3<sup>e</sup> partie, Paris, Les Belles Lettres, Collection des universités, anglais, 332 p.

<sup>49</sup> L. Kornprobst, *Les Responsabilités du médecin devant la loi et la jurisprudence françaises*, 1 vol. Paris, Flammarion, 1957, 1055 p, p. 35 : « Si l'insuccès du traitement, notons-le, n'a jamais été considéré comme une cause de responsabilité, les lois romaines, dès l'époque des XII tables, voulaient que les médecins puissent être punis pour leur négligence ou leur impéritie. Comme toujours, le point de vue pénal et répressif se manifesta le premier. La Lex Cornelia de Sicariis énumère toute une série de crimes relatifs à l'art médical ».

d'ailleurs que la responsabilité était uniquement pénale, les Romains n'ayant jamais associé la relation médecin-patient à un contrat<sup>50</sup>.

Entre le I<sup>er</sup> et le V<sup>e</sup> siècle, il existe une responsabilité médicale chez les peuples germaniques mais celle-ci paraît pour le moins expéditive.

Bruno Py l'évoque dans sa thèse : chez les Wisigoths, le médecin ne perçoit ses honoraires qu'en cas de succès alors que chez les Ostrogoths, il peut être livré à la famille qui décide de son sort si le malade décède. L'auteur explique que « la pauvreté scientifique et les mauvaises conditions techniques d'exercice de l'art médical permettaient aux puissants d'avoir un bouc émissaire en la personne du médecin en cas de malheur. Il existe de nombreux exemples historiques de sacrifice du médecin maladroit ou malchanceux dont la mort est une sorte d'exutoire de la douleur des familles »<sup>51</sup>.

Le temps du Moyen Âge, rythmé par la religion et dont le droit canonique assure la permanence<sup>52</sup>, n'est pas propice à l'établissement d'une responsabilité médicale. Seul le concile de Latran de 1215 impose aux médecins de faire confesser les malades en fin de vie. Rien de surprenant au fond dans la mesure où la maladie était considérée comme « l'état naturel du chrétien »<sup>53</sup>. On se souvient que Blaise Pascal implorait de faire « un bon usage » des maladies, non comme un fardeau, mais comme une épreuve divine<sup>54</sup>.

Abstraction faite de la responsabilité médicale, la création de l'hôpital est récente comme le souligne Jean Imbert dans son « Histoire des hôpitaux »<sup>55</sup>. Il précise à ce sujet qu'il y a peu d'ouvrages dans le domaine et que la notion est polymorphe, sujette à de nombreuses transformations historiques. L'hôpital a d'abord été un lieu de secours pour les plus désœuvrés, puis un lieu de répression et d'enfermement<sup>56</sup> avant de devenir une institution de soins. Faut-il par ailleurs préciser qu'il n'existait pas, à proprement parler, de professionnels de santé ?

***De l'individualisation à la responsabilité médicale.*** Il convient de rappeler que la notion d'individu, comme sa place dans la société, a considérablement changé. L'idée d'une individualité, dans son universalité, est relativement contemporaine.

---

<sup>50</sup> E. Hu, *Étude historique et juridique sur la responsabilité du médecin dans le droit romain*, Paris, Thorin, pp. 33 à 49.

<sup>51</sup> B. Py, *Recherche sur les justifications pénales de l'activité médicale*, thèse Nancy 1990, 510 p. <http://docnum.univ-lorraine.fr/public/NANCY2/doc397/1993NAN20007-opt.pdf>, p. 15.

<sup>52</sup> Le droit canonique « est considéré comme une véritable source du droit et il est qualifié de « *droit savant* », parce qu'il est enseigné dans les universités. A cette époque, il est constitué des écrits bibliques, de la patristique (du II<sup>e</sup> au V<sup>e</sup> ; les écrits des pères de l'Eglise), les décrétales des papes (réponse de droit sur une question de fait), les dispositions issues des conciles. » (p.39) (...) « la période X<sup>e</sup>-XIV<sup>e</sup> siècles marque l'apogée du droit canonique en tant que source du droit » S. Evrard, *Les Tables de la loi : de l'argile au numérique. La diffusion de la règle de droit à travers les âges*, op. cité, p. 42.

<sup>53</sup> Sur la science, souvent aux prises avec les idées religieuses, nous renvoyons au personnage de Zénon de Marguerite Yourcenar dans *L'œuvre au noir*, Paris, Gallimard, Blanche, 1968, 384 p.

<sup>54</sup> J-P. Amann, *La « prière » de Pascal « pour demander à Dieu le bon usage des maladies »*, Revue de l'histoire des religions, 2000, vol. 217, n°217-3, pp. 381-396.

<sup>55</sup> J. Imbert, *Histoire des hôpitaux en France*, Toulouse, Privat, Grands livres, 1991, 559 p.

<sup>56</sup> On peut se référer aux analyses de M. Foucault, *Histoire de la folie à l'âge classique*, Paris, Gallimard, 1976, 688 p.

Norbert Elias mentionnait que « les langues de l'Antiquité n'avaient pas d'équivalent de la notion d' « individu ». « Dans le cadre de la République, à Athènes ou à Rome, l'appartenance à une tribu, à un clan ou à un État jouait un rôle inéluctable. (...) Tout un chacun est aujourd'hui un individu, indépendamment de sa position dans le système étatique »<sup>57</sup>.

Michel Foucault a montré avec justesse que la pensée médicale était indissociable du statut philosophique de l'homme<sup>58</sup>. Comment concevoir le préjudice sans une certaine philosophie du corps comme « l'une des données constitutives et évidentes de l'existence humaine »<sup>59</sup> ?

***L'institutionnalisation de la santé comme facteur de développement de la responsabilité.*** Pour parachever ce mouvement émergent de la responsabilité médicale, l'institutionnalisation de la santé a été un facteur déterminant.

Celle-ci a été marquée par plusieurs projets : celui de réprimer l'exercice illégal de la médecine<sup>60</sup>, celui de développer un véritable enseignement médical et enfin, celui de mettre en place des structures de soins au sein d'un système de santé élaboré à travers des politiques sanitaires.

L'hôpital devint peu à peu une véritable institution de soins et les étudiants interviennent désormais en son sein pour développer leur pratique. La clinique donne alors à la médecine « son véritable mouvement historique ; elle efface les systèmes, cependant que l'expérience qui les dément accumule sa vérité »<sup>61</sup>.

L'Etat-providence, de plus en plus interventionniste en matière de santé publique, appuie la modernisation de l'hôpital<sup>62</sup>. Depuis la réforme de 1958<sup>63</sup>, il existe des centres hospitaliers universitaires qui sont des pôles de soins et de recherches.

---

<sup>57</sup> N. Elias, *la société des individus*, Paris, Pocket, 2011, 301 pages. pp. 209 à 215 : « Le terme *individuum* lui-même est inconnu du latin classique. (...) L'identité collective de l'individu, son identité du nous, du vous, du ils ou elles, jouait dans la pratique des sociétés antiques un rôle encore bien trop important par rapport à celui de l'identité du *je* pour qu'ait pu se manifester le besoin d'un concept universel désignant la personne humaine en tant qu'être quasiment détaché de tout groupe » ; v. aussi S. Tzitzis, *Qu'est-ce que la personne ?* Paris, Armand Colin, U Philosophie, 1999, 222 p.

<sup>58</sup> « L'importance de Bichat, de Jackson, de Freud dans la culture européenne ne prouve pas qu'ils étaient aussi philosophes que médecins, mais, dans cette culture, la pensée médicale engage de plein droit le statut philosophique de l'homme » M. Foucault, *Naissance de la clinique*, Normandie Roto Impression, Lonrai, PUF, Coll. quadrige grands textes, 2009, 214 pages. p. 202.

<sup>59</sup> « C'est dans et avec son corps que chacun de nous est né, vit, meurt ; c'est dans et par son corps qu'on s'inscrit dans le monde et qu'on rencontre autrui (...) ». M. Marzano, *La philosophie du corps*, 2<sup>e</sup> éd, Paris, PUF, Que sais-je ? 127 pages. p. 3.

<sup>60</sup> C. Pauthier, *L'exercice illégal de la médecine (1673-1793) Entre défaut de droit et manière de soigner*, Paris, Glyphe & Biotem, Coll. histoire, médecine et société, 2002.

<sup>61</sup> *ibid.* p. 55.

<sup>62</sup> On sépare les hôpitaux des hospices (1851), on fixe des normes d'aménagement des hôpitaux (1860). De nombreuses lois en faveur de l'assistance publique interviennent pour la protection des enfants maltraités (1889), pour l'assistance médicale gratuite (1893), pour l'indemnisation des accidents du travail (1898), pour l'assistance des vieillards et des infirmes (1905), pour le repos des femmes en couches (1913).

<sup>63</sup> 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.

***De l'importance d'une économie de la santé.*** Les circonstances économiques ont été largement favorables à l'institutionnalisation de la santé et à la solidarité face aux risques<sup>64</sup>.

En réalité, la société s'est radicalement transformée entre 1946 et 1975 ; des années fastes où le niveau de vie moyen des français a été multiplié par trois en trente ans. L'économiste Jean Fourastié les a nommées les « trente glorieuses »<sup>65</sup> ; celles-ci ont bouleversé l'organisation des soins en France.

De 1946 à 1975 : la population totale passe de 40,5 millions à 52,6 millions d'habitants, la durée de vie moyenne d'un homme augmente de 7 ans et celle des femmes de 10 ans, le niveau de vie de la nation (base 1938 : 100) passe de 87 à 320, la population urbaine passe de 21,5 millions à 38,4 millions d'habitants<sup>66</sup>.

Jean Fourastié rappelle que « l'allongement de la vie moyenne a évidemment parmi ses causes la qualité et l'abondance des services de santé (médecine, chirurgie, pharmacie, dentisterie, hôpitaux...) (...) »<sup>67</sup>. Il démontre que « l'efficacité des médecins s'est accrue (...). Aujourd'hui, un grand nombre de maladies cèdent devant la technique médicale et chirurgicale » en indiquant aussi que le nombre d'infirmières a presque triplé entre 1964 et 1975<sup>68</sup>.

Depuis, l'économie de la santé est apparue comme une discipline à part entière. Cette discipline est très récente et s'est développée dans la plupart des pays industrialisés.

L'article de Kenneth J. Arrow : « Uncertainty and the welfare economics of medical care » publié en 1963, à propos de l'incertitude de l'économie des soins, fut un texte précurseur<sup>69</sup>.

C'est ainsi que le Doyen Savatier résumait les mutations de la médecine : « les progrès techniques de la médecine l'ont prodigieusement accru ! Ses moyens thérapeutiques se sont multipliés, à la fois, en nombre et en efficacité. Médecine d'observation, d'analyses et de diagnostic, médecine d'emploi des médicaments, médecine de régime, de massage et de comportement, petite et grande chirurgie, combinent leur efficacité à la disposition du médecin, pour le service du malade. A *pouvoir* accru, correspond *responsabilité* croissante, d'abord dans les connaissances exigées, puis dans l'adresse et

---

<sup>64</sup> A titre d'exemple, la principale crainte lors du vote de la loi du 4 mars 2002 fut que les finances publiques ne résistent pas à un procédé d'indemnisation basé sur la solidarité nationale (d'où les taux relativement élevés pour en bénéficier).

<sup>65</sup> J. Fourastié, *Les trente glorieuses*, Paris, Fayard, Hachette littératures, Pluriel, 2008, 288 p.

<sup>66</sup> La France de 1946 et la France de 1975 : Recensements de l'INSEE et Annuaire statistique de la France.

<sup>67</sup> J. Fourastié, *Les trente glorieuses*, op. cit. p. 64.

<sup>68</sup> Ibid.

<sup>69</sup> In *The American Economic Review*, Vol. 53, Issue 5, 1963, 941-973 ; v. aussi D. Kinser, *The decline and fall of deregulation*, The new England journal of Medicine. Boston 14 janvier 1988, pp. 112-114 ; Par ailleurs, la comptabilité nationale dispose d'ailleurs de plusieurs agrégats : la dépense courante de santé (DCS), la dépense totale de santé (DTS). L'agrégat le plus important est la CSBM : la consommation des soins et biens médicaux soit la valeur des biens et services médicaux utilisés sur le territoire métropolitain (résidents et non-résidents) pour la satisfaction directe des besoins individuels. La consommation de la santé augmente continuellement depuis 1950 avec une intensité variable, le cadre juridique de la profession médicale s'est alors imposé.

l'attention que comporte l'usage de ces connaissances, chez ces hommes malgré tout faillibles, que sont les médecins »<sup>70</sup>.

On peut ici souscrire à son analyse qui postule que toute métamorphose de la société entraîne le droit avec elle.

Pourtant, il est encore aujourd'hui impossible de connaître précisément le nombre d'erreurs médicales en France. Il n'existe aucun outil officiel permettant de les évaluer, seule une étude du Ministère en charge de la santé dite ENEIS (Enquête Nationale sur les Evénements Indésirables liés aux Soins observés en établissement de santé) offre une première analyse<sup>71</sup>. Elle peut d'ailleurs être nuancée compte tenu du nombre d'actes médicaux pratiqués chaque année.

La tâche est d'autant plus complexe lorsqu'on étudie une partie précise des accidents médicaux comme les infections nosocomiales pour lesquelles il n'y a que des estimations<sup>72</sup>.

Sur ce point, le rôle des assurances est déterminant au vu des informations et des données qu'elles récupèrent ; elles sont les mieux placées pour élaborer des statistiques<sup>73</sup>.

Il est donc permis de penser que la responsabilité médicale ne peut pas faire l'économie d'une réflexion approfondie sur l'organisation sanitaire qui la conditionne. A ce sujet, la terminologie du juge administratif qui utilise la « faute dans l'organisation et le fonctionnement du service » illustre de manière pertinente les problématiques des hôpitaux.

En tout état de cause, la dimension économique de l'acte médical implique de nouveaux paramètres légaux<sup>74</sup> et de nouveaux questionnements sur la place des professionnels de santé dans la gestion de l'hôpital.

---

<sup>70</sup> R. Savatier, *La responsabilité médicale en France (aspects de droit privé)*, Revue internationale de droit comparé, 1976, vol. 2, n°3, pp. 493-510, p. 496.

<sup>71</sup> « Les événements indésirables graves dans les établissements de santé : fréquence, évitabilité et acceptabilité », Etudes et résultats, DREES, n°761, mai 2011, <http://www.drees.sante.gouv.fr/>.

<sup>72</sup> P. Astagneau, A. Lepoutre, *La mortalité attribuable aux infections hospitalières*, Actualité et dossier en santé publique, ADSP, n°38, mars 2002, p. 28 ; G. David, C. Sureau (dir. de), *De la sanction à la prévention de l'erreur médicale : Propositions pour une réduction des événements indésirables liés aux soins*, Editions Médicales Internationales, Rapports de l'Académie Nationale de Médecine, 2006, 137 p.

<sup>73</sup> G. Decroix, *Droit et médecins, Actualité et dossier en santé publique*, ADSP, n°32 septembre 2000, p. 50 : « Nous ne disposons pas, en France, de données statistiques fiables sur les accidents médicaux. Or, celles-ci seraient bien utiles pour mener une politique de prévention des risques efficace et bien ciblée (p. 48). « Nous voyons, en matière d'indemnisation, une séparation très nette entre deux groupes : le premier allant de la pneumologie à l'ORL, où le taux calculé ne dépasse pas 2 %, avec très peu de dossiers ayant un coût élevé et le deuxième de l'anesthésie à la chirurgie esthétique en incluant l'obstétrique et la chirurgie. Ces quatre spécialités totalisent à elles seules 65 % des indemnisations versées avec un nombre important de dossiers dont le coût est moyen ou élevé ».

<sup>74</sup> L'acte médical a un coût économique pour la collectivité et sa réalisation doit obéir à des normes croisées de technicité et d'économie. Ainsi le Code de la sécurité sociale (art. L. 162-2-1) dispose-t-il que les médecins sont tenus, dans tous leurs actes et prescriptions, d'observer, dans le cadre de la législation et la réglementation en vigueur, la plus stricte économie compatible avec la qualité, la sécurité et l'efficacité des soins. De la même façon, le Code de déontologie (art. 8) engage le médecin à limiter ses actes et prescriptions à ce qui est nécessaire à la qualité, la sécurité et à l'efficacité des soins.

Les attentes des patients sont de plus en plus prégnantes, ce qui soulève parfois un débat sur la pertinence des actes réalisés<sup>75</sup> à mesure que la classification commune des actes médicaux ne cesse d'évoluer<sup>76</sup>.

Le contentieux de la responsabilité médicale présente quant à lui de nombreux visages.

***Une responsabilité médicale éclatée entre différentes procédures.*** Dans le contentieux, la faute et l'aléa thérapeutique sont qualifiés différemment selon la voie choisie. Il existe :

- Une voie indemnitaire (civile ou administrative). Elle correspond à l'inexécution, à la mauvaise application du contrat médical (faute médicale civile) ou à la faute d'un agent, ou encore une faute dans l'organisation générale des soins (faute dans l'organisation du service).
- Une voie punitive (pénale). Elle implique un acte ou une omission qui soit constitutif d'une infraction pénale (coups et blessures ou homicide involontaire, non-assistance à personne en danger, violation du secret professionnel...).
- Une voie gracieuse (par le biais des Commissions de Conciliation et d'Indemnisation des accidents médicaux : CCI et de l'Office National des Accidents Médicaux : ONIAM). Ces organismes indépendants n'ont pas de nature juridictionnelle, la saisine n'est pas obligatoire ; ils rendent des avis et non des décisions. Cette voie gratuite est réputée plus rapide et plus simple.
- Une voie disciplinaire dans le cadre de l'Ordre des médecins pour engager la responsabilité disciplinaire des médecins. Celle-ci passe nécessairement par une première étape de conciliation<sup>77</sup>.

On peut alors considérer que l'indemnisation du dommage corporel s'apparente à « une réparation à géométrie variable »<sup>78</sup>.

***Penser la responsabilité médicale : l'apport de la doctrine.*** Une doctrine dominante s'est largement illustrée dans le passé par un travail de théorisation du droit du fait notamment de la place prépondérante de la coutume. De plus, il y avait aussi moins d'écrits, moins de matières en droit de sorte que les plus importantes analyses étaient appelées à de belles destinées.

---

<sup>75</sup>Les médecins face aux pratiques d'actes injustifiés TNS 2012, FHF, <http://www.fhf.fr/Actualites/Presse-Communication/Espace-presse/Communiqués-de-presse/Resultats-du-sondage-Les-medecins-face-aux-pratiques-d-actes-injustifies>.

<sup>76</sup> Il y a eu entre le 31/03/2005 et 01/01/2015 plus de 39 versions de celle-ci : [http://www.ameli.fr/fileadmin/user\\_upload/documents/DATE\\_CCAM.pdf](http://www.ameli.fr/fileadmin/user_upload/documents/DATE_CCAM.pdf).

<sup>77</sup> <https://www.conseil-national.medecin.fr/node/1515>.

<sup>78</sup> *L'indemnisation du dommage corporel : une réparation à géométrie variable, Compte-rendu du Colloque organisé par le Conseil national des barreaux le 28 novembre 2007, Gazette du Palais, 19 avril 2008 n°110.*

Interpréter, systématiser, juger voire prédire l'évolution du droit<sup>79</sup>, autant de manières pour la doctrine de s'exprimer. A cela, le Professeur François Terré accentue le rôle de la doctrine qui a vocation à « faire prendre aux autres composantes du droit conscience de leur propre existence »<sup>80</sup>.

Le droit, comme la médecine, est de plus en plus spécialisé et divisé ; il se renouvelle à une vitesse qu'il est souvent difficile de suivre. « C'est une des mélancolies des écrivains juridiques d'aujourd'hui que de sentir à quel point ils tracent leurs lignes sur le sable d'institutions mouvantes » regrettait le doyen Savatier<sup>81</sup>. Le juriste, à chaque nouvelle législation, pousse sa pierre comme Sisyphe (bien que l'on puisse imaginer Sisyphe heureux soutenait Albert Camus).

Le temps du droit a changé dans une époque où « les instants se suivent les uns les autres : rien ne leur prête l'illusion d'un contenu ou l'apparence d'une signification » comme le dénonçait Emil Cioran<sup>82</sup>. On ne peut que déplorer « l'asphyxie doctrinale »<sup>83</sup>.

Le Doyen Carbonnier nous avait admirablement prévenu : « c'est d'abord que les lois modernes sont souvent très spéciales, si bien qu'elles ne s'adressent qu'à une catégorie à la fois, à une profession, à une tranche de revenus : on respire, la foudre est tombée plus loin »<sup>84</sup>. (...) « Les interprètes du droit se sont multipliés (...). Il est même probable qu'entre l'inflation des lois et celle des légistes se produit un effet que des sociologues qualifieraient de *parkinsonien* : plus il y a de lois, plus il faut de techniciens des lois »<sup>85</sup>.

Hélas, à la « passion du droit » vient trop souvent « la passion d'en changer »<sup>86</sup>.

En droit médical, comme ailleurs, la doctrine a eu des visages différents ; elle n'a toutefois pas échappé au mouvement inflationniste qui touche tous les pans du droit<sup>87</sup> et porte par ailleurs le sceau de l'hyperspécialisation que ses particularismes justifient.

---

<sup>79</sup> N. Molfessis, *Les prédictions doctrinales*, in « L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré », Paris, Dalloz, 1999, p. 141 ; P.-Y. Gautier, *Les articles fondateurs (réflexions sur la doctrine)*, in « Le droit privé français à la fin du XX<sup>e</sup> siècle. Etudes offertes à Pierre Catala », Paris, Litec, 2001.

<sup>80</sup> F. Terré, *Introduction générale au droit*, 8<sup>e</sup> éd, Paris, Dalloz, 2009 n° 199.

<sup>81</sup> R. Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui, 1<sup>re</sup> série*, Panorama des mutations, 3<sup>e</sup> éd, Paris, Dalloz, 1964, p. 5.

<sup>82</sup> E.M. Cioran, *Précis de décomposition*, Paris, Gallimard, 1992, p. 24.

<sup>83</sup> D. Bureau et N. Molfessis, *L'asphyxie doctrinale*, in « Études à la mémoire du professeur Bruno Oppetit », Paris, Litec, 2009, p. 46 : « A présent en effet, c'est la doctrine qui, toutes vannes ouvertes, inonde d'un flot assurément vertigineux le système juridique de ses propres travaux. Au risque de sa propre asphyxie ».

<sup>84</sup> J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, 2<sup>e</sup> éd, Paris, Répertoire du notariat Defrénois, 1995, 334 p, p. 309.

<sup>85</sup> Ibid. p. 310 ; « Evoquons d'abord l'inflation législative. Incontestablement, le Parlement a sa part de responsabilité, mais il n'est pas le seul. Cette inflation n'est bien entendu pas le propre de la loi stricto sensu. Elle peut être mise en évidence pour l'ensemble des normes, décrets, arrêtés, circulaires pour le secteur public, mais aussi règlements divers, conventions et contrats dans le secteur privé. Cette inflation normative entraîne mécaniquement un recours de plus en plus fréquent au juge lorsqu'une difficulté se présente pour son application » : C. Poncelet, en ouverture de : *L'office du juge*, Colloque organisé par le Professeur Gilles Darcy, le Doyen Véronique Labrot et Mathieu Doat, Paris, Palais du Luxembourg les 29 et 30 septembre 2006, [http://www.senat.fr/colloques/office\\_du\\_juge/office\\_du\\_juge\\_mono.html](http://www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge_mono.html).

<sup>86</sup> J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Paris, Flammarion, 1996, 276 p, p. 19.

<sup>87</sup> En ce qui concerne les revues juridiques, « leur multiplication est l'un des faits les plus marquants de ces dernières années. Au XIX<sup>e</sup> siècle, on dénombrait environ trente-cinq périodiques juridiques ; le chiffre monte à près de trois cents dans les années

« Le droit du dommage corporel s'est développé au point de devenir une discipline de spécialisation à part entière, instinctivement rattachée au droit privé en raison de la forte mobilisation de la doctrine privatiste et du flagrant désintéret de la doctrine publiciste sur ces questions » même si « le droit du dommage corporel transcende la distinction droit privé/droit public » comme le souligne un magistrat<sup>88</sup>.

***L'essor contemporain d'une doctrine en droit médical.*** « Si la responsabilité civile a longtemps été l'un des objets les plus étudiés de la doctrine, tel ne semble pas avoir été le cas du dommage corporel, alors même que ce dernier est co-substantiel » remarque Daphné Tapinos<sup>89</sup>.

Dans cette logique, elle ajoute que ce droit est désormais « sorti de l'ombre »<sup>90</sup> du fait de la « technicité accrue »<sup>91</sup> des questions que la matière soulève.

Malgré d'éminents précurseurs dans le domaine (nous devons à André Demichel le premier DEA de droit de la santé en 1991 à Paris VIII ; on peut aussi mentionner la faculté de droit de Poitiers qui fut « un des pôles historiques avec René et Jean Savatier »<sup>92</sup>), la responsabilité médicale et le droit de la santé plus généralement semblent relativement nouveaux aux yeux des juristes.

La matière s'est longtemps confondue dans les obligations ou la responsabilité civile générale avant d'être considérée comme un champ de réflexion à part entière. La plupart des étudiants, à défaut d'une spécialisation, ne connaissent du droit de la santé que l'arrêt Mercier.

C'est un droit qui demeure confidentiel aux yeux des juristes, mais aussi aux yeux des médecins et des usagers du système de santé. Il connaît pourtant un regain d'intérêt aujourd'hui en raison du développement du contentieux par le truchement d'une jurisprudence foisonnante, de l'intensification des liens entre la science et le droit, de la médicalisation de la société.

Le contentieux est de plus en plus spécialisé et les avocats peuvent désormais prétendre à une spécialisation en droit du dommage corporel.

En témoigne aussi, la création, il y a quelques années, d'un Master 2 de droit des obligations – parcours droit du dommage corporel à l'université de Chambéry, comme la création d'un diplôme universitaire droit du dommage corporel à l'université Paris I Sorbonne.

---

1980. A présent, l'exercice même de comptage semble impossible, ou du moins extrêmement aléatoire, tant les revues se sont multipliées (...) ». *ibid.*, p. 50.

<sup>88</sup> T. Leleu, *Les outils d'appréciation médico-légaux dans le contentieux de la responsabilité publique*, AJDA 2014, p. 1816.

<sup>89</sup> D.Tapinos, *L'appréhension du dommage corporel par la doctrine juridique*, Gazette du Palais, 16 février 2013, n°047.

<sup>90</sup> « Désormais sorti de l'ombre du droit de la responsabilité civile, le dommage corporel émerge sous toutes les plumes (...) Cette montée en puissance du dommage corporel révèle une autonomisation de la notion au point que l'on a pu s'interroger sur l'existence d'un droit spécial du dommage corporel ». *ibid.*

<sup>91</sup> « La technicité accrue des questions (recours des tiers payeurs, méthode de calcul des postes de préjudices tels que l'incidence professionnelle ou encore la tierce personne...) aboutit nécessairement à autonomiser le dommage corporel, comme objet de la doctrine, mais aussi à imposer aux auteurs une nécessaire spécialisation ». *ibid.*

<sup>92</sup> Comme le mentionne G. Mémeteau, *L'enseignement du droit médical*, RGDM, n°22, mars 2007, note 68, p. 196.

On serait enclin à penser que l'on assistera bientôt à une « insurrection du droit médical » pour reprendre les termes du Professeur Francine Demichel<sup>93</sup>.

Il existe dans ce domaine une littérature de plus en plus riche et, en étant loin d'être exhaustif, on peut citer de nombreux précurseurs<sup>94</sup> dont certains présentés comme des « visionnaires »<sup>95</sup>. On retrouve aussi une doctrine plus contemporaine qui intervient régulièrement dans le domaine<sup>96</sup>.

---

<sup>93</sup> F. Demichel, *Pour une insurrection du droit médical*, in « Mélanges en l'honneur de G. Mémeteau, Droit médical et éthique médicale : regards contemporains », Bordeaux, Les Etudes Hospitalières, Mélanges, octobre 2015, 1200 p.

<sup>94</sup> P. Appleton et M. Salama, *Droit médical*, Paris, Librairie du Monde Médical, 1931, 768 p ; L. Kornprobst, *Les Responsabilités du médecin devant la loi et la jurisprudence françaises*, 1 vol. Paris, Flammarion, 1957, 1055 p. ; A et F. Demichel (A. Demichel, *Droit médical*, Paris, Berger-Levrault, 1983 ; A. Demichel, *Le droit de la santé*, Bordeaux, Les Etudes Hospitalières, 1998, 137 p. ; F. Demichel, *Les contradictions actuelles du droit de la santé (autour de la pensée d'André Demichel)*, RGDM, août 2004, n°13) ; J.M. Auby, *Le droit de la santé*, Paris, PUF, Themis, 1981 ; *Droit médical et hospitalier*, 2 vol., Paris, Litec, 1988) ; J-H. Soutoul (Ancien médecin devenu juriste en droit de la santé à qui l'on doit notamment les éditions Elsevier dont la revue *Médecine et Droit* : G. Mémeteau, *Hommage à M. le Professeur Jean-Henri Soutoul*, RGDM, n°5, janvier 2001, pp.5-8) ; J. Penneau (lui-même docteur en médecine, auteur d'une thèse où il proposait déjà un fonds d'indemnisation pour les aléas thérapeutiques : *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, coll. « Bibliothèque de droit privé », vol.CXXXIII, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1973, 403 p. ; *La responsabilité du médecin*, 3<sup>e</sup> éd, Paris, Dalloz, connaissance du droit, 2004, 150 p.) ; J et R. Savatier (auteurs avec J-M Auby et H. Péquignot d'un *traité de droit médical*, Paris, Librairies techniques, 1956, 574 p ; R. Savatier, *La responsabilité médicale en France (aspects de droit privé)*, Revue internationale de droit comparé, 1976, vol. 2, n°3, pp. 493-510) ; G. Mémeteau (auteur d'un riche *Cours de droit médical*, av. M. Girer, 5<sup>e</sup> éd, Bordeaux, Les Etudes Hospitalières, 2016 ; *Méthode pour une approche du droit médical*, RDSS, 1981, 1 ; « La présentation du droit médical, dans la RTDC ; petite compilation », RTDC, 2002, p. 253) ; F. Chabas, *Vers un changement de nature de l'obligation médicale*, JCP., 1973, 2541 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ, 8 novembre 2000, JCP., 2001, 10493, rapport Sargos, note Chabas ; R. Saury, *Manuel de droit médical*, Paris, Masson, éd. 1989, préface R. Villey, p. 297 et suiv., p. 425 et suiv. ; D. Truchet et G. Viala (tous deux auteurs des annotations dans le code de la santé publique depuis 1999, 13<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz-Sirey, Codes Dalloz, avec J.-M de Forges, A. Demichel, J. Penneau ; D. Truchet, *Droit de la santé publique*, 8<sup>e</sup> éd, Paris, Dalloz-Sirey, Mementos droit public, 2012, 270 p) ; D. Thouvenin, *La Responsabilité médicale*, Paris, Flammarion, 1995 ; *La responsabilité médicale : Analyse des données statistiques disponibles et des arrêts rendus par la Cour de cassation et le Conseil d'Etat de 1984 à 1992*, Médecine Sciences Publications, Formation Perma, 1998, 124 p ; mais aussi des historiens ; A. Leca, *Droit de la médecine libérale*, Aix-en-Provence, Librairie de l'Université Aix, 2005, 417 p ; des participations régulières aux cahiers de droit de la santé du sud-est : n°11, n°13, n°15 ; J-C. Careghi, *La responsabilité médicale au crible de l'histoire*, Bordeaux, Les Etudes Hospitalières, les cahiers de droit la santé, n°7, 2013, 216 p ; B. Py (avec F. Alla, *Droit de la santé : textes juridiques*, Paris, PUF, Que sais-je ?, 1997, 128 p).

<sup>95</sup> « Quatre visionnaires...en 1956, Jean-Marie Auby, Henri Péquignot, Jean Savatier et René Savatier publiaient le *Traité de droit médical*. Le manuel, sous forme d'ouvrage broché, se voulait « une étude des relations juridiques où est engagé le médecin » (avant-propos) », RGDM, n°20, septembre 2006, p. 43.

<sup>96</sup> A. Laude et D. Tabuteau (lesquels codirigent l'Institut Droit et Santé de Paris V ; A. Laude, J. Pariente, D. Tabuteau, *La judiciarisation de la santé*, éditions de santé, 2012 ; avec B. Mathieu, *Droit de la santé*, Paris, PUF, Themis Droit, 2012, 752 p ; avec M. Bacache, *Loi du 4 mars 2002 relative aux malades, dix ans après*, Paris, Bruylant / LGDJ, Centre de droit médical et biomédical, 2013, 340 p. , C. Bergoignan-Esper (On lui doit avec Pierre Sargos *Les grands arrêts du droit de la santé*, 1<sup>re</sup> éd, Paris, Dalloz, Grands arrêts, 2010, 614 p ; direction du *Traité de droit médical et hospitalier* chez LexisNexis en 3 volumes avec une mise à jour semestrielle ; avec M. Dupont, *Droit hospitalier*, Paris, Dalloz, 9<sup>e</sup> éd, 2014, 994 p) ; M. Alt-Maes, *Esquisse et poursuite d'une dépenalisation du droit médical*, JCP, 2004, 118 ; *La grande illusion : la dépenalisation attachée à l'application de la loi du 10 juillet 2000 au médecin*, in « Les droits et le droit, mélanges dédiés à Bernard Bouloc », Paris, Dalloz éd. 2006, p. 1 ; F. Vialla (Sous la dir. de), *Les grandes décisions du droit médical*, Paris, LGDJ, Grandes Décisions, 2<sup>e</sup> éd 2014, 897 p) ; R. Pellet (sous la dir de), *Responsabilité, assurance et expertise médicales : bilan d'application des lois Kouchner et About (2002-2008)* propositions de réformes, Paris, Dalloz, Thèmes commentaires, Actes, 2008) ; Y. Lambert-Faivre et S. Porchy-Simon (avec la publication d'un ouvrage de référence : *Droit du dommage corporel : systèmes d'indemnisation*, Paris, Dalloz, précis Dalloz droit privé, 2011, 980 p ; le Professeur Yvonne Lambert-Faivre a écrit quasiment 300 articles dans le Recueil Dalloz liés au droit de la santé) ; J. R. Binet (*Droit médical*, Paris, Montchrestien, Cours, 2010, 534 p) ; J-M. Clément, *Les grands principes du droit de la santé*, Bordeaux, Les Études hospitalières, 2005, 209 p. ; avec C. Clément, *Chroniques de contentieux hospitalier : notions pratiques de contentieux hospitalier, chroniques de jurisprudence hospitalière*, Bordeaux, Les Etudes Hospitalières, 2011, 132 p ; *Les principales décisions de la jurisprudence hospitalière*, Paris, Berger-Levrault, 1995, 269 p. ; J. M. Pontier (avec J. M. Budet, P. Mozol, *La responsabilité hospitalière et la loi du 4 mars 2002*, PU Aix-Marseille, 2005, 190 p) ; S. Hocquet-Berg (avec B. Py, *La responsabilité du médecin*, Paris, Heures de France, Droit professionnel, 2006, 179 p) ; H. Groutel (et alii, *Le Nouveau Droit des malades*, Paris, Litec-Juris-classeur, éd.2002 ; articles réguliers dans la revue *Responsabilité civile et assurances* : « Evaluation du préjudice », n°10, pp.15-16, *Evaluation du préjudice : problème posé par la prestation de compensation du handicap*, n°9, pp. 11-12 ; *Evaluation du*

De nombreux civilistes reconnus se sont d'ailleurs progressivement intéressés à ce contentieux<sup>97</sup>. De plus, des magistrats spécialisés dans ce domaine n'hésitent plus à intervenir dans les revues juridiques pour évoquer ses problématiques<sup>98</sup>.

C'est sans compter sur les avocats spécialisés en dommage corporel qui sont particulièrement dynamiques<sup>99</sup>. Il convient aussi de rappeler que de plus en plus de thèses portent sur ce sujet<sup>100</sup>.

---

*préjudice : assistance d'une tierce personne*, n°12, p. 24) ; C. Leuzzi-Louchart et J. Saison-Demars (Chronique régulière dans la *Revue générale de droit médical* sur la responsabilité médicale) ; S. Hocquet-Berg (Chronique de jurisprudence dans la *Revue générale de droit* : <http://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/source/chronique-de-droit-de-la-responsabilite-medecale>) ; M-L. Moquet-Anger : *Droit hospitalier*, 3<sup>e</sup> éd, Paris, LGDJ Manuels, 2014, 478 p ; *Le statut des médecins hospitaliers publics*, Paris, PUF, 1994 ; J-R Binet, *Droit médical*, Montchrestien, cours, 2010, 534 p ; *Droit et progrès scientifique*, Paris, PUF, partage du savoir, 2002, 352 p ; F. Violla, *Les grandes décisions du droit médical (dir.)*, Paris, LGDJ, Grandes décisions, 2014, 896 p ; *Dix ans d'application de la loi Kouchner* (dir. L. Bloch), RGDM, numéro spécial, janvier 2013, 136 p.

<sup>97</sup> A. Tunc, *Quatorze ans après : le système d'indemnisation néo-zélandais*, RIDC, 1989, 139 ; *L'insertion de la loi Badinter dans le droit commun de la responsabilité civile*, Mélanges Dalcq, Larcier, 1994, n°1, pp. 557-574 ; P. Jourdain, *Les principes de la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, connaissance du droit, 2003, 192 p ; *Accidents médicaux : la solidarité nationale mise en échec par la prise en compte de l'état antérieur du patient* ; Note sous Cour de cassation, première chambre civile, 2 juillet 2014, pourvoi n°13-15.750, RTD. civ, n°4, 01 février 2014, pp. 899-902 ; *L'indemnisation de la privation d'assistance du conjoint survivant handicapé du fait du décès de la victime direct* ; Note sous Cour de cassation, Chambre criminelle, 27 mai 2014, pourvoi n°13-82.116, RTD. civ, numéro 3, 01 juillet 2014, pp. 659-661) ; G. Viney (avec J. Ghestin, P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, 4<sup>e</sup> éd, Paris, LGDJ., Traité, 2013, 1320 p ; *La faute caractérisée du médecin échographiste* ; Note sous Cour de cassation, première Chambre civile, 14 novembre 2013, pourvoi numéro 12-21.571, RDC, n°2014/2, pp. 188-191 ; avec P. Sargos, *Le devoir d'information du médecin*, RDC, n°2012/3, pp. 1104-1127) ; F. Moderne, *Note sur le devenir de la notion de troubles dans les conditions d'existence dans le contentieux administratif de la responsabilité*, AJDA, avril 1976 : p. 240 ; P. Brun, *Capitalisation des préjudices futurs et principe de réparation intégrale*, Recueil Dalloz 2013, p. 2213 ; v. aussi cette chronique de responsabilité civile dont plus de la moitié des arrêts concernent la responsabilité médicale : P. Brun, O. Gout, *Responsabilité civile*, D. 2015. 124.

<sup>98</sup> P. Sargos, *La Jurisprudence civile de la Cour de cassation en matière de faute médicale*, rapport C. cass., 1996, p. 189 ; auteur avec C. Bergoignan-Espert des *grands arrêts du droit de la santé*, Paris, Dalloz, 2010, 603 p et de nombreux articles : *Le droit médical, fondateur de l'effectivité de l'universalité du principe de la responsabilité*, Journal de médecine légale, Droit médical, victimologie, Dommage corporel, n°1-2, pp. 19-20, 01 septembre 2014 ; *Le centenaire jurisprudentiel de la chirurgie esthétique : permanences de fond, dissonances factuelles et prospective*, Recueil Dalloz Sirey, n°43, pp. 2903-2909, 13 décembre 2012 ; *La perte de change en matière d'information médicale : clarification et impasse*, RGDM, n°44, pp. 281-291, 26 septembre 2012 ; F. Dreifuss-Netter (Elle a créé et dirigé le centre de recherches en droit médical de Paris V ; annotations dans le Code de la santé publique, LexisNexis, éd. 2004, 2007 ; *Feu la responsabilité civile contractuelle du médecin ?* Resp.et.assurances, n°10, pp. 4-8, 01/10/2002 ; Cour de cassation, rapport 2007, *La santé dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, p. 45 et s., ss.dir. F. Dreifuss-Netter), M. Christine Lagrange (ancienne avocate spécialisée devenue magistrat, *Le préjudice esthétique, un poste de préjudice en évolution*, Gazette du Palais, n°172-173, pp. 19-22, 21/06/2013 ; *les référentiels d'indemnisation : un outil pertinent ?* Gazette du Palais, n°314-315, pp. 22-24, 09/11/2012), C. Grellier, *Recherche médicale et indemnisation*, Médecine & Droit, 2011, n°106, pp. 41-43 ; (ss. la direction de Béatrice Parance et Claude Grellier), « L'appréhension et l'expertise des risques en matière de santé et d'environnement », Paris, Grande Chambre Cour de cassation, Jeudi 20 novembre 2014), mais aussi l'ENM (*La Responsabilité médicale : de la faute au risque*, Coll., 29 mai – 2 juin 1995, ENM, 1996) ; mais aussi des magistrats de droit public via le procédé très intéressant de publication des conclusions : F. Lambolez, *La portée de la notion de « conséquences anormales » dans le régime d'indemnisation des accidents médicaux*, sur CE, 12 décembre 2014, *Mme Bourgeois*, n°365211 et Oniam C/Bondoni, n°355052, RDSS 2015, p. 279 ; F. Lambolez, *Le Conseil d'Etat encourage l'utilisation par le juge administratif de la nomenclature Dintilhac*, AJDA 2014, p. 524.

<sup>99</sup> M. le Roy, J-D. le Roy, F. Bibal, *l'évaluation du préjudice corporel*, 19<sup>e</sup> éd, Paris, Lexisnexis, 2011, 493 p. ; et G. Mor, *Evaluation du préjudice corporel : stratégies d'indemnisation et Méthodes d'évaluation*, Paris, éditions Delmas, encyclopédie Delmas, 2014/2015, 668 p ; S. Welsch, *Responsabilité du médecin*, Paris, Lexis Nexis, Pratique professionnelle, 2003, 2<sup>e</sup> éd, 346 p ; On soulignera que F. Bibal a repris le célèbre ouvrage de référence de Max Le Roy qui fut l'un des premiers spécialistes de la matière via ses abaques, ses tables de jurisprudence. Cet ancien président de chambre honoraire à la cour d'appel de Paris est auteur depuis 1957 d'un ouvrage de référence sur l'évaluation du préjudice corporel auquel fut par la suite associés son fils J-F. le Roy et F. Bibal (*L'évaluation du préjudice corporel*, LexisNevis, pré-cité). Preuve en est, une nouvelle fois, que l'apport de la magistrature a été déterminant dans et hors des prétoires.

<sup>100</sup> Citées par G. Mémeteau, *Cours de droit médical*, Bordeaux, Les Etudes Hospitalières, pré-cité, pp. 465-464 qui n'ont pas toujours l'occasion d'être publiées : M. Girer, *Contribution à une analyse renouvelée de la relation de soins. Essai de remise en cause du contrat médical*, Bordeaux, Les Etudes Hospitalières, 2008, préface G. Mémeteau, post-face M.-F. Callu et F. Violla ; C. Chatelain, *La théorie de la perte de chances en droit hospitalier*, Douai, 28 juin 2002 ; B. Mansart, *La responsabilité médicale en cas d'atteinte à la sécurité du patient*, Paris I, 19 février 1999 ; J. Saison, *Essai sur les variations de l'exclusion*

On peut préciser que le contentieux de la responsabilité médicale est un domaine qui intéresse majoritairement les civilistes attachés à la notion de responsabilité (malgré les apports fondamentaux du doyen Auby et d'André Demichel). Le concept est évidemment important en droit administratif mais les administrativistes s'intéressent davantage au droit hospitalier ou plus largement au droit de la santé<sup>101</sup>.

Tous ces auteurs ont l'occasion de s'exprimer dans de plus en plus de revues qui traitent de la responsabilité médicale, que celles-ci soient généralistes ou spécialisées.

C'est ainsi que l'on peut citer des éditeurs comme *Lextenso* : La Gazette du Palais (édition droit du dommage corporel), Les Petites Affiches ; *Les Etudes Hospitalières* : Revue générale de droit médical, Revue droit et santé, Les cahiers de droit de la santé, Le bulletin juridique du praticien hospitalier, Les Cahiers du CERDES ; *Dalloz* : Revue sanitaire et sociale, le Recueil Dalloz, l'Actualité juridique droit administratif, Revue française de droit administratif, Revue trimestrielle de droit civil ; *LexisNexis* : Revue Responsabilité civile et assurances, La Semaine Juridique (Edition générale) ; *Elsevier Masson* : Médecine & droit, Ethique & droit, Droit, déontologie et soin.

Le contentieux de la responsabilité médicale ne s'est pas amplifié<sup>102</sup> comme pouvaient le craindre les pourfendeurs d'une judiciarisation incontrôlable de la médecine. Il est plus exact de dire qu'il s'est considérablement diversifié, offrant aux juristes un remarquable objet d'étude.

**Définition de l'office du juge.** Le juge doit rendre justice, il doit dire le droit ; c'est la principale caractéristique de son office. Ce devoir ne tombe pas sous le coup de l'évidence : le Doyen Ripert ne cache pas que « la justice est un mot abstrait. (...) »<sup>103</sup>. A cela le Doyen Carbonnier concède qu'il y a eu quelque chose de mystérieux dans la justice<sup>104</sup>.

Qu'est-ce qu'un office ? Du latin « officium (devoir, charge, mission) : « en droit privé, ce terme dénote un devoir moral qui tire son origine des relations familiales ou amicales (officium amicitiae). En droit public, le terme désigne toute charge ou mission officielle »<sup>105</sup>.

---

*de la faute médicale au regard des fonctions de la responsabilité*, Lille, 11 décembre 2000 ; E. Savatier, *Les données de la responsabilité médicale à la fin du XX<sup>e</sup> siècle*, Lyon-III, 18 décembre 1998.

<sup>101</sup> C. Maugué, *La responsabilité du service hospitalier*, Paris, LGDJ, Systèmes, 2010, 204 p ; C. Lantero, *Le droit de la responsabilité hospitalière : principes généraux et jurisprudences*, Editions du Papyrus, Santé, 2012, 385 p ; J-J. Thouroude, *Pratique de la responsabilité hospitalière publique. Les responsabilités dans les établissements publics hospitaliers*, Paris, L'Harmattan, Logiques Juridiques, 2001, 698 p ; J. Saison *Le risque médical : évolution de la responsabilité sans faute du service public hospitalier*, préf. de P. Sandevor, Paris, L'Harmattan, Logiques Juridiques, 2000, 174 p.

<sup>102</sup> A. Laude, J. Pariente, D. Tabuteau, *La judiciarisation de la santé*, Paris, Santé, 2012, 367 p.

<sup>103</sup> G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, 2<sup>e</sup> éd, Paris, LGDJ, 1955, p. 414.

<sup>104</sup> « La justice humaine n'a pas toujours échappé à une certaine attraction de ce qu'il pouvait y avoir de mystérieux dans la justice divine. Elle n'est pas devenue rationaliste du premier coup ». J. Carbonnier, *Droit civil*, T.1, Paris, PUF, Quadrige, Manuels, 1496 p, p. 29.

<sup>105</sup> J-P. Dunand, P. Pichonnaz, *Lexique de droit romain*, Bruxelles, Bruylant, Schulthess, 2006, 173 p, p. 117.

Plus précisément l'office du juge se définit « dans la répartition des tâches incombant respectivement aux plaideurs et au juge, le rôle dévolu à l'autorité juridictionnelle dans le déroulement du procès »<sup>106</sup>. Il y a autant d'offices du juge qu'il y a de contentieux, d'où la relative banalisation de l'expression<sup>107</sup> sur ce « sujet de conversation toujours renouvelé »<sup>108</sup>.

Pourtant, la définition de celui-ci est complexe ; on délimite généralement l'office du juge comme l'ensemble des pouvoirs nécessaires au juge pour accomplir sa mission juridictionnelle.

Quant au rôle du juge, il est généralement associé à la formule latine *da mihi factum, dabo tibi jus* (donne-moi le fait, je te donnerai le droit).

L'adage est à comprendre « sous l'angle de la répartition des charges processuelles au sein du procès »<sup>109</sup>.

Il a pour origine le droit romain ; le préteur devait consacrer juridiquement des situations de fait ignorées du droit civil. L'action est dans cette perspective un préalable au droit. Le préteur prend en compte des situations de fait pour les sanctionner.

La formule a aujourd'hui un sens différent : « elle traduit, à travers une opposition du fait et du droit, le rôle respectif des parties et du juge dans le déroulement du procès de droit privé : aux plaideurs de fournir les éléments concrets de la cause, au juge de dégager la règle de droit applicable à l'espèce. Mais la séparation, pour commode qu'elle soit, est loin d'être aussi tranchée (...) »<sup>110</sup>.

La situation litigieuse est d'abord l'affaire des parties qui ont seules le pouvoir d'initiative du procès<sup>111</sup>, tout comme elles déterminent l'objet du litige<sup>112</sup>. La charge de l'allégation pèse sur les plaideurs<sup>113</sup> et la charge de la preuve incombe à la partie à qui la loi fait obligation de prouver les faits nécessaires au succès de ses prétentions. Reste que le juge peut inviter les parties à fournir les explications de fait qu'il estime nécessaire à la solution du litige<sup>114</sup> et il a la faculté d'ordonner d'office les mesures d'instruction qui lui paraissent de nature à éclairer l'appréciation des faits<sup>115</sup>.

---

<sup>106</sup> H. Roland, L. Boyer, *Locutions Latines Du Droit Français*, 4<sup>e</sup> éd, Paris, Litec, 1998, 566 p, pp. 329-330.

<sup>107</sup> M.-A. Frison-Roche, p. 24, in « Mélanges Christian Mouly », Paris, Litec, 1998, T.1, 455 p : « l'expression « office du juge » fait partie de celles que l'on utilise souvent mais que l'on définit rarement. Le défaut de conceptualisation attaché à cette expression n'a pas pour autant affecté le succès de son utilisation. Le mot est apparu dans la langue française au XII<sup>e</sup> siècle. Issu du latin, le terme *officium* qui signifie fonction est lui-même composé de *opus* (travail) et *facere* (faire) de sorte que l'office du juge réside dans l'exercice de ses missions. « Dès cela, le juge est déjà confronté à une problématique d'effet puisqu'il donne effet au droit, dans le sens où il permet son effectivité ».

<sup>108</sup> M.-A. Frison-Roche, *Les offices du juge*, in « Mélanges Jean Foyer », Paris, PUF, 1997, p. 463, note 1.

<sup>109</sup> C. Chainais, F. Ferrand, S. Guinchard, *Procédure civile : droit interne et européen du procès civil*, 33<sup>e</sup> éd, Paris, Dalloz, 1770 p, p. 413.

<sup>110</sup> H. Roland, L. Boyer, *Adages du droit français*, Paris, Litec, 1999, pp. 135 – 140, n°74.

<sup>111</sup> Article 1 du CPC.

<sup>112</sup> Article 4 et 5 du CPC.

<sup>113</sup> Article 6 du CPC.

<sup>114</sup> Article 8 du CPC.

<sup>115</sup> Articles 10, 143 et 144 du CPC.

« En principe, le juge n'est jamais tenu d'ordonner un complément d'instruction sur les faits. En revanche, l'application du droit n'est pas, pour lui, une simple faculté » rappelle à raison Jacques Boré<sup>116</sup>. En droit de la santé, c'est le juge qui ordonne une expertise afin de faciliter à la partie demanderesse la réunion des faits au soutien de sa demande.

Quant aux parties, elles n'ont pas d'emprise sur le droit (*Dabo tibi jus*), terre exclusive du juge qui met fin à la contestation « conformément aux règles de droit qui lui sont applicables ». Il dit le droit et doit rétablir la qualification des faits et actes litigieux dans leur exactitude « sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée »<sup>117</sup>. Il peut aussi relever d'office des moyens de pur droit.

Néanmoins, les parties peuvent, pour les droits dont elles ont la libre disposition et à condition d'être expressément d'accord, « lier le juge par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat »<sup>118</sup>.

En réalité, il n'est pas aisé de distinguer le droit du fait : « on se gardera d'oublier que la situation conflictuelle n'est jamais présentée à l'état purement phénoménologique, que les termes de la contestation, en plus de l'objet, par la cause qui est le fondement juridique de la demande et qu'au soutien de la prétention sont proposés des moyens qui relèvent du droit aussi souvent que du fait »<sup>119</sup>.

En droit du dommage corporel, l'avocat va demander l'application du principe de responsabilité des professionnels de santé en cas de faute et appeler à cet effet le juge à liquider le préjudice corporel. De cette manière, il apporte autant les faits qu'il propose une solution en droit. Les circonstances de la cause sont inévitablement mises en équation juridique par les plaideurs. Il faut aussi rappeler que depuis un décret du 28 décembre 1998, l'assignation doit contenir, à peine de nullité, l'objet de la demande avec un exposé des moyens en fait et en droit<sup>120</sup>. Dans cette optique, la Cour de cassation entend faire peser sur les parties l'obligation de concentrer, dès la première instance, l'ensemble des moyens de droit susceptibles de venir au soutien de leur demande<sup>121</sup>. La charge processuelle a de fait été alourdie pour les parties.

Le célèbre revirement de jurisprudence relatif à l'étendue de l'autorité de la chose jugée dit arrêt Césaréo<sup>122</sup> a consacré le principe de concentration des moyens. Cela induit, pour Jacques Boré, une

---

<sup>116</sup> J. Boré, *Da mihi factum, dabo tibi jus, une philosophie du procès toujours d'actualité ?* JCP éd. G, n°41, octobre 2009, 319.

<sup>117</sup> Article 12 du CPC.

<sup>118</sup> Ibid. alinéa 4.

<sup>119</sup> H. Roland, L. Boyer, *Adages du droit français*, Paris, Litec, 1999, p. 136, n°74.

<sup>120</sup> Article 56 du CPC.

<sup>121</sup> Cass. ass. plén, 7 juillet 2006, Gazette du Palais, 22 juillet 2006, BICC, 15 octobre 2006.

<sup>122</sup> Ass. plén. 7 juillet 2006, Césaréo, Bull. civ. n° 8, BICC 15 octobre 2006, rapp. Charruault, note Koering-Joulin, avis Benmakhlouf, D. 2006. 2135, note L. Weiller, JCP 2006. I. 183, obs. S. Amrani-Mekki, JCP 2007. II. 10070, note G. Wiederkehr, Dr. et proc. 2006. 348, obs. N. Fricero, RTD civ. 2006. 825, obs. R. Perrot, *Procédures* 2006, Repère 9, obs. H. Croze.

abrogation partielle de l'article 1351 du Code civil (devenu article 1355<sup>123</sup>) sur la triple identité de cause, d'objet et de partie<sup>124</sup>.

« Les parties seules disposent de la matière litigieuse ; mais celle qui veut obtenir gain de cause, se trouve, en même temps, dans la nécessité de fournir son apport à cette matière. De son côté, le juge est libre dans ses recherches juridiques ; mais il doit sainement appliquer le Droit, et son action, sous ce rapport, est surveillée par la juridiction investie du droit de censure à l'égard des décisions judiciaires, à savoir la Cour de cassation » résumait celui qui a eu tant d'influence sur le nouveau Code de procédure civile, le Professeur Motulsky<sup>125</sup>.

De cette manière, les parties sont à la source du pouvoir du juge car il n'a pas de pouvoir d'autosaisine.

Le Doyen Cornu poursuit : « individuelle, la décision de justice concerne d'abord les plaideurs en cause. Juridictionnelle, elle applique à leur cas les règles du droit. Un jugement est une application particulière du droit (...). Dans le discours du juge, viennent aussi nécessairement au contact l'un de l'autre, le fait et le droit, le particulier et le général, le concret et l'abstrait. Le jugement est le lieu de leur rencontre : c'est un passage, et même un va et vient, de l'un à l'autre. Son caractère composite ne met pas seulement à rude épreuve la concision de l'énoncé. La nécessité de justifier en fait et en droit y introduit plusieurs langages, celui du fait, celui de la preuve, celui du droit et celui de la logique »<sup>126</sup>.

C'est ainsi qu'il est plus commode de diviser les ouvrages de procédure civile en trois parties : l'action en justice, l'instance et le jugement<sup>127</sup>. L'ossature du Code de procédure civile est aussi éloquente sur la démarche du procès, on trouve dans le chapitre I<sup>er</sup> : l'instance, l'objet du litige, les faits, les preuves, puis le droit. Le juge lui connaît le droit ; on ne doit pas prouver la loi (*Jura novit Curia*).

Des auteurs considèrent avec humour que l'adage « donne-moi les faits, je te donnerai le droit » a été supplanté par l'adage « donne-moi les faits, mais donne-moi aussi le droit »<sup>128</sup> ! Reste que si les parties

---

<sup>123</sup> Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

<sup>124</sup> J. Boré, *Da mihi factum, dabo tibi jus, une philosophie du procès toujours d'actualité ?* : « travaillant sous la pression du délai raisonnable imposé par la Convention européenne des droits de l'homme, le juge souhaite trancher le litige une bonne fois pour toute ; il impose donc aux parties d'invoquer immédiatement l'ensemble des moyens de nature à fonder leurs demandes, et ajoute que ce n'est pas à lui, mais à elles de le faire. En deuxième lieu, l'arrêt du 7 juillet 2006 abroge partiellement l'article 1351 du Code civil qui exigeait, et semble exiger toujours, une triple identité de cause, d'objet et de parties. Ne subsistent plus que ces deux derniers éléments (...) ».

<sup>125</sup> H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé : la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Paris, Dalloz, 2002, 183 p, p. 83.

<sup>126</sup> G. Cornu, *Linguistique juridique*, 3<sup>e</sup> éd, Paris, Montchrestien, 2005, 443p, pp. 333-334.

<sup>127</sup> S. Amrani Mekki, Y. Strickler, *Procédure civile*, Paris, PUF, Thémis, 2014, 908 p.

<sup>128</sup> H. Croze, *Le juge doit-il dire le droit ?* in « Mélanges S. Guinchard », Paris, Dalloz, 2010, p. 225.

apportent les faits et proposent le droit, le juge dispose du droit et décide. Finalement, « dire le droit est le propre de la mission juridictionnelle »<sup>129</sup>.

**Le juge : une figure historique.** De tout temps, le juge a joué un rôle central dans les sociétés ; chargé d'abord d'assurer une mission divine puis émanation de la souveraineté nationale, la lourde mission de rendre justice le place d'emblée au cœur des attentes sociétales.

Le magistrat Marcel Rousselet qui a entrepris au milieu du XX<sup>e</sup> siècle un ouvrage volumineux sur l'histoire de la magistrature affirme en introduction avoir « été frappé par l'unité de la Magistrature qui, à première vue paraît si diverse depuis ses lointaines origines, c'est-à-dire la création du Parlement par Philippe le Bel jusqu'à nos jours »<sup>130</sup>.

Effectivement, le juge a eu de nombreux visages, tantôt prêtre à Rome<sup>131</sup>, tantôt prévôt au Moyen Âge<sup>132</sup> ou encore membre des Parlements<sup>133</sup> sous l'Ancien-Régime ou simple citoyen à la Révolution<sup>134</sup> avant que l'œuvre du Consulat et de l'Empire ne « dote la France contemporaine d'une magistrature d'Etat, professionnelle, fonctionnarisée »<sup>135</sup>.

En raison de ses attributions, on lui a toujours délégué une part de souveraineté.

Juger est historiquement « une prérogative de souverain »<sup>136</sup> et le mode de recrutement des juges peut varier intégralement d'un pays à un autre selon la culture juridique<sup>137</sup>.

---

<sup>129</sup> C. Chainais, F. Ferrand, S. Guinchard, *Procédure civile : droit interne et européen du procès civil*, 33<sup>e</sup> éd, Paris, Dalloz, 1770 p, p. 416.

<sup>130</sup> M. Rousselet, *Histoire de la magistrature française des origines à nos jours*, T. 1, Toulouse, Librairie Plon, 1957, p. 1.

<sup>131</sup> A partir de l'Empire, la procédure dite extraordinaire s'appuie sur une véritable administration ; le prêtre et le juge ne font qu'un et, dans la recherche de la vérité, le magistrat offre aux parties toutes les garanties procédurales. Le pouvoir du magistrat a toujours été une délégation du souverain ; leur légitimité provient de l'Empereur qui délègue *l'auctoritas, la potestas et l'imperium*. (E. Jourdain et C. Finance, *De la part historique de l'office du juge*, 14 janvier 2013 dans le cadre du séminaire de philosophie politique sur l'office du juge. <http://www.ihej.org/la-part-historique-de-loffice-du-juge/>). Les magistratures étaient nombreuses et rendues accessibles tant aux patriciens qu'aux plébéiens.

<sup>132</sup> C'est d'ailleurs sous les Capétiens que l'on voit apparaître le « prévôt », cet officier royal chargé de rendre la justice (M. Rousselet, *Histoire de la magistrature française des origines à nos jours*, Tome 1, op. cité, p. 2). Le prévôt est une fonction qui a duré plus d'un demi-siècle et qui perdurera durant tout l'Ancien Régime ; cet agent du roi s'occupait des finances, de la justice et de l'administration.

<sup>133</sup> Avec à son sommet, le Parlement de Paris, « juridiction quasi-européenne universellement admise dès les temps les plus anciens ». M. Rousselet, *Histoire de la magistrature française des origines à nos jours*, op. cité, p. 79.

<sup>134</sup> J. Krynen, *L'idéologie de la magistrature ancienne*, T. 1, Paris, Editions Gallimard, Bibliothèque des histoires, NRF, Roto Impression, 2009. 326 pages, p. 27 : la magistrature doit revenir aux citoyens ; on ambitionne alors de déjudiciariser les litiges à travers la figure du juge de paix (La création d'une « justice de paix », de « tribunaux de paix », de « comités de paix », était une revendication forte des cahiers de doléances, nombreux à réclamer des juges qui « aplanissent » ou « éteignent » les querelles locales, banales, fréquentes, les violences ou les simples discordes, plutôt que de les juger au sens contentieux du mot) ».

<sup>135</sup> J. Krynen, *L'emprise contemporaine des juges : l'Etat de justice en France, XIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*, T. 2, op.cité, p. 44 ; notons toutefois que tous les postes de la magistrature dépendent du pouvoir central.

<sup>136</sup> « Le justiciable n'est pas l'égal du juge, le justicier lui est supérieur. Etre jugé est une manière d'être soumis, juger est une prérogative de souverain ». *ibid.* p. 89.

<sup>137</sup> « Contrairement au système du Royaume Uni qui recrute les juges parmi des avocats confirmés, ayant souvent plus de 20 ans d'expérience du barreau, le système français - à l'instar des pratiques belge, espagnole, italienne et portugaise - repose sur la notion de carrière judiciaire. » J. McKee, *Le recrutement et l'avancement des juges français*, [https://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf\\_2007/10-05-2007/10-05-2007\\_mcKee\\_fr.pdf](https://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2007/10-05-2007/10-05-2007_mcKee_fr.pdf).

La justice doit avoir en premier lieu l'apparence de la justice qui, quelque part, se donne en spectacle<sup>138</sup>. Il existe en effet un certain mysticisme qui entoure le rôle du juge, une symbolique dans la manière de rendre justice que Blaise Pascal a critiqué pour son appareil<sup>139</sup>.

Le procès a toujours été l'objet d'un retranchement, même modeste : « la première délimitation d'un espace de justice en Occident fut une haie de branches que l'on dressait à l'extérieur des villes. Sur la colline, autour de l'arbre ou de la pierre, on dressait au commencement de chaque procès une palissade de branches »<sup>140</sup>.

Le juge agit dans la temporalité du procès dans ses temples<sup>141</sup>, ses sanctuaires<sup>142</sup> ; sa symbolique se ressent à travers son architecture qui témoigne d'un « projet pédagogique évident »<sup>143</sup>. Il y a historiquement une dimension sacrée de l'office du juge.

***L'office du juge en évolution permanente.*** Depuis la création du Code Civil, ce code est une « espèce d'arche sainte »<sup>144</sup> selon les mots de l'un de ses rédacteurs Bigot de Préameneu mais l'office de juge, lui, a considérablement évolué.

En témoignent deux innovations majeures que sont la création en 1906 d'un tableau d'avancement et l'institution d'un examen d'entrée dans la Magistrature<sup>145</sup>. Par ailleurs, « la création récente du juge de la mise en état fait du magistrat le « tenant principal de la procédure. Il en est le pivot, il est bien au centre du débat judiciaire qu'il dirige, active et clôture. Les critiques s'amoncellent, frais de justice, automatismes des délais, incompétence du juge, tout concourt à renforcer son *imperium* ! »<sup>146</sup>.

Mais qu'est-ce qu'un magistrat ? : c'est un fonctionnaire exerçant ses fonctions au sein d'une juridiction judiciaire ou administrative et qui dispose d'une autorité juridictionnelle.

---

<sup>138</sup> A. Garapon, *Bien juger : essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Odile Jacob, 2001, 352 p. p. 17 ; « Imaginons un instant un spectateur venant assister pour la première fois à une audience. Qu'est-ce qui le frapperait le plus ? Le droit, la procédure ou les robes, le décor de la salle d'audience, le langage employé ? Il sera plus surpris par l'étrange spectacle qui se déroule devant lui que par la discussion juridique ».

<sup>139</sup> B. Pascal, *Pensées sur la justice. Trois discours sur la condition des grands*, M. Escola (présentation), Paris, Flammarion, coll. GF, 2011, 416 p, p. 66 : « nos magistrats ont bien connu ce mystère. Leurs robes rouges, leurs hermines, dont ils s'emmailotent en chats fourrés, les palais où ils jugent, les fleurs de lys, tout cet appareil auguste était fort nécessaire. (...) S'ils avaient la justice. (...) Ils n'auraient que faire de bonnets carrés ; la majesté de ces sciences serait assez vénérable. Mais n'ayant que des sciences imaginaires, il faut qu'ils prennent ces vains instruments qui frappent l'imagination à laquelle ils ont affaire ; et par là en effet, ils s'attirent le respect ».

<sup>140</sup> A. Garapon, *Bien juger : essai sur le rituel judiciaire*, op. cité, p. 26.

<sup>141</sup> *Regards sur l'architecture judiciaire en France*, Paris, Editions Errance, 1992, 325p. p. 15 ; « La référence au temple grec s'impose rapidement comme le modèle dont il est difficile de s'écarter ». *ibid.* p. 17.

<sup>142</sup> « L'office du juge a souvent été associé à un sacerdoce quasi divin ; il y a dans le jugement une manière de se substituer à Dieu ». *Les rites de la justice : gestes et rituels judiciaires au Moyen Âge occidental*, Cahiers du léopard d'or, numéro 9, Paris, 1999, p. 9.

<sup>143</sup> « A l'architecture prédicante des prisons fait écho l'architecture parlante du palais de justice, porteuse d'un projet pédagogique évident ». *Regards sur l'architecture judiciaire en France*, op. précité, p. 19.

<sup>144</sup> *Ibid.* cité par J. Krynen, p. 107.

<sup>145</sup> M. Rousselet, *Histoire de la magistrature française des origines à nos jours*, T. 1, op. cité, p. 206.

<sup>146</sup> C. Lecomte, *Le nouveau Code de procédure civile : rupture et continuité*. in. J. Foyer (dir.), *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*. Journées d'études de la Compagnie nationale des avoués (juin 2005), Paris, Economica, 2006, pp. 14-15.

« La judicature est pour eux un état, dans lequel ils font carrière : ce sont les *magistrats de carrière*, les seuls que le langage usuel nomme magistrats »<sup>147</sup>.

Il existe en effet un office du juge civil mais aussi administratif. Les juges administratifs sont aussi des magistrats au sens large et exercent dans la juridiction administrative dont le développement est plus récent.

Pour le Professeur Perrot, cette part historique de l'office du juge a longtemps évité d'avoir à s'interroger sur le fondement du pouvoir de juger<sup>148</sup>.

Le corolaire de cette logique conduit le Professeur Perrot à s'intéresser à sa légitimité actuelle : « la puissance mystique du juge a été remplacée par la culture de la loi dont le juge est le serviteur et dont il tire ses pouvoirs. (...) Finalement dans cette tourmente, il ne reste plus guère que le dogme de l'indépendance. On croit à l'autorité du juge, parce que c'est un homme qui se situe hors de la politique active, hors des compromissions, hors des influences, hors des pressions. Si ce postulat s'écroule à son tour, il ne restera plus rien »<sup>149</sup>.

Aux Etats-Unis par exemple, les juges sont élus ou nommés par le pouvoir politique. Les juges de la Cour Suprême sont nommés à vie directement par le Président des Etats-Unis après approbation du Sénat. La nomination de ces derniers constitue un temps fort de la politique américaine.

Le symbole de la justice n'est pas le même d'un pays à un autre ; il est largement dépositaire de la culture du pays même si, entre les systèmes continentaux et ceux dits de common law, on retrouve des similitudes<sup>150</sup>. Aux Etats-Unis, le juge est un élu local plus qu'un technicien du droit. Dans les pays arabes, l'office du juge est souvent lié à des considérations religieuses<sup>151</sup>.

Notre sujet de recherche met lui en relation l'office du juge avec la responsabilité médicale en France. La délimitation ainsi posée, il nous faut écarter les autres offices du juge.

---

<sup>147</sup> G. Cornu, J. Foyer, *Procédure civile*, Paris, PUF, 1958, 780 p, p. 267.

<sup>148</sup> « En réalité, tout au long du XIX<sup>e</sup> siècle, et encore au début du XX<sup>e</sup>, plusieurs facteurs ont masqué le problème, évitant ainsi d'avoir à s'interroger sur le fondement du pouvoir de juger. Il y eut d'abord ce fait que la justice du XIX<sup>e</sup> siècle était une justice de notables. Le juge tirait de ses origines sociales, de sa culture, de sa fortune, la justification de ses pouvoirs. Il était un homme hors du commun, éclairé dans ses jugements par des lumières que d'autres ne possédaient pas. Cette conception a trouvé un appui supplémentaire dans une débauche de signes extérieurs qui demeurent encore très vivaces ». R. Perrot, *Le rôle du juge dans la société moderne*, Gazette du Palais, 1977, T.1, pp. 91-99.

<sup>149</sup> Ibid. p. 91.

<sup>150</sup> A. Garapon, *Juger en Amérique et en France*, Paris, Odile Jacob, 2003, 322 p.

<sup>151</sup> S. Awad Aldeeb Abu-Sahlieh, *Religion et droit dans les pays arabes*, Presses Universitaires de Bordeaux, 2008, 590 p ; B. Botiveau, *Le métier de juger. Constructions sociales et politiques de la figure du juge dans le monde arabe*, p. 11 in « Le juge dans le monde arabe », Paris, Droits et Cultures, L'Harmattan, n°30, 1995/2.

### ***De la diversité des offices du juge en responsabilité médicale.***

L'office du juge pénal<sup>152</sup> est relativement restreint et nous considérons qu'il doit être le juge d'exception dans le domaine. Il mérite une réflexion approfondie sur la pénalisation de la médecine<sup>153</sup> (notamment depuis la loi du 10 juillet 2000<sup>154</sup>) lorsqu'une infraction a été commise. On constate généralement que la plupart des peines, prononcées en proportion de la gravité de la faute et des conséquences en termes de lésion, dépassent rarement quelques mois d'emprisonnement avec sursis.<sup>155</sup> Par ailleurs, la jurisprudence est très vigilante quant à la causalité surtout quand celle-ci est indirecte et qu'elle implique l'établissement d'une faute caractérisée<sup>156</sup>.

Pour le conseiller à la Cour de Cassation Henri Blondet, « il y a une dépénalisation générale qui s'applique au droit médical »<sup>157</sup>.

Il apparaît que la responsabilité pénale correspond rarement à l'exercice médical qui, parfois fautif, induit très rarement un acte volontaire de nuisance. La responsabilité pénale peut présenter un intérêt certain pour les affaires de santé publique où les pouvoirs d'instruction sont plus étendus et peuvent trouver une justification à grande échelle.

Dans un second temps, l'office du juge constitutionnel (parfois associé à « un législateur dérivé »<sup>158</sup>) nous semble aussi imposer une étude à part entière ; les décisions dans le domaine y sont nombreuses et souvent déterminantes<sup>159</sup> comme le note le Professeur Didier Truchet<sup>160</sup>.

---

<sup>152</sup> Soulignons que Les décisions pénales ont, au civil, autorité absolue relativement à ce qui a été jugé quant à l'existence de l'infraction et à la culpabilité de la personne poursuivie. Dès lors, il ne peut y avoir réparation lorsque l'accusé a été acquitté : Cass. 2<sup>e</sup> civ., 21 mai 2015, n° 14-18339.

<sup>153</sup> P. Hennion-Jacquet, *La responsabilité pénale du praticien : pénalisation ou dépénalisation de la faute médicale ?*, RDSS, 28 février 2015, n°1, p. 108 ; lorsque la victime elle-même est professionnel de santé : Note sous Cass. Crim., 23 septembre 2014, n° 13-85.592, J. Veron, Droit pénal, n° 11, Novembre 2014 ; F. Alt-Maes, *Esquisse et poursuite d'une dépénalisation du droit médical*, JCP 2004, I, 184, n° 15 et s. ; F. Rousseau, *Le médecin face à la mort : de quelques aspects techniques de la responsabilité pénale médicale*, AJ Pénal 2012, p. 372.

<sup>154</sup> F. Alt-Maes, *La grande illusion : la dépénalisation attachée à l'application de la loi du 10 juillet 2000 au médecin*, Mélanges Bouloc, Dalloz 2007, p. 1 ; P. Mistretta, *La responsabilité pénale médicale à l'aune de la loi du 10 juillet 2000, évolution ou révolution ?* JCP 2002, I, 149 ; P. Hennion-Jacquet, *La responsabilité pénale du praticien : pénalisation ou dépénalisation de la faute médicale ?* RDSS, n°1, janvier-février 2015, pp. 108-116.

<sup>155</sup> Ibid. C. Champrenault, p. 144.

<sup>156</sup> Cass. crim, 10 novembre 2015, n°14-85332.

<sup>157</sup> Ibid. p. 148.

<sup>158</sup> R. Ricci, *La légitimation du juge constitutionnel : un législateur dérivé gardien des valeurs de la Démocratie*, quatrième partie : légitimer, in « L'office du juge », Colloque organisé par le Professeur Gilles Darcy, le Doyen Véronique Labrot et Mathieu Doat, Paris, Palais du Luxembourg les 29 et 30 septembre 2006, [http://www.senat.fr/colloques/office\\_du\\_juge/office\\_du\\_juge\\_mono.html](http://www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge_mono.html).

<sup>159</sup> Parmi les décisions les plus récentes : Décision n°2013-674 DC du 1<sup>er</sup> août 2013, Loi tendant à modifier la loi n°2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique en autorisant sous certaines conditions la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires ; Décision 2014-434 QPC du 5 décembre 2014, – Société de laboratoires de biologie médicale Bio Dômes Unilas SELAS ; v. aussi : F. Rassu, *La protection de la santé : un objectif à valeur constitutionnelle modifié par la QPC*, RGDM, mars 2015, n°54, p. 67.

<sup>160</sup> D. Truchet, *Droit de la santé publique*, Paris, Dalloz, 2012, 268 p, p. 9 : « dans les déclarations des droits ou dans les préambules de nombreuses constitutions françaises, on peut découvrir quelques dispositions se rapportant aux devoirs de l'Etat en matière sanitaire et sociale. Exceptionnellement, le texte constitutionnel prévoit dans tel ou tel de ses articles des mesures plus précises ou plus immédiatement applicables ».

Le Conseil Constitutionnel, il est vrai, a fait une « formidable mue »<sup>161</sup>. Pourtant, ni le rôle constitutionnel originel du Sénat, ni la création du comité constitutionnel ne laissent présager pareille ascension et ce d'autant plus que les cours suprêmes n'étaient pas hostiles à exercer elles-mêmes un contrôle de constitutionnalité<sup>162</sup>.

L'office du juge européen est beaucoup plus récent. Par exemple, le contentieux qui a trait aux médicaments découle directement d'une directive de 1985<sup>163</sup>.

Cette étude sur l'office du juge est davantage concentrée sur l'aspect national<sup>164</sup>. La matière, très spécifique, s'associe mal à un droit européen unifié. Les logiques indemnitrices sont différentes au sein des pays européens.

Toutefois, la résolution 75-7 du Conseil de l'Europe du 14 mars 1975<sup>165</sup> souhaitant promouvoir une harmonisation des législations et des jurisprudences au sein de l'Europe<sup>166</sup> a mis en exergue des problématiques communes encore actuelles comme l'a très bien analysé le Professeur André Tunc<sup>167</sup>.

Le débat sur l'office du juge en France reposera nécessairement demain sur l'articulation entre les juges nationaux et européens. Certains auteurs ont depuis longtemps sensibilisé les juristes sur la problématique des « frottements nés du contact entre droit interne et droit communautaire, entre organe

---

<sup>161</sup> J. Krynen, *L'emprise contemporaine des juges : l'Etat de justice en France, XIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*, T. 2, Paris, Editions Gallimard, Bibliothèque des histoires, NRF, Roto Impression, 2010. 432 pages, p. 288 : « La Loi, établie comme la norme suprême depuis la Révolution, n'est plus souveraine que dans le respect de la Constitution. La Constitution figure désormais comme la norme fondamentale, la loi des lois, grâce au Conseil constitutionnel gardien de son statut supra légal. Cet organe, créé en 1958 dans une parfaite indifférence de l'opinion, n'avait pas été prévu pour tenir ce rôle. Il s'est pourtant imposé comme l'interprète authentique de la Constitution (...).

<sup>162</sup> « Tout montre qu'ils reflètent plutôt à la Cour de cassation le développement d'une tendance favorable à l'exercice par les juridictions judiciaires d'un contrôle de constitutionnalité des textes invoqués devant elles, y compris législatifs, les hauts magistrats s'étant finalement persuadés qu'il valait mieux que ce soient les juges qui prononcent sur l'inconstitutionnalité prétendue d'une loi plutôt que des opposants au régime bien capable au nom de la suprématie de la Constitution d'en appeler à la résistance, voire à l'insurrection ». *ibid.* p. 299.

<sup>163</sup> Le contentieux sur les produits de santé sera très peu abordé puisqu'il est associé à une loi à part entière issue d'une directive européenne : la directive 85/374/CEE du Conseil, du 25 juillet 1985, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux. L'application effective de la directive a été l'objet de controverses ; on peut citer eux études très intéressantes : H. Boucard, E. Savaux, R-N. Schütz, rapport de synthèse du colloque sur l'action en responsabilité et la prescription, Travaux issus des séminaires "Droits nationaux et projets européens en matière de responsabilité civile" organisés par le GRECA Saint-Jacques-de-Compostelle, les 31 mai et 1<sup>er</sup> juin 2012 "La responsabilité du fait des produits défectueux ». <http://grerca.univ-rennes1.fr/fr/Travaux/> ; P. Jourdain, 14/09/2007, commentaire de l'arrêt du 15 mai 2007, RTD. civ p. 580.

<sup>164</sup> Le droit médical, plus particulièrement, permet de mettre en lumière l'office du juge comme une source de droit à part entière. C'est une source nationale avant tout, le dommage corporel étant assez rétif aux sources supranationales qui ont trait surtout à la santé de manière plus globale. Chaque pays a une conception de la liquidation du préjudice corporel qui lui est propre (dossier droit comparé, G. Viney, B. Markesinis, *La réparation du dommage corporel : essai de comparaison des droits anglais et français*, préf. de A. Tunc, Paris, Economica, Etudes juridiques comparatives, 1986, 179 p).

<sup>165</sup> Résolution (75) 7 du Conseil de l'Europe – Comité des Ministres du 14 mars 1975 laquelle prévoit notamment le principe de réparation intégrale.

<sup>166</sup> V. E. Brosset, *De l'intérêt de considérer le droit de l'Union européenne de la santé droit "miroir" ou droit "laboratoire"*, Petites affiches, 1<sup>er</sup> décembre 2015, n°239, p. 8.

<sup>167</sup> A. Tunc, *La réparation des dommages corporels : la résolution du comité des ministres du conseil de l'Europe*, Revue internationale de droit comparé, 1975, vol. 27, n°4, pp. 911-913 ; v. aussi G. Mémeteau, *L'unification du droit médical en Europe ?*, RGDM n°7, avril 2002, pp. 105-136, p. 107 : L'auteur montre ici combien l'unification du droit médical en Europe est complexe compte tenu notamment des niveaux économiques d'autant que « l'internationalisation du droit médical couvre à la fois l'Europe et d'autres régions de règles impératives ou suggestives ».

interne et organe communautaire »<sup>168</sup>. Ce constat est d'autant plus fort que le juge européen peut revenir sur des considérations factuelles sur lesquelles les juridictions nationales n'ont aucun contrôle<sup>169</sup>.

En toute hypothèse, la remise en cause de la souveraineté de la justice nationale est évidente et induit nécessairement « un bouleversement de l'ordre juridictionnel »<sup>170</sup>.

L'office du juge, tel que nous l'appréhendons, s'intéresse spécifiquement au juge civil puis au juge administratif dans une logique historique. Un office qui nous semble être « un terrain d'expérimentation privilégié »<sup>171</sup> où ce dernier a pu largement se déployer.

Le sujet se concentre davantage sur le rôle originel du juge en droit médical tel que nous l'entendons, à savoir d'abord le juge civil et le juge administratif et les nombreux prolongements qui ont suivi.

Dès lors, une problématique apparaît : quelle est la dimension de l'office du juge en droit médical ? Son apport, son étendue, ses limites, son avenir ? La problématique ainsi posée, il nous faudra répondre à chacune de ces interrogations.

Le rôle créateur du juge a été exponentiel (première partie). Les juges judiciaires et administratifs ont posé ses grands principes (chapitre 1) et en assurent les prolongements (chapitre 2).

Ce rôle déterminant est à consolider (deuxième partie) ; du fait de l'appréhension circonstanciée du juge (chapitre 1), sa place est remise en question alors qu'elle devrait justement être pérennisée (chapitre 2).

Le juge a, dans ce domaine plus qu'un autre, été de façon empirique le régulateur naturel des conflits en assurant – à défaut d'une loi - la permanence d'un Etat de droit auquel les citoyens sont attachés.

« Par sa fonction, il dit le juste. Or, le juste est une valeur essentielle de notre temps. Dans un monde où la justice divine reste hypothétique, la justice sur terre est une revendication majeure » rappelait hier Robert Badinter<sup>172</sup>.

---

<sup>168</sup> F. Batailler, *Annuaire français de droit international*, 1963, vol. 9, n°9, pp. 735-778, p. 778.

<sup>169</sup> « Le contrôle est plus discutable et, à vrai dire, plus mal ressentie la perte de souveraineté, dans les cas, non rares, où la Cour européenne procède à des interprétations différentes d'éléments factuels nécessaires à la mise en œuvre de notions de pur droit national. Est-il, par exemple, nécessaire et raisonnable, surtout si elle entend se comporter elle-même comme une juridiction quasi-constitutionnelle, que la Cour européenne contredise, comme elle vient de le faire, il y a quelques jours, le juge national sur l'appréciation des conséquences manifestement excessives qu'emporterait l'exécution de la décision soumise à pourvoi en cassation ? » G. Canivet, *Cours suprêmes nationales et convention européenne des droits de l'homme : nouveau rôle ou bouleversement de l'ordre juridique interne*, Revue universelle des droits de l'homme, vol. 19, n°1-12, pp. 7-10.

<sup>170</sup> « Il n'est donc pas rare que des violations de la Convention soient constatées par la Cour européenne, à partir d'éléments de fait relevés par une juridiction nationale sur lesquels la Cour de cassation, juge du droit, n'a aucun contrôle. (...) La Convention européenne des droits de l'homme conduit par conséquent à un bouleversement de l'ordre juridictionnel ». *ibid.*

<sup>171</sup> Pour reprendre les termes du Professeur Charles-André Dubreuil : « c'est d'ailleurs un terrain d'expérimentation privilégié pour le juge qui a fait preuve de la plus grande audace en cette matière dans le cadre d'un contentieux de plus en plus important où les enjeux financiers sont de plus en plus lourds : passage de la faute lourde à la faute simple, indemnisation de l'aléa thérapeutique, responsabilité sur le fondement de la garde, etc. Les interventions du législateur en ce domaine ont par ailleurs été remarquablement innovantes, la loi de 2002 dite loi Kouchner en est une parfaite illustration ». C.-A. Dubreuil, *Les responsabilités sanitaire et sociale, convergences et divergences*, RDSS 2015, art. cité.

<sup>172</sup> R. Badinter in A l'initiative de R. Badinter et S. Breyer, *les entretiens de Provence : le juge dans la société contemporaine*, Paris, Fayard, Publications de la Sorbonne, 2003, p. 19.

## Première partie

# LE RÔLE CRÉATEUR DU JUGE

Portalis affirmait jadis devant le corps législatif, dans trois discours différents, qu'il y avait des « juges avant qu'il y eût des lois »<sup>173</sup>. De « l'admirable » article 4 du Code civil, le Doyen Carbonnier en déduit que « le silence de la loi n'arrête pas le cours de la justice »<sup>174</sup>. Les juges l'ont ainsi écouté en matière médicale et s'en sont fait les traducteurs. L'éminent auteur associait d'ailleurs les jugements à « des pièces constitutives de l'ordre juridique »<sup>175</sup>.

Il mesura ainsi l'impact de la jurisprudence sur le droit français même s'il assura plus tard que la primauté de la loi devait être préservée.<sup>176</sup> En effet, les juges ont élaboré la construction d'un principe (**Titre I**). Ils assurent depuis son application donc sa concrétisation (**Titre II**).

---

<sup>173</sup> Le 24 novembre 1801, le 14 décembre 1801, le 23 février 1803. Cf. P. A. Fenet, Recueil complet, op. cité, T. VI, p. 51, 207 et 358. Noté par P. Serrand, *La loi dans la pensée des rédacteurs du Code civil*, art. cité, p. 45.

<sup>174</sup> « Si les bonnes lois sont d'argent, le silence législatif est d'or. Il n'est que de lire l'admirable article 4 du Code civil : *le silence de la loi* n'arrête pas le cours de la justice. *Prétexte*, d'ailleurs que ce silence : les juges n'ont qu'à l'écouter. Leur équité même, plus simplement, leur refus de condamner le fait est, comme eût dit Joë Bousquet, *traduit du silence* » J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, 2<sup>e</sup> éd, Paris, Répertoire du notariat Defrénois, 1995, 334 p, p. 313.

<sup>175</sup> J. Carbonnier, *Droit civil*, T.1, Paris, PUF, Quadrige, Manuels, 1496 p, p.19 : « Les jugements sont des pièces constitutives de l'ordre juridique, à l'égal des règles de droit. (...) Mais, à côté de ces *jugements selon les règles de droit* ou *aux fins de règle de droit*, il existe, pratiquement innombrables, des jugements qui ne se fondent nullement par une règle, ni ne prétendent aucunement s'ériger en règles, des *jugements selon l'équité* : il serait très peu réaliste de ne pas les traiter aussi comme des phénomènes juridiques » ; « Lamoignon explique que « la loi est pour ainsi dire « muette » tant que le magistrat ne l'a pas mise en action ». J. Krynen, *L'idéologie de la magistrature ancienne Tome 1 : l'Etat de justice en France, XIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*, Paris, Gallimard, Bibliothèque des histoires, NRF, Roto Impression, 2009, 326 pages. p. 135.

<sup>176</sup> C. Chêne, *Jean Carbonnier et la querelle de la source ou de l'autorité : permanence d'un vieux débat ?*, Revue Lamy droit civil, n° 27, mai 2006, pp. 71-75.



## Titre I

### LA CONSTRUCTION D'UN PRINCIPE

C'est bien pièce après pièce que le juge a créé le principe juridique de la responsabilité médicale en donnant raison au juriste de formation et grand penseur Max Weber. Ce dernier affirmait que « le juge ne fait pas qu'apposer un sceau sur des règlements déjà en vigueur sur la base d'accords ou d'ententes. Sa décision à propos d'un cas particulier a toujours des conséquences qui agissent au-delà de ce cas particulier en influençant la sélection du droit qui doit survivre »<sup>177</sup>.

A cela, il faut concéder comme le relève le célèbre historien Ernst Kantorowicz que « sans une personne, la justice et la raison ne font rien »<sup>178</sup>. Les juristes ont eux aussi clairement démontré que la jurisprudence esquisse régulièrement des règles générales, sous couvert ou non d'interprétation des textes<sup>179</sup>.

Il est indéniable que la responsabilité médicale est d'abord une construction jurisprudentielle. Ses principes fondateurs sont issus tant de la jurisprudence du juge civil (**chapitre 1**) que du juge administratif (**chapitre 2**).

---

<sup>177</sup> M. Weber, *Sociologie du droit*, Paris, PUF, Quadrige, Grands Textes, 242 p, p. 121.

<sup>178</sup> E. Kantorowicz, *Les Deux Corps du Roi*, Paris, Gallimard, 1989, p. 113.

<sup>179</sup> A. Lacabarats, Avant-Propos, p. XVIII in C. Puigelier, *La pratique de la cassation en matière sociale*, 2<sup>e</sup> éd, Paris, Droits & Professionnels, LexisNexis, 485 p, 2013 : « Lorsque la chambre sociale donne par exemple son interprétation d'une convention collective, considérée moins comme un contrat que comme un acte réglementaire de droit privé, il est évident que son arrêt ne concernera pas uniquement les parties au pourvoi mais touchera indirectement tous ceux qui relèvent de son champ d'application ».



# Chapitre 1

## LES PRINCIPES DU JUGE CIVIL

Il nous faut avant toute chose expliquer pourquoi nous avons choisi d'analyser en premier lieu les grands principes du juge civil.

La raison principale est historique : la Cour de cassation a posé les premiers jalons jurisprudentiels de la responsabilité médicale. Cela est dû à son histoire ancienne mais aussi au fait que l'exercice de la médecine a longtemps été libéral. En effet, les hôpitaux publics, tels que nous les connaissons aujourd'hui, sont relativement récents. Il faut attendre les années 1940 pour que l'hôpital ne soit pas uniquement un hospice et que les métiers hospitaliers se spécialisent. Au XIX<sup>e</sup> siècle, les corporations religieuses géraient elles-mêmes ces lieux d'enfermement. Ainsi, la création d'un service public hospitalier<sup>180</sup> et d'une responsabilité hospitalière sont beaucoup plus récents que le droit de la responsabilité médicale.

Par ailleurs, il y a aussi une raison quantitative ; le nombre de grandes décisions du juge civil est beaucoup plus important<sup>181</sup>. De plus, la terminologie du juge administratif a longtemps été rigide. Avant 1992, la responsabilité hospitalière ne pouvait être engagée que si la faute avait été commise dans l'organisation du service ou si celle-ci était lourde<sup>182</sup>. A ce titre, la célèbre décision de la Cour de cassation Teyssier<sup>183</sup> qui engageait la responsabilité d'un chirurgien hospitalier aurait très bien pu provenir du Conseil d'Etat s'il ne s'était pas déclaré incompétent conformément à sa jurisprudence de l'époque. Il nous semble enfin que le juge civil est le juge naturel de ce contentieux ; encore aujourd'hui, la plupart des grandes décisions dans ce domaine sont issues des juridictions civiles<sup>184</sup>.

Il nous faut ainsi brièvement revenir sur l'histoire de la Cour de cassation et son rôle actuel dans notre système juridique. Dans cette partie, nous verrons, sa nature successivement délictuelle (A) et contractuelle (B) puis l'impact de la notion de dignité sur celle-ci (C). Nous finirons par analyser le développement sans précédents du devoir d'information (D).

---

<sup>180</sup> V. le dossier présenté par M. Borgetto, *Le service public hospitalier*, RDSS 2017. 593.

<sup>181</sup> Dans l'ouvrage « les grandes décisions du droit médical » (dir. F. Vialla, *Les grandes décisions*, 2<sup>e</sup> éd, Paris, LGDJ, 2014, 896p), les arrêts de la Cour de cassation sont bien plus nombreux que ceux du Conseil d'Etat.

<sup>182</sup> CE Ass. 10 avril 1992, *M. et Mme V, Lebon*. 171, concl. Legal, GAJA, 17<sup>e</sup> éd, Paris, Dalloz, n°96, *infra*, n°47.

<sup>183</sup> Req. 28 janvier 1942, *Parcelier c/ Teyssier*, DC 1942. 63 ; Gazette du Palais, 1942-1, p. 177.

<sup>184</sup> M-C. Rondeau-Rivier, *La jurisprudence expliquée aux apprentis juristes*, RTD Civ. 1993, p. 89 : « Sur le versant administratif, les comptes restent raisonnables : un Conseil d'Etat, cinq cours d'appel, trente-trois tribunaux administratifs. Mais, côté judiciaire, les chiffres sont impressionnants : une Cour de cassation, trente-trois cours d'appel, et plus de mille juridictions de première instance, lesquelles, apprend le novice, rendent, bon an mal an, quelque treize millions de décisions en matière civile et pénale ».

## Introduction

Au sommet de la pyramide judiciaire, la Cour de cassation située au cœur de Paris<sup>185</sup> appelée aussi Cour régulatrice est chargée d'unifier le droit en vérifiant l'exacte application de ce dernier par les juges du fond.

***Du Conseil du Roi au Parlement de Paris.*** La cassation est historiquement l'une des manifestations de la Justice retenue<sup>186</sup>, elle est issue du conseil du roi<sup>187</sup> (« le conseil privé » ou « le conseil des parties »). Le Conseil du Roi n'est pas tout à fait l'ancêtre de la Cour de cassation car elle n'est pas « à proprement parler une cour de justice au sens courant du terme » ; il n'était d'ailleurs pas composé d'un procureur général<sup>188</sup>.

C'est plutôt le Parlement de Paris<sup>189</sup> qui fait figure de première cour suprême judiciaire en France. D'abord itinérant, il est établi à Paris depuis une ordonnance de 1302. Il recevait avec les autres Parlements les appels des tribunaux inférieurs et se prononçait sans appel. Il a poussé beaucoup plus loin ses attributions judiciaires initiales en s'arrogeant un rôle politique ; il était ainsi le plus vif contestataire du pouvoir royal<sup>190</sup>.

***Du Parlement de Paris au Tribunal de cassation.*** La haute magistrature parlementaire, soucieuse d'incarner l'unique justice de dernier ressort, tolérait difficilement le Conseil du roi dont elle contestait les compétences de cassation et d'évocation<sup>191</sup>.

---

<sup>185</sup> K. Fischer Taylor, *Le code et l'équité. La transformation du palais de justice de Paris au XIX<sup>e</sup> siècle* ; La Cour de cassation a une symbolique importante à travers son décors : M-L. Crosnier-Leconte, *La Grand'chambre de la Cour de cassation et son décor*, in *La Justice en ses temples*, op. cité, pp. 291-311.

<sup>186</sup> « Le tribunal de cassation tirait son origine d'une section du Conseil du Roi : le Conseil des parties. Dans l'ancienne France, le pourvoi en cassation est un des effets de la *Justice retenue*. Le Roi se réserve toujours le droit de casser, quand il les croit injustes, les arrêts des juges qu'il a délégués pour rendre la justice et ce droit existe même à l'encontre des décisions des Cours souveraines. Ce droit se développa pour deux raisons : d'abord les ordonnances de réformation avaient tracé dans le royaume des règles générales qu'il importait de faire respecter ; d'autre part l'autorité royale marchait vers sa centralisation et cette évolution incitait les souverains à user de ce pouvoir ». M. Rousselet, *Histoire de la magistrature française des origines à nos jours*, T. 1, Librairie Plon, 1957, p. 138.

<sup>187</sup> « Une autre éloquente manifestation de la justice retenue a consisté dans le développement de la « cassation », également dévolue au Conseil du roi, selon deux voies qui apparurent successivement, l'erreur de fait dès le XIV<sup>e</sup> siècle, l'erreur de droit (violation de la loi ou des formes procédurales) au XVI<sup>e</sup> siècle. La procédure de cassation fut définitivement fixée par un règlement du 28 juin 1738 ». P. Sueur, *Histoire du droit public français, XV<sup>e</sup> – XVIII<sup>e</sup> siècle*, T. II, Paris, 1994, p. 246 cité par J. Krynen, *L'idéologie de la magistrature ancienne Tome 1 : l'Etat de justice en France, XIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*, Paris, Gallimard, Bibliothèque des histoires, NRF, Roto Impression, 2009, 326 p, p. 27.

<sup>188</sup> B. Bernard, *Les attributions judiciaires du Conseil du roi*, Histoire, économie & société 3/2010 (29<sup>e</sup> année), pp. 9-17.

<sup>189</sup> F. Aubert, *Histoire du Parlement de Paris de l'origine à François Ier, 1250-1515*, Paris, Alphonse Picard et fils, 1894, tome I : Organisation, compétence et attributions, tome II : Procédure ; Pour une approche historique très complète : G. Ducoudray, *Les Origines du Parlement de Paris et la justice aux XIII<sup>e</sup> et XIV<sup>e</sup> siècles*, Paris, Hachette, 1902, disponible sur Gallica : <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k202209z/f17.item>

<sup>190</sup> J. Krynen, *L'emprise contemporaine des juges : l'Etat de justice en France, XIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*, T. 2, Paris, Gallimard, Bibliothèque des histoires, NRF, Roto Impression, 2010. 432 pages, p. 177.

<sup>191</sup> B. Bernard, *Les attributions judiciaires du Conseil du roi*, op. cité.

Les révolutionnaires choisirent par la suite de mettre en place un tribunal de cassation chargé d'assurer la police législative<sup>192</sup>. La procédure du référé législatif issue des lois des 16 et 24 août 1790 se présentait comme un garde-fou. Elle imposait que le juge demandât impérativement l'avis du pouvoir législatif en cas de difficultés sur l'appréciation d'une loi.

Le dénouement du conflit qui opposa le Tribunal de cassation à la Convention, de même que le combat mené contre le référé législatif (définitivement supprimé en 1837), permirent au tribunal d'accentuer le caractère juridictionnel de sa fonction. En 1799, le Tribunal de cassation n'était plus placé « auprès du Corps Législatif » mais « au sommet de l'ordre judiciaire ». En 1804, le Tribunal de cassation prend alors le nom de Cour de cassation (sénatus-consulte du 28 floréal an XII – 18 mai 1804).

A l'origine, la Cour de cassation ne comptait que deux sections, une des requêtes et une de cassation (puis deux sections criminelle et civile devenues « chambres » par une ordonnance du 15 janvier 1826).

La chambre sociale (décret-loi du 12 novembre 1938), la chambre commerciale en remplacement de la chambre des requêtes (loi du 23 juillet 1947) et enfin les deux chambres civiles supplémentaires (loi du 21 juillet 1952).

Depuis 1790, la Cour de cassation ne peut statuer sur le fond des affaires (article L.411-2 du Code de l'organisation judiciaire) ; sa mission demeure de vérifier la conformité du jugement attaqué aux « règles de droit » (article 604 du Code de procédure civile).

Le Professeur Philippe Jestaz soulignait néanmoins que toutes les circonstances étaient réunies pour que la Cour de cassation puisse élaborer sa jurisprudence (notamment par le biais de l'article 4<sup>193</sup>).

Cet édifice était rendu possible par le biais des arrêts de règlement que l'on nomme aujourd'hui avec pudeur « grands arrêts » qui, pourtant interdits en principe, ont largement contribué à construire le droit civil<sup>194</sup>.

***La genèse d'une technique de cassation.*** Depuis, libre à la Cour d'exprimer ses desideratas tant les lois et décrets ont souvent un caractère hâtif ou incomplet. On peut aussi signaler que le tribunal de cassation, puis après lui la Cour de cassation, a joué un rôle déterminant dans l'élaboration de la

---

<sup>192</sup> J. Krynen, *L'emprise contemporaine des juges : l'Etat de justice en France, XIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*, op. cité, p. 212 : « C'est dire combien les révolutionnaires innovent en instituant un Tribunal de cassation en 1790. Bien sûr, il s'agit toujours d'un instrument de police législative. Mais il est placé entre les mains d'un tribunal, non plus entre les mains d'un organe de gouvernement ».

<sup>193</sup> P. Jestaz, *Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à un autre*, RTD Civ. 1996, p. 299.

<sup>194</sup> F. Terré, *Introduction générale au droit*, Paris, 2000, Dalloz, pp. 250-251, p. 200.

procédure via les moyens d'ouverture de cassation<sup>195</sup>. Cette technique de cassation lui a permis de consolider son contrôle et d'assurer à la jurisprudence toute son autorité<sup>196</sup>.

Le moyen, c'est précisément le cœur de la procédure comme le rappelle le Président Christian Charruault : « au début est le moyen. Hors du moyen, point de salut. Pas même d'arrêt. C'est la déchéance ou la non-admission »<sup>197</sup>.

On songe aussi au manque de base légale qui n'était pas une ouverture à cassation prévue par la loi mais créée par la jurisprudence. Cette « pierre de touche de la technique juridique » selon les termes du maître en la matière, le Professeur Motulsky, est prédominante<sup>198</sup>.

La Cour espérait autrefois dissimuler « la source purement prétorienne des cassations qu'elle était amenée à prononcer sur ce dernier fondement » avant de l'admettre « formellement, et sans fausse pudeur »<sup>199</sup>.

A première vue, il n'est pas aisé de comprendre pourquoi la Cour de cassation n'est pas un troisième degré de juridiction. Effectivement, « devant la Cour de cassation, le procès change de nature : il ne s'agit plus directement d'une instance opposant des parties, mais d'un procès fait par l'une d'elles au jugement dont la légalité est contestée. En outre, la contestation élevée par cette partie ne peut porter sur les faits du litige. La Cour fonda sa décision sur les seuls faits rapportés par la décision critiquée, ainsi qu'en atteste la formulation des arrêts qui, tous, commencent leur exposé des faits utiles à l'examen du pourvoi par la formule : « *Attendu, selon l'arrêt attaqué* »<sup>200</sup>.

Le Professeur Frédéric Zenati souligne d'emblée la nature ambivalente de la Cour qui n'est pas un troisième degré de juridiction tout en étant une juridiction<sup>201</sup>.

Il note ainsi son caractère ondoyant, « produit complexe des sédimentations multiples et variées qui font son histoire des pratiques qui ont marqué son évolution. Il n'est pas permis d'en donner une vision univoque, sous peine d'ignorer la richesse de ses nuances »<sup>202</sup>.

---

<sup>195</sup> P. Deumier, *Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation*, in « La Création du droit par le juge », T. 50 (2006) des Archives de philosophie du droit, pp. 49-76.

<sup>196</sup> J.-L. Halperin, *Le Tribunal de Cassation sous la Révolution (1790-1799)*. op. cité, p. 101.

<sup>197</sup> C. Charruault, *Propos sur la parole de la Cour de cassation*, [https://www.courdecassation.fr/IMG/File/Propos\\_parole\\_Charruault\\_150310.pdf](https://www.courdecassation.fr/IMG/File/Propos_parole_Charruault_150310.pdf)

<sup>198</sup> H. Motulsky, *Le « manque de base légale », pierre de touche de la technique juridique*, JCP. 1949, I. 775.

<sup>199</sup> Ibid.

<sup>200</sup> A. Lacabarats, Avant-Propos, p.XVII in C. Puigelier, *La pratique de la cassation en matière sociale*, 2<sup>e</sup> éd, Droits & Professionnels, LexisNexis, 485p, 2013.

<sup>201</sup> F. Zenati, *La nature de la Cour de cassation*, BICC n°575 du 15 avril 2003, pp. 3-10.

<sup>202</sup> Ibid.

Il considère en ce sens que la Cour de cassation a une triple nature, répressive<sup>203</sup>, herméneutique<sup>204</sup> et législative<sup>205</sup>.

Cette logique conduit à affirmer que le droit de la responsabilité médicale provient intrinsèquement des juges du fond dont les décisions ont été entérinées par la Cour de cassation lorsque celles-ci n'étaient pas contraires aux règles de droit existantes<sup>206</sup>. Or, la postérité ne retiendra que les arrêts de la Cour régulatrice alors même que ce sont les juges du fond qui font figure de forces de proposition.

La Cour de cassation marque une décision du sceau de son autorité en vérifiant que les juges du fond ont tiré les conséquences légales de leurs propres constatations relatives aux faits.

La Cour de cassation, « elle est à la fois au cœur et hors de l'acte de juger, en ce sens que si le litige est la condition de son intervention, il n'en est pas toujours la mesure », souligne avec netteté le Président Christian Charruault<sup>207</sup>.

Un raisonnement similaire s'impose en l'absence d'un texte de loi : « le droit de la responsabilité médicale est essentiellement jurisprudentiel, aucun texte législatif ou réglementaire ne définit, à proprement parler, les conditions de la responsabilité des médecins. Ce sont les magistrats qui, par petites touches et quelques grandes décisions de principe, ont construit un système entrant pour l'essentiel dans le champ de la responsabilité contractuelle et présentant de nombreux points communs avec celui créé pour les autres professionnels (avocats, architectes...) »<sup>208</sup>.

Le Professeur Gérard Mémenteau rend aussi parfaitement compte de l'édifice prétorien : « ce que dit le juge est du droit. Il dit le droit médical. Mieux, il le crée. Qu'on ne s'y trompe pas, c'est lui, bien plus que le législateur qui, dialoguant avec la doctrine, qui a bâti ce droit nonobstant l'interdit fulminé en 1862, ou peut-être, grâce à cet interdit qui le mettait à l'abri des influences doctrinales de la médecine, le laissant hors querelles (...). L'arrêt du 18 juin 1835, celui du 20 mai 1936, du 28 janvier 1942, du 25 février 1997, du 7 novembre 2000, et tant d'autres ne laissent aucun doute... Le droit médical est d'abord prétorien. La loi du 4 mars 2002 en confirme les données et met en place de nouvelles institutions. (...) Tous ces arrêts expriment des règles de droit, et non des indications médicales »<sup>209</sup>.

---

<sup>203</sup> « L'annulation des décisions de justice est, sans aucun doute, l'activité qui permet d'aller au cœur de l'institution de la cassation en même temps qu'à ses origines ». *ibid.*

<sup>204</sup> « La Cour de cassation a une deuxième dimension aussi fondamentale que la première, qui participe de sa nature : sa fonction d'interprétation. Alors que les cours suprêmes de pleine juridiction trouvent le droit dans la prudence, les cours de cassation le recherchent dans l'interprétation de la règle de droit ». *ibid.*

<sup>205</sup> « L'articulation de l'interprétation et de la répression fait, par une alchimie complexe, de la cassation un acte législatif. Si l'interprétation n'est que la restitution fidèle de la loi, la cassation apparaît comme le bras séculier de la loi, un moment de l'acte législatif, celui de sa sanction, ce qui explique que les révolutionnaires y voyaient, pour cette raison, une dépendance du pouvoir législatif. Ou bien l'interprétation est créatrice, et, alors, la règle qu'elle produit emprunte à la loi sa valeur, ses caractères et sa force ; elle est une norme législative ou réglementaire selon la nature de la règle interprétée ». *ibid.*

<sup>206</sup> C. Charruault, *Propos sur la parole de la Cour de cassation*, art. cité.

<sup>207</sup> *Ibid.*

<sup>208</sup> G. Decroix, *Droit et médecins, Actualité et dossier en santé publique*, ADSP, n°32 septembre 2000, pp. 50-51.

<sup>209</sup> G. Mémenteau, *Le juge ignorant la médecine ?* Gazette du Palais, 08 février 2014 n° 39, p. 12.

Il évoque ici des arrêts majeurs ; il convient, après cette introduction, d'y revenir pour mesurer l'impact du juge de cassation dans la création d'un régime de droit médical. La responsabilité médicale a d'abord été délictuelle (A), puis contractuelle (B). Elle est basée sur un principe fondamental : celui de la dignité (C) et demeure une responsabilité en mouvement (D).

## A / Une responsabilité délictuelle

Au commencement étaient les juges du fond. Ainsi pourrait débiter la fabuleuse histoire de la jurisprudence en droit médical qui débuta officiellement avec le jugement Hélie (a) et l'arrêt Thouret-Noroy (b).

Le Professeur Luc Grynbaum soutient que « le thème du préjudice corporel est en réalité co-substantiel au droit de la responsabilité ; plus exactement à l'évolution du droit de la responsabilité (...). Il est manifeste que la recherche de réparation du dommage corporel a constitué un très fort aiguillon pour l'évolution du droit de la responsabilité »<sup>210</sup>.

Le Professeur Jacques Ghestin partage l'analyse en affirmant que « l'essentiel du droit civil français, spécialement le droit des contrats et de la responsabilité, résulte actuellement des arrêts de la Cour de cassation »<sup>211</sup>. Assez curieusement pourtant, il semble que le mot responsabilité ne fut admis que dans les années 1790, notamment en 1798 par l'Académie française<sup>212</sup>. La notion, au moins de manière immanente, nous semble toujours avoir existé.

En France, la doctrine de la responsabilité fut fréquemment appliquée aux professionnels de santé à partir du XV<sup>e</sup> siècle<sup>213</sup> mais d'une manière désordonnée<sup>214</sup>. Dès le XVI<sup>e</sup> siècle pourtant, « le principe de cette responsabilité des médecins est nettement affirmé, et son caractère pénal n'est guère mis en doute »<sup>215</sup> ; elle est donc limitée à la notion d'intention criminelle et par le développement de l'impéritie, cette « ignorance de l'art dont on fait profession »<sup>216</sup>. On imposait alors aux médecins d'établir un diagnostic consciencieux.

---

<sup>210</sup> L. Grynbaum, *Le préjudice corporel : rapport français, L'indemnisation*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Société de législation comparée, Journées Québécoises, Tome LIV / 2004, p. 591.

<sup>211</sup> J. Ghestin, *Les données positives du droit*, RTD civ. 2002, p. 20, n°25.

<sup>212</sup> J. Ph. Levy, A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, Paris, Dalloz, 2002, p. 18.

<sup>213</sup> D'où le titre de l'article de J.C. Careghi, *Les grands arrêts de l'histoire de la responsabilité médicale (1427-1936)*, in « J.-C. Careghi, *La responsabilité médicale au crible de l'histoire*, les cahiers de droit de la santé, Aix-en-Provence, PUAM, n°7, 2007, 216 pages, p. 55 ; pas moins de treize arrêts sont cités avant 1789.

<sup>214</sup> « En France, la doctrine de la responsabilité fut fréquemment appliquée. Nous voyons, en effet, un médecin admonesté par un arrêt du 25 avril 1427, pour avoir tenté imprudemment sur un malade, un remède violent (...) En 1596, les enfants d'un chirurgien décédé, qui avait blessé un malade en le saignant, sont condamnés par le parlement de Bordeaux à 450 liv. de dommages-intérêts ». A. Trébuchet, *Jurisprudence de la médecine, de la chirurgie et de la pharmacie*, société encyclographique des sciences médicales, Bruxelles, 1838, p. 108.

<sup>215</sup> « Il suffit de feuilleter les grands ouvrages de doctrine, du XVI<sup>e</sup> au XVIII<sup>e</sup> siècle, pour y lire, de manière quasi-générale, que le praticien qui, par son imprudence et surtout par ignorance de son art, a été la cause de blessures ou d'homicide, doit être puni ». A. Laingui et J. Illes, *La responsabilité du médecin dans l'ancien droit*, dans D. Truchet (dir.), *Etudes de droit et d'économie de la santé, Travaux et Recherches. Série Faculté des sciences juridiques de Rennes*, Paris, Economica, 1982, p. 4.

<sup>216</sup> *Dictionnaire de droit et de pratique contenant l'explication des termes de Droits ; d'Ordonnances, de Coutumes et de pratique avec les juridictions de France*, par M. Claude Joseph de Ferrière, tome second, Paris, Imp. Veuve Brunet, 1769, p. 7.

Toutefois, nous avons vu qu'à l'époque, les professions de santé étaient divisées.

Les médecins jouissaient d'une aura sociale très importante et n'étaient à ce titre rarement mis en cause « tant pour des raisons juridiques tenant à la difficulté de la preuve que pour des raisons sociales – savoir le haut degré d'honneur de la profession ». « Les poursuites viseront donc les chirurgiens et apothicaires pour des raisons opposées »<sup>217</sup>.

Le droit pénal est beaucoup plus limité que le droit civil, il est d'interprétation stricte et impose une intention de nuire. En revanche, le droit civil induit surtout une réparation à partir du moment où une faute est établie, qu'elle soit volontaire ou non ; elle implique une véritable responsabilité professionnelle.

« La décision du juge doit projeter dans l'avenir les effets de sa décision : c'est l'art de juger. C'est très clair au pénal ; ça l'est moins dans le domaine civil où la notion essentielle est celle de réparation, dès lors, il est permis d'être plus optimiste », témoigne le Conseiller Claude Grellier.<sup>218</sup>

Jean-Christophe Careghi a beaucoup travaillé sur l'histoire de la responsabilité médicale, il constate que l'absence de texte législatif à propos de la responsabilité médicale allait laisser une certaine latitude jurisprudentielle.

Elle était néanmoins beaucoup plus fluctuante qu'elle ne l'est aujourd'hui<sup>219</sup>. Il rappelle que la responsabilité civile des médecins a longtemps été écartée (hormis pour les chirurgiens<sup>220</sup>) via une série d'exemples.

Les décisions reprennent le principe selon lequel le dol et la malice sont nécessaires pour intenter une action contre le praticien<sup>221</sup>, et ce même quand le rapport d'expertise est défavorable au médecin<sup>222</sup>.

L'irresponsabilité demeurait ainsi « presque attachée » à l'exercice médical<sup>223</sup> malgré une jurisprudence « extrêmement flottante »<sup>224</sup>. L'auteur rappelle qu'il faut attendre la loi du 19 ventôse an XI qui

---

<sup>217</sup> A. Laingui et J. Illes, *La responsabilité du médecin dans l'ancien droit*, op. cité, pp. 14-15.

<sup>218</sup> C. Grellier, P. Bilger, J. Vebret, *Le Besoin de justice*, Paris, Editions Plume, 1990, 197 pages, p. 14.

<sup>219</sup> J-C. Careghi, *La position de la doctrine et des cours souveraines relativement à la responsabilité civile médicale (XVIe – XVIIIe siècle)* in J-C. Careghi, *La responsabilité médicale au crible de l'histoire*, les cahiers de droit de la santé, Aix-en-Provence, PUAM, n°7, 2007, 216 pages, p. 38 .

<sup>220</sup> A. Laingui et J. Illes, *La responsabilité du médecin dans l'ancien droit*, op. cité., p. 14.

<sup>221</sup> J-C. Careghi, *La position de la doctrine et des cours souveraines relativement à la responsabilité civile médicale (XVIe – XVIIIe siècle)*, art. cité, p. 44.

<sup>222</sup> Ibid. p. 45.

<sup>223</sup> Verdier, *La jurisprudence de la médecine en France*, Prault, Paris, tome 1<sup>er</sup>, p. 734.

<sup>224</sup> H. Balmay, *La responsabilité médicale et le secret professionnel*, Toulouse, E. Privat, 1909, 304p, p. 20.

conditionne l'exercice de la médecine à la réussite des examens pour réorganiser la profession médicale<sup>225</sup>.

Difficile alors de conceptualiser une responsabilité médicale ; la profession se divise entre les médecins, les chirurgiens ainsi que les officiers de santé qui agissaient sous la surveillance d'un docteur. Aucun texte ne prévoyait une quelconque responsabilité pour les chirurgiens et les médecins. C'est dans ce contexte que la première décision importante en droit médical dite « Hélie » est rendue par un tribunal civil.

#### a) Le jugement Hélie

Le jugement, rendu par le Tribunal civil de Domfront en 1825<sup>226</sup>, laissait entrevoir l'émergence de la responsabilité délictuelle du médecin. La décision – encore évoquée aujourd'hui - a suscité un émoi important dans la communauté médicale et juridique.

***Des faits déjà complexes sur le plan médical.*** Voici sommairement les faits<sup>227</sup> : un obstétricien expérimenté, le docteur Hélie (Victor Foucault de son vrai nom), est sollicité par une sage-femme au chevet de Mme Foucault dont l'accouchement est imminent. Le docteur Hélie, croyant l'enfant déjà mort, lui coupa les deux bras, mais ce dernier survécut à l'opération.

Le père de l'enfant intenta une action au médecin dont la responsabilité fut engagée dans une décision du 6 décembre 1825 devant le tribunal civil de Domfront. Au-delà de cette apparente simplicité, ces faits ont soulevé des questions médicales très complexes qui ont été maintes fois analysées quasiment deux siècles après<sup>228</sup>.

***La nécessité intemporelle de l'expert.*** « Pour illuminer la jurisprudence dans les siècles à venir, les magistrats de Domfront, sur le conseil du Garde des Sceaux, ne désignent pas comme expert un ou deux professeurs de Faculté, mais l'Académie royale de médecine toute entière<sup>229</sup> » souligne Henri Stofft. « Unique dans les annales judiciaires : au lieu de requérir l'assistance d'un ou plusieurs experts, elle

---

<sup>225</sup> J-C. Careghi, *La responsabilité médicale avant l'arrêt Mercier : un préalable inutile ?* RGDM, n°18, 2006, pp. 109 à 152 in J-C. Careghi, *La responsabilité médicale au crible de l'histoire*, les cahiers de droit de la santé, Aix-en-Provence, PUAM, n°7, 2007, 216 pages.

<sup>226</sup> Tribunal civil de Domfront, 28 septembre 1830, Foucault c./ Dr Hélie ; F. Dubrac, *Traité de jurisprudence médicale et pharmaceutique*, Paris, J.-B. Baillière, 1882, pp. 100-102 ; A. Trébuchet, *Jurisprudence de la Médecine, de la Chirurgie et de la Pharmacie en France*, J.-B. Baillière, Paris, 1834, pp. 195-201.

<sup>227</sup> On trouvera ici un article remarquablement détaillé sur les faits : H. Stofft, *Une présentation de l'épaule négligée en 1825*, communication présentée à la séance du 20 octobre 1984 de la Société française d'histoire de la médecine in « Histoire des sciences médicales », 1984, vol.18, n°, pp. 331-342.

<sup>228</sup> H. Stofft, *Une présentation de l'épaule négligée en 1825*, art. préc ; C. Sureau, *Les trois fautes de Frédéric Hélie*, in « Bulletin de l'Académie nationale de Médecine », 2000, 184, n°9, 1963-1975.

<sup>229</sup> Ibid. p. 334.

demanda, le vendredi 31 juillet 1827, son avis, global, à cette instance récemment créée, l'Académie de médecine » remarque Claude Sureau<sup>230</sup>.

Il se dessine déjà ici les grands traits de l'office du juge en droit médical : la nécessité d'avoir recours à un expert pour rechercher la causalité, son indépendance à son égard car une décision attentive et impartiale dépend inévitablement et, in fine, des juges.

Un premier rapport est rendu et publié dans *les Annales d'hygiène publique*. Toutefois, celui-ci, écrit par des spécialistes, conclut à la responsabilité du docteur Hélie<sup>231</sup>. L'analyse n'arrange pas du tout l'Académie et passe très vite sous les fourches caudines au profit d'un nouveau rapport confié au docteur Double. Celui-ci a pour l'Académie une qualité essentielle : il n'est pas spécialiste de la matière, ce qui lui permet de prendre une hauteur de vue et de juger ipso facto le principe de responsabilité médicale lui-même<sup>232</sup>.

***L'hostilité du monde médical face au principe d'une responsabilité.*** « L'Académie, ne veut pas clore son rapport sans exprimer nettement son opinion sur la responsabilité médicale. Elle croit de son devoir de s'inscrire contre la jurisprudence des arrêts d'un petit nombre de tribunaux, contre l'interprétation forcée de l'application abusive, dans certains cas des articles 1382 et 1383 du Code civil (...) mais la responsabilité des médecins, dans l'exercice consciencieux de leur profession, ne saurait être justiciable de la loi. Les erreurs involontaires, les fautes hors de prévoyance, les résultats fâcheux hors de calcul, ne doivent relever que de l'opinion publique. Si l'on veut qu'il en soit autrement, c'en est fait de la médecine »<sup>233</sup>.

L'Académie souhaite ici faire valoir un monopole dans l'appréciation de la responsabilité du médecin qu'elle considère inexistante pour la sauvegarde des intérêts sociaux de tous.

---

<sup>230</sup> C. Sureau, *Les trois fautes de Frédéric Hélie*, in « Bulletin de l'Académie nationale de médecine », art. cité, p. 1970 ; Le Conseil d'Etat a reproduit le procédé dans l'affaire Vincent Lambert concernant l'expertise. (CE, 24 juin 2014, *Mme F...I... et autres*, n°375081, 375090, 375091).

<sup>231</sup> « Le tribunal voulut avoir l'appréciation de l'Académie de médecine, qui désigna, pour étudier la question, quatre de ses membres les plus distingués, tous professeurs d'accouchement, MM.Desormeaux, Deneux, Gardien et Moreau, auxquels fut adjoint M. Adelon, professeur de médecine légale. Il résultat de leur rapport : 1° que rien n'avait pu démontrer à l'accoucheur que les bras de l'enfant fussent frappés de sphacèle ; 2° que l'impossibilité d'opérer la version n'était point établie ; 3° que rien ne prouvait l'urgence de terminer l'accouchement ; 4° que l'amputation des bras n'était pas nécessaire, surtout le gauche, les doigts seuls étant engagés. La Conclusion de ce rapport était que l'opération pratiquée par le docteur Hélie constituait, de sa part, une faute contre les règles de l'art. Néanmoins, l'Académie ne partagea point ce sentiment, et elle désigna cinq autres membres *non accoucheurs* pour faire une contre-expertise : c'étaient MM. Desgnettes, Dupuytre, Récamier, Itard et Double. Leur conclusion fut entièrement opposée à celle des premiers experts ». F. Dubrac, *Traité de jurisprudence médicale et pharmaceutique*, Paris, J.-B. Baillière, 1882, p. 100.

<sup>232</sup> « On voit, par la conclusion de ce rapport, sous l'empire de quelle préoccupation les derniers experts avaient procédé à leur expertise. D'après eux, les médecins ne pouvaient être jamais passibles de réparations civiles qu'autant qu'ils auraient causé *intentionnellement* un dommage, dans de *perfidés desseins* et de *criminelles intentions* ; il faudrait, en un mot, supprimer, en ce qui les concerne, les articles 1382 et 1383 du Code civil. Cette théorie ne pouvait être admise par la justice (...) ». *ibid*, p. 101.

<sup>233</sup> Académie de médecine, rapport du professeur Double, séance du 29 septembre 1829 in « Bulletin général de thérapeutique médicale et chirurgicale », vol. 29, impr. de Hennuyer et Turpin, 1845, p. 404.

Cette position est d'ailleurs réitérée en 1834 dans une discussion à propos d'un projet de loi sur l'exercice de la médecine : « les médecins et chirurgiens ne sont pas responsables des erreurs qu'ils pourraient commettre dans l'exercice consciencieux de leur art : les articles 1382 et 1383 du Code civil ne leur seront pas applicables dans ces cas »<sup>234</sup>.

Il n'existait pas de législations particulières qui encadraient la pratique médicale si ce n'est celle sur les officiers de santé. Les magistrats ont dû ainsi les placer directement dans le champ des dispositions du Code civil.

A Claude Sureau de signaler avec justesse que « la pression de l'opinion publique, les divergences nécessairement connues au sein de l'Académie elle-même, la négation affichée du sens même du Code civil, dans ce qu'il comporte d'universel, rendaient irrecevable cette argumentation »<sup>235</sup>.

Les juges se livrent à un examen très approfondi des réponses données par l'Académie dans une longue décision, même s'ils soulignent qu'« il est regrettable que l'Académie, dominée par cette idée erronée que le médecin n'est jamais responsable, n'ait pas voulu suivre la marche qui était tracée par le tribunal de Domfront, qui ne demandait à être éclairé que sur les points spéciaux qu'il indiquait »<sup>236</sup>.

***L'abnégation des juges du tribunal face à l'opposition du corps médical.*** Les magistrats n'ont pas suivi cet avis en considérant que l'accoucheur était responsable en raison de la faute commise et du dommage entraîné par celle-ci.

Le docteur Hélie fut condamné à verser une rente viagère à l'enfant qui mourut d'ailleurs quelques années plus tard : « l'accoucheur avait tout le temps nécessaire pour suivre, dans un accouchement qui présentait des difficultés, les prescriptions des maîtres de l'art, essayer des divers moyens que cet art lui indiquait et appeler des confrères en consultation ; que, ne l'ayant pas fait, mais ayant, au contraire, agi sans prudence et avec une précipitation incroyable, il est coupable d'une faute grave qui le rend responsable du dommage résultant de la mutilation de l'enfant Foucault »<sup>237</sup>.

Ici, il n'est pas mentionné précisément la nature de la responsabilité et encore moins la présence d'un contrat ; celle-ci relève de ce fait du droit commun et de la responsabilité délictuelle. Etonnamment, le droit médical est né de rapports d'expertise totalement opposés ; preuve, s'il est en est, que la médecine n'est pas une science exacte.

---

<sup>234</sup> Archives de l'Académie de médecine, 1834, 34 in Jh. Briand, J.X. Brosson, *Manuel complet de médecine légale*, Société encyclographique des sciences médicales, 1837, p. 58.

<sup>235</sup> C. Sureau, *Les trois fautes de Frédéric Hélie*, art. cité, p. 1972.

<sup>236</sup> C-C. Brillaud-Laujardière, *De l'avortement provoqué considéré au point de vue médical, théologique et médico-légal*, Nantes, P. Auguste Durand, libraire, 1862, pp. 315-316.

<sup>237</sup> Dalloz, Rép., v. *Responsabilité*, n°129, 1° cité par F. Dubrac, *Traité de jurisprudence médicale et pharmaceutique*, Paris, J.-B. Baillière, 1882, p. 102.

Le procès du docteur Hélié est l'affaire de responsabilité médicale qui a suscité les plus vives querelles et ce d'autant plus que c'est une décision qui ne fut pas marquée de l'autorité nationale de la Cour de cassation. Elle allait entraîner avec elle des disparités territoriales importantes<sup>238</sup>.

Le climat de cette affaire, la première qui intervenait après la création du Code Napoléon, avait été oppressant ; les réprobations venaient autant du corps médical que des juristes<sup>239</sup>.

***Le jugement Hélié a entraîné une nouvelle dynamique entre la médecine et le droit.*** L'affaire soulève les questionnements intenses que suscitent les rapports entre la médecine et le droit ; ces derniers sont d'ailleurs d'une grande actualité.

On peut lire sous la plume d'Henri Stofft, presque deux siècles après ladite décision, que « ces questions, par leur formulation, montrent que les magistrats n'ont rien compris au problème diagnostique, pronostique et thérapeutique, tel qu'il a été posé au docteur Hélié, à 9 heures, le 23 septembre 1825 »<sup>240</sup>.

Claude Sureau est revenu lui aussi avec une certaine empathie et en détail sur la vie du docteur Hélié (poursuivi au nom de Victor Foucault)<sup>241</sup>.

« Le docteur Hélié fut en la circonstance un technicien efficace. Il avait convenablement informé, non la patiente vue son état et l'urgence, mais son mari, il avait exécuté les manœuvres qui lui paraissaient s'imposer, et ce sans conséquence dommageable maternelle »<sup>242</sup>.

Ainsi devient-il évident que ce que l'on a reproché finalement au docteur Hélié, c'est d'avoir concouru à la naissance d'un enfant vivant et handicapé.

En conclusion, « s'il avait recouru à une embryotomie mortifère, c'est-à-dire à « une euthanasie prénatale » il n'y aurait jamais eu d'affaire Hélié puisque la règle *infans conceptus* suppose, pour pouvoir être appliquée, la survie et la viabilité de l'intéressé »<sup>243</sup>.

---

<sup>238</sup> Docteur Beaude, Gazette des Tribunaux, 1833 citée par A.Trébuchet, *Jurisprudence de la médecine, de la chirurgie et de la pharmacie en France*, 1834, J. B. Baillière, Paris, p. 119 : Il est ici fait mention d'un problème récurrent : le manque de cohérence de la jurisprudence selon le tribunal. De ce fait, le docteur Beaude estime qu'il suffit au médecin de bien choisir son lieu de résidence dans lequel il exercera notamment où il a obtenu son diplôme. Ajoutons à ce constat, la problématique indemnitaire ; le célèbre chirurgien Pierre Dionis évoque en 1707 le cas d'un de ses confrères qui « en une année, avait ouvert onze artères (...). S'il n'avait été obligé de donner des pensions, tout le bien qu'il avait gagné pendant quarante années de travail aurait à peine suffi ». (Pierre Dionis cité par J-F. Lemaire, 1969, *l'irresponsabilité médicale momentanément consacrée*, communication présentée à la séance du 21 janvier 1984 de la Société française d'histoire de la médecine). En effet, à l'époque, on était loin d'une société assurantielle et les médecins n'étaient pas assurés par des assurances privées ou publiques, lesquelles n'existaient pas avant la fin du XIX<sup>e</sup> siècle.

<sup>239</sup> « Héraults de la vindicte publique, les magistrats de Domfront furent sévèrement critiqués par les juristes. En 1832, la *Gazette des Tribunaux* dénonça (p. 336) : « la route vicieuse du jugement de Domfront. On le voit, le médecin n'est pas seulement obligé de connaître tous les préceptes de son art. Il est forcé d'accepter ceux que la jurisprudence de son Tribunal aura admis ». *ibid.* p. 337 ; « nous respecterons ces motifs, mais nous ne pouvons nous empêcher de déplorer les conséquences fâcheuses qu'il peut avoir, en donnant naissance à d'autres récriminations et à de scandaleux procès » affirmait l'avocat Adolphe Trébuchet, A. Trébuchet, *Jurisprudence de la Médecine, de la Chirurgie et de la Pharmacie en France*, JB Baillière, Paris, 1834, p. 202.

<sup>240</sup> H. Stofft, *Une présentation de l'épaule négligée en 1825*, art. cité, p. 334.

<sup>241</sup> C. Sureau, *Les trois fautes de Frédéric Hélié*, in *Bulletin de l'Académie nationale de Médecine*, 2000, 184, n°9, 1963-1975, séance du 19 décembre 2000.

<sup>242</sup> *Ibid.* p. 1967.

<sup>243</sup> *Ibid.* p. 1970.

*Des craintes infondées sur la remise en cause de la médecine par le droit.* Le même auteur se questionne encore : fallait-il tuer l'enfant Foucault <sup>244</sup> ? Deux siècles plus tard, il n'est pas certain que les juristes aient pris toute la mesure des courroies qui existent entre la science et le droit.

Il faut de toute évidence éviter les écueils simplistes, surtout à lecture des nombreuses menaces proférées. En effet, on a pu annoncer un tremblement de terre de Cascadia censé emporter avec lui la profession et le progrès médical. Pourtant, aucune de ces prévisions ne s'est réalisée.

Ce mouvement initié par les juges du fond auxquels il faut naturellement rendre hommage va s'amplifier. L'affaire Hélie contre Foucault nous semble déterminante même si elle demeure confidentielle ; les arrêts Thouret-Noroy puis Mercier ont largement éclipsé son prestige.

Ils furent l'occasion pour de grands magistrats (André Dupin, Louis Josserand et Paul Matter) de s'illustrer mais aussi à la Cour de cassation de marquer sa prééminence à l'échelle nationale.

#### b) L'arrêt Thouret-Noroy

Suivant les traces de l'affaire Hélie, la Cour de cassation eut à se pencher sur la responsabilité médicale et sa nature.

Le docteur Thouret-Noroy est appelé le 10 octobre 1832 pour soigner le sieur Guigne. Il crut bon de pratiquer une saignée ; l'exercice était très répandu à l'époque. Toutefois, une tumeur apparut peu de temps après au pli du bras qui avait été saigné.

Le Sieur Guigne interpella de nouveau le médecin qui déclara que celle-ci était sans incidence sur sa santé. Le Sieur Guigne sollicita alors un officier de santé qui reconnut un anévrisme causé par la piqûre de l'artère brachiale.

La gangrène se manifesta dans le même temps et l'amputation semblait alors inévitable. Le Sieur Guigne saisit le tribunal d'Evreux d'une demande en dommages-intérêts à l'encontre du docteur Thouret-Noroy.

*Le rappel d'une existence d'une responsabilité médicale délictuelle en cas de faute.* Le tribunal d'Evreux, dans un arrêt du 17 décembre 1833, accueille la demande en ces termes au visa des articles 1382 et 1383 du Code civil (les articles 1382 et 1383 sont actuellement les articles 1240 et 1241 du Code civil)<sup>245</sup>.

---

<sup>244</sup> C. Sureau, *Fallait-il tuer l'enfant Foucault ?* Paris, Stock, Laurence Pernoud, 2003, 390 p.

<sup>245</sup> Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

« Attendu qu'il résulte de chacun comme de l'ensemble de tous ces faits, qu'il y a eu, de la part de Noroy, maladresse, oubli des règles, négligence grave, et conséquemment faute grossière dans la saignée et dans le traitement ultérieur ; Vu les articles 1382 et 1383 du Code civil, et attendu qu'il est dû à Guigne une réparation en rapport au préjudice qu'il éprouve, à sa position sociale et aux dépens qu'il a été obligé de faire »<sup>246</sup>.

Cette terminologie ne peut que nous interpellier, les juges du fond évoquent « une réparation en rapport au préjudice qu'il éprouve », ce qui renvoie à la notion actuelle de réparation intégrale.

Ils précisent par ailleurs cette réparation doit être en accord avec « sa position sociale », ce qui suppose une certaine classification des préjudices en fonction des pertes professionnelles de chacun. Par ailleurs, à l'appui de l'article 1382 du Code civil<sup>247</sup> (devenu article 1240 du même code<sup>248</sup>), la responsabilité médicale est qualifiée de délictuelle.

Encore une fois, les juges du fond se font les annonciateurs d'une responsabilité médicale à venir.

Le sieur Guigne fit appel, sans succès, la Cour d'appel de Rouen confirma sans ambages le premier jugement.

« Attendu qu'il est également établi par tous les documents du procès que c'est par le fait de Thouret-Noroy, par le résultat de la saignée qu'il a pratiquée, par la lésion de l'artère brachiale, par l'inefficacité de ses remèdes, par sa négligence grave, par sa faute grossière, notamment par l'abandon du malade dont il a refusé de visiter le bras, alors même qu'il en était par lui requis, que l'amputation du bras de l'infortuné Guigne, après ces opérations réitérées et douloureuses qu'il avait subies, est devenue indispensable »<sup>249</sup>.

***L'intervention déterminante de la Cour de cassation.*** Le docteur Thouret-Noroy forma alors un pourvoi en cassation pour violation de la loi du 10 mars 1803, une fausse application des articles 1382 et 1383 du Code civil et de la maxime de droit : *volonti non fit injuria* censée écarter toute responsabilité quand la personne est consentante.

Habile, Maître Crémieux, l'avocat de Thouret, fit valoir la doctrine du docteur Double dans son rapport au sujet de l'affaire Hélie.

Il ne contestait nullement le principe de la responsabilité médicale mais simplement son champ d'application qui ne saurait être étendu si la profession est pratiquée de bonne foi et dans la mesure du savoir.

---

<sup>246</sup> Cité F. Dubrac, *Traité de jurisprudence médicale et pharmaceutique*, Paris, J.-B. Baillière, 1882, p. 103.

<sup>247</sup> Si cher à notre système juridique : Cons. const. 22 octobre 1982, n°82-144, Cons. const. 22 juillet 2005, n°2005-522 DC.

<sup>248</sup> Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

<sup>249</sup> F. Dubrac, *Traité de jurisprudence médicale et pharmaceutique*, op. cité, pp. 1004-1005.

« On ne peut donc trouver dans la mort d'un malade cause de responsabilité pour un médecin car rien n'est plus conjectural que la médecine »<sup>250</sup>. Il rappelle qu'« aucune loi ne pose en principe la responsabilité du médecin »<sup>251</sup> et conclut que « la responsabilité ne peut être invoquée contre lui que si, oubliant qu'il est médecin, et se livrant aux passions, aux vices, aux imprudences de l'homme, il occasionne, par un fait répréhensible, un préjudice réel au malade qui se confie à ses soins.

En d'autres termes, et à vrai dire, la responsabilité s'exercera contre l'homme, jamais contre le médecin »<sup>252</sup> car « les hommes de l'art et de la science ne sont pas responsables de leurs opinions, alors même qu'elles reposent sur une erreur »<sup>253</sup>. Il affirme ici que ce n'est pas aux juges d'empiéter sur les règles de l'art et d'en assurer le respect.

Ici, l'argumentation juridique peut sembler séduisante. Il fallait, pour faire front, un magistrat courageux et non des moindres, le procureur général André Dupin<sup>254</sup>.

***L'argumentation du procureur général André Dupin a dessiné les contours du principe de la responsabilité médicale.*** Le Procureur général André Dupin s'étonne en réponse que ce cas particulier entraîne avec lui tout le devenir de la médecine : « on doit s'étonner du caractère de généralité que le demandeur en cassation s'est efforcé de donner à cette affaire. A l'entendre, s'il ne parvient à gagner son procès, il n'y a plus de médecine possible »<sup>255</sup>.

Il est vrai que, selon la légende, la Cour de cassation ne se prononce que sur un cas particulier et ses arrêts ne peuvent avoir une influence générale.

« (...) Mais si le simple défaut de science ou le défaut de succès ne suffisent pas pour motiver une action contre les médecins, il peut se rencontrer des circonstances où le dol, la mauvaise foi, une pensée criminelle, une négligence inexcusable et d'autres faits du même genre, entièrement séparés de la question médicale, constituent, de leur part, un manquement aux devoirs de leur état, tel qu'on ne pourrait proclamer, en pareil cas, l'irresponsabilité de l'homme de l'art, sans mettre en péril le reste de la société »<sup>256</sup>.

---

<sup>250</sup> Ibid. p. 105.

<sup>251</sup> Ibid. p. 106.

<sup>252</sup> Ibid. p. 108 ; cette argumentation fait penser à la célèbre formule de Lafférière sur la faute détachable du service « si l'acte dommageable est impersonnel, s'il révèle un administrateur plus ou moins sujet à erreur ; il y a faute personnelle s'il révèle l'homme avec ses faiblesses, ses passions, ses imprudences ». concl. sur TC. 5 mai 1877, Laumonnier-Carriol, Rec. n°95 p. 437.

<sup>253</sup> Ibid. p. 109.

<sup>254</sup> Dupin, dit Dupin aîné pour le distinguer de son frère, qui connut la magistrature avant de se tourner, comme son père, dans une grande carrière politique : F. Brami, *Dupin aîné (1783-1865), procureur général près la Cour de cassation et jurisconsulte*, Paris, Dalloz, Bibliothèque de la justice, 2013, 538 p.

<sup>255</sup> Ibid. p. 110.

<sup>256</sup> Ibid. p. 110 citant Domat, liv. III, sect. 4, n°1.

Une responsabilité dont le procureur André Dupin rappelle qu'elle touche toutes les professions, qu'elles soient industrielles ou intellectuelles<sup>257</sup>.

Il précise par ailleurs que les juges n'ont pas à empiéter sur les savoirs médicaux : « ce sont là des questions scientifiques<sup>258</sup> à débattre entre docteurs, et qui ne peuvent pas constituer des cas de responsabilité civile et tomber sous l'examen des tribunaux »<sup>259</sup>.

Le procureur André Dupin ajoute une phrase qui, selon le Professeur Gérard Mémenteau<sup>260</sup>, dessine les contours de l'office du juge : « non, le médecin, le chirurgien ne sont pas indéfiniment responsables. (...). Cependant, où est la limite de cette responsabilité ? (...) il est impossible de la fixer d'une manière générale. C'est au juge à la saisir et à la déterminer dans chaque espèce, selon les faits et les circonstances qui peuvent varier à l'infini, (...) en laissant à la science toute la latitude dont elle a besoin, mais en accordant aussi à la justice et au droit commun tout ce qui lui appartient »<sup>261</sup>.

Le procureur André Dupin avec pédagogie et clarté, esquisse une image de l'office du juge en droit de la responsabilité médicale qui prévaut encore aujourd'hui.

En ce qui concerne la teneur de la loi, il adopte un raisonnement contraire : « la loi ne dit nulle part que le docteur en médecine est dispensé de répondre de ses faits de négligence, de légèreté ou d'ignorance des choses qu'il doit savoir »<sup>262</sup>.

A l'instar du Doyen Carbonnier, le Procureur André Dupin soutenait déjà, de manière implicite, que le silence de la loi n'arrêtait pas le cours de la justice. Le Procureur indique à raison que « la Cour de cassation n'est pas juge du fait ; elle n'a point à le rechercher, à le construire, à le prouver : c'est la mission des juges ordinaires »<sup>263</sup>. Il souligne ici le rôle primordial des juges du fond dans un contentieux où les faits sont déterminants.

Le Procureur André Dupin omet de dire qu'il n'y a pas que des faits juridiques mais qu'il existe aussi des faits de société que le juge prendra naturellement en compte. C'est ce que le Professeur Jean-Luc Aubert nomme des faits de sociétés : « ce ne sont plus des faits caractéristiques des relations des parties qui s'affrontent, mais un ensemble de données - morales, sociales, politiques ou économiques - qui se trouvent engagées par le procès et sa solution »<sup>264</sup>.

---

<sup>257</sup> Ibid. p. 111.

<sup>258</sup> « La question est ici entre Hippocrate et Galien ; elle n'est pas judiciaire » (ibid. p. 116) ; Concl. sur Cass. ch. req., 18 janvier 1835 : JP Gén. ; D., v. Responsabilités, T. 39, 1858, p. 315 et s.

<sup>259</sup> Ibid. p. 114.

<sup>260</sup> G. Memeteau, *Le juge ignorant la médecine ?* Gazette du Palais, 08 février 2014 n° 39, p. 12.

<sup>261</sup> Cité par F. Dubrac, *Traité de jurisprudence médicale et pharmaceutique*, op. cité, pp. 114-115.

<sup>262</sup> Ibid. pp. 115-116.

<sup>263</sup> Ibid. p. 116.

<sup>264</sup> J-L. Aubert, *Le fait et la Cour de cassation*, Dalloz, Mélanges Simler, 2007, p. 844.

Le procureur conclut : « que les médecins se rassurent, l'exercice de leur art n'est pas mis en péril (...) chaque profession renferme dans son sein des hommes dont elle s'enorgueillit et d'autres qu'elle désavoue »<sup>265</sup>.

***La Cour régulatrice confirme le principe d'une responsabilité médicale délictuelle.*** Le rapport est d'ailleurs d'autant plus instructif que la décision approuve en conclusion les éléments de ce dernier : « La Cour, attendu que, pour décider que le sieur Thouret-Noroy était responsable envers Guigne de la perte de son bras, l'arrêt attaqué s'est fondé sur la négligence de ce médecin, sur la faute grave, et notamment sur l'abandon volontaire où il avait laissé le malade, en refusant de lui constituer ses soins et de visiter son bras lorsqu'il en était par lui requis ; que ces faits matériels sont du nombre de ceux qui peuvent entraîner la responsabilité civile de la part des individus à qui ils sont imputables, et qu'ils sont soumis, d'après les articles 1382 et 1383 du Code civil, à l'appréciation des juges ; que l'arrêt attaqué, en se conformant à ces principes, n'a violé ni la loi du 19 ventôse an XI ni les deux maximes de droit invoquées et n'a commis aucun excès de pouvoir ; ... rejette... »<sup>266</sup>.

Aussi cet arrêt a-t-il fixé, d'une manière définitive, la jurisprudence qui n'a guère été discutée depuis, comme le résumait Ferdinand Dubrac en son temps (il a d'ailleurs eu l'idée lumineuse de publier tous les débats précédant la décision Thouret-Noroy).

Les choses sont ainsi établies : le médecin est responsable de ses agissements fautifs dans le cadre de sa fonction. La responsabilité engagée est alors d'ordre délictuelle, basée sur les articles 1382 et 1383 car ils sont complémentaires.

Le premier prévoit que « tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il arrive à le réparer », le second que « chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait mais encore par sa négligence ou par son imprudence ».

L'empreinte des magistrats est forte sur le contentieux de la responsabilité médicale. Ce constat s'illustre avec le procureur André Dupin et tant d'autres à propos de différents contentieux<sup>267</sup>.

Le procureur André Dupin a défendu sa position avec élégance, éclipsant avec finesse le fait que c'est une nouvelle règle prétorienne qui allait être créée sous couvert de la loi naturelle. C'est un numéro d'équilibriste mené sans incartades ; toutes les craintes sont évoquées et des réponses y sont apportées ; la plus marquante est bien l'idée d'une obligation de moyens et non de résultat compte tenu de l'aspect éminemment conjectural de la médecine.

---

<sup>265</sup> Cité par F. Dubrac, *Traité de jurisprudence médicale et pharmaceutique*, op. cité, p. 117.

<sup>266</sup> Cass. req, 18 juin 1835, Thouret-Noroy, S.1835, 1, 401, concl. M. Dupin.

<sup>267</sup> S. Tournaux, *Retour sur le « phénomène » Magnaud et l'influence d'un magistrat hors norme sur l'évolution du droit du travail*, in « Mélanges en l'honneur du Professeur M. Vidal », Paris, LGDJ, 2010, pp. 865-877.

Il devint en quelque sorte, le père spirituel de la responsabilité médicale malgré l'opposition incessante du corps médical.

La règle jurisprudentielle ainsi posée a été de nombreuses fois reprise avec un « chapeau » de principe vingt sept ans plus tard <sup>268</sup>, le principe de la « réparation intégrale du dommage » est aussi parfois cité<sup>269</sup>. Il conserve encore aujourd'hui une actualité et pas seulement sur le plan historique puisque le fondement de la responsabilité d'un médecin à l'égard du patient reste de nature délictuelle lorsque aucun contrat ne s'est formé entre eux<sup>270</sup>. Il en est de même en ce qui concerne le préjudice né d'un défaut d'information qui est maintenant l'article 1382 du Code civil<sup>271</sup>.

On peut aussi souligner que « les moyens de cassation (...) illustrent la controverse et les passions de l'époque quant au principe même de la responsabilité des médecins sur le fondement de l'article 1382 du Code civil (...). Pourtant cet article avait fait l'objet d'un très large consensus lors des travaux préparatoires du Code civil »<sup>272</sup>.

***La défiance répétée du corps médical face au droit.*** La polémique n'avait jamais cessé et les superlatifs ne manquaient pas ; on déplorait que « l'honneur et l'indépendance du corps médical étaient bafoués »<sup>273</sup>.

Le procès de Thouret-Noroy était pour l'Académie de médecine de Lyon « déplorable »<sup>274</sup> si ce n'est « immorale et funeste à la société »<sup>275</sup> comme pour les progrès de l'art<sup>276</sup>.

Cette diatribe était soutenue, elle désignait l'intense hostilité du monde médical face à cette construction jurisprudentielle naissante appelée à se développer.

Les difficultés dans les relations entre droit et médecine ne datent assurément pas d'hier<sup>277</sup>.

---

<sup>268</sup> Req. 21 juillet 1862, Lodieu c/Hyacinthe Boulanger, DP. 1862, I, 419 ; S. 1862, I, 818 : (les articles 1382 et 1383) « Que toute personne, quelles que soient sa situation ou sa profession, est soumise à cette règle qui ne comporte d'exception que celles qui sont nominativement formulées par la loi ; qu'aucune exception de cette nature n'existe au profit des médecins ». ; v. R. Savatier, *Traité des obligations en général*, T.VI, éd. 1932, n°180.

<sup>269</sup> Civ. 29 novembre 1920, Delherm c/Demoiselle Calou, D. 1924. I, p. 103 ; Gazette du Palais, 1921, I, J, p. 68.

<sup>270</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 18 octobre 1960, Welte c/Murat, Bull. civ. I, n°442 ; DP 1961.I.125 ; Gazette du Palais, 1960, 2<sup>e</sup> sem, J, 289 ; JCP 1961. II. 118646, obs. R. Savatier ; S. 1961 .I. 141 ; RTD civ. 1961, p. 120, n°4, obs. Tunc.

<sup>271</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 3 juin 2010, n°0913591.

<sup>272</sup> C. Bergoignan-Esper, P. Sargos, *Les grands arrêts du droit de la santé*, Paris, Dalloz, 2010, 603p, n°29-32, p. 188

<sup>273</sup> *Journal hebdomadaire des progrès des sciences médicales*, Paris 1834, T. III, p°372, n°37.

<sup>274</sup> Janson, Rougier, Bonnet, Gensoul, Laroche, Montain, R. de Laprade, *Rapport sur une question de responsabilité médicale*, Société de médecine de Lyon, imprimerie typographique et lithographique de Louis Perrin, 1857, p. 1 et p. 12.

<sup>275</sup> L. Clairat, *Réflexions sur la responsabilité médicale, à propos de l'affaire du Dr Thouret-Noroy d'Evreux*, Paris, dépôt central de la librairie, 1834, 15 p : « L'honneur et la dignité de leur profession, l'intérêt de la science et de l'humanité, tout leur fait un devoir de la combattre, de la repousser ; car elle est à la fois injuste, immorale et funeste à la société ».

<sup>276</sup> Académie de Médecine, séance du 10 novembre 1845, rapport du docteur Bayle, *Bulletin général de thérapeutique médicale et chirurgicale*, vol. 29, impr. de Hennuyer et Turpin, 1845, p. 403.

<sup>277</sup> F. Dekeuwer-Defossez, *De quelques difficultés dans les relations entre droit et médecine*, in « Mélanges offerts à E. Langavant », Paris, L'Harmattan, 1999, p. 127.

« Avant d'envisager les suites données à cette jurisprudence, il est nécessaire de préciser que c'est l'exercice libéral de la médecine qui est concerné par ces évolutions » précise Jean-Christophe Careghi<sup>278</sup>.

La faute du praticien, après l'arrêt Thouret-Noroy est étendue aux omissions<sup>279</sup> et aux essais hasardés non conformes aux principes rationnels du traitement à suivre<sup>280</sup>.

En 1930, celle-ci semble avoir été durablement établie par la jurisprudence et la doctrine même la matière allait encore connaître de profonds bouleversements, en commençant par sa nature.

---

<sup>278</sup> J-C. Careghi, *La responsabilité médicale avant l'arrêt Mercier : un préalable inutile ?* RGDM, n°18, 2006, pp. 109 à 152, p. 101.

<sup>279</sup> Cour de Dijon, 14 mai 1868, D. 1869, 2, 195 : « Considérant qu'en dehors des questions professionnelles exclusivement réservées par leur nature aux doutes et aux controverses de la science, le médecin est, comme tout citoyen, responsable du dommage causé par sa légèreté, son impéritie notoire, en un mot par sa faute personnelle ». ; v. F. Dislaire, *De la responsabilité civile des médecins*, thèse droit, Paris, imp. A. Devos, 1901, p. 91.

<sup>280</sup> « Une décision du tribunal de Gray (Gray, 29 juillet 1873, citée par F. Dubrac, op. cité, p. 122, condamne « des essais hasardés et omis de se conformer aux principes rationnels du traitement à suivre ») ; elle rappelle d'ores-et-déjà la nécessité pour le médecin de se conformer aux règles de l'art ».

## B / Une responsabilité contractuelle

La responsabilité médicale est, depuis l'arrêt Mercier, contractuelle (a) mais le principe est à tempérer car il est parfois remis en question (b).

### a) La responsabilité médicale est une responsabilité contractuelle

L'arrêt Mercier est de loin le plus célèbre arrêt de la responsabilité médicale<sup>281</sup> ; il est quasiment le seul qui figure dans tous les ouvrages traitant de façon générale de la responsabilité civile.

Il a été rendu suite à une problématique d'ordre procédural. En matière délictuelle, les victimes qui réclamaient une réparation devaient respecter le délai de prescription de l'action publique de trois ans lorsque la faute avait pour origine une infraction.

Le principe s'appliquait à toutes les actions civiles même celles devant le juge civil, indépendamment d'une poursuite pénale.

Une telle exigence avait pour but de limiter la prescription en cas d'infraction (le principe de l'unité des prescriptions civile et pénale a été supprimé par la loi du 23 décembre 1980).

Il s'agissait aussi de distinguer la responsabilité médicale du principe général de la responsabilité du fait des choses, proclamé peu de temps après l'arrêt Mercier dans un arrêt plus marquant encore : l'arrêt Jand'heur<sup>282</sup>.

L'arrêt Mercier revenait donc en premier lieu sur la question délicate de la durée de la prescription de l'action civile en matière de responsabilité médicale.

Il y avait une nette différence entre la prescription délictuelle de trois ans et la prescription contractuelle de trente ans. Aujourd'hui, la problématique initiale ne présente plus aucun attrait dans la mesure où il existe un délai de droit commun de cinq ans (article 2224 du Code civil) et un délai en matière de responsabilité médicale de dix ans<sup>283</sup> (article 2226 du Code civil) indépendamment de la nature administrative ou judiciaire de la faute médicale.

---

<sup>281</sup> Civ. 20 mai 1936, DP 1936. 1. 88, rapp. Josserand et concl. Matter note de E. Pilon ; RTD civ. 1936. 691, obs. Demogue ; S. 1937, 1, 321, note Breton ; Gazette du Palais. 1936, 2, 41 ; GAJC, 12 éd, 2008, n°162-163 ; P. Sargos, C. Bergoignan-Esper, *Les grands arrêts du droit de la santé*, Paris, Dalloz, 2010, n°33 ; F. Chabas, *Leçons de droit civil*, 9<sup>e</sup> éd, Paris, Montchrestien, p. 493.

<sup>282</sup> Ch. réunies, 13 février 1930, DP 1930. 1. 57, rapport le Marc'hadour, concl. Matter, note Ripert ; S. 1930. 1. 121, note Esmain.

<sup>283</sup> Le Professeur Nast considérait déjà en 1932 que le délai de trente ans était beaucoup trop long, DP. 1932. 2. 6.

***Les nouvelles techniques médicales à l'origine de l'arrêt Mercier.*** Voici les faits en l'espèce : en 1925, Dame Mercier, atteinte d'une affection nasale, s'adresse au docteur Nicolas, radiologue, qui la soumet à un traitement par rayons X.

A la suite du traitement, dame Mercier souffrait de lésions cutanées induites par radiations ionisantes appelées radiodermites.

Autrefois, les radiodermites étaient considérées comme un risque majeur de la radiothérapie. Suite au développement des accélérateurs de haute et moyenne énergies dans les années 1970, les cas sont devenus plus rares et plus légers. En matière de rayons X, le mal se développe lentement et le procureur général Paul Matter a beaucoup insisté sur ce fait en anticipant les questionnements actuels sur la consolidation.

Les époux estimaient que cette nouvelle affection était imputable au docteur Nicolas. Ils intentèrent une action contre celui-ci en 1929, mettant en cause sa responsabilité en tant que gardien de la chose (pour éviter la charge de la preuve<sup>284</sup>) et celle contractuelle, soit quatre ans après la fin du traitement.

Depuis l'arrêt Thouret-Noroy, la responsabilité du médecin avait pour fondement les articles 1382 et 1383 du Code civil et, conformément à l'unité de la faute pénale et de la faute civile, la prescription triennale des délits était applicable à l'action civile.

Le Docteur Nicolas opposa donc aux époux Mercier la fin de non-recevoir tirée de la prescription triennale.

***Les juges du fond soutenaient le caractère contractuel de la relation malade-médecin.*** L'argument est rejeté par le tribunal civil des Bouches-du-Rhône section de Marseille en 1930 qui évoque un contrat de louage entre le médecin et son malade dans un jugement très motivé<sup>285</sup>. La position est confirmée par la cour d'appel d'Aix-en-Provence. La Cour précise par la même occasion que le médecin s'engage « à donner au malade des soins assidus, éclairés et prudents » alors que le malade doit en contrepartie payer au médecin des honoraires.

Ainsi, la faute, la négligence, la maladresse et l'imprudence durant la période d'exécution du contrat impliquent, selon les termes de l'arrêt, une faute qui revêt un caractère contractuel consistant dans la violation d'une obligation consentie<sup>286</sup>.

---

<sup>284</sup> Prétention régulièrement écartée, le Professeur Nast soulignait que « cette extension conduirait à des absurdités (...) l'usage d'un bistouri, d'une seringue de Pravaz, ou d'une aiguille à sutures, cause toujours matériellement une blessure et laisse souvent une cicatrice ». DP. 1932. 2. 6.

<sup>285</sup> D. H. 1930. 389 : « le jugement, long et bien étayé, suggère l'établissement d'une convention synallagmatique entre le Dr. Nicolas et Mme Mercier ».

<sup>286</sup> DP. 1932. 2. 5 note M. Nast qui conteste ici l'application de la prescription trentenaire.

On observe ici encore une fois combien les juges du fond ont été novateurs en droit de la responsabilité médicale ; ils furent à l'origine de tous les grands arrêts en droit de la santé marqués ultérieurement du sceau de la Cour régulatrice.

La chambre des requêtes de la Cour de cassation juge recevable le pourvoi du docteur Nicolas le 12 novembre 1934, lequel conteste l'application de la prescription trentenaire en l'espèce.

Le docteur Nicolas fit valoir qu'il peut effectivement exister un contrat entre le médecin et son patient, mais que ce dernier se réduit à la fourniture des soins contre honoraires. Cela conformément à une jurisprudence constante qui admet que le médecin peut demander en justice le paiement de ses honoraires<sup>287</sup>.

A ce titre et en l'absence de convention précise, le contrat ne comporte pas d'assurance contre les accidents involontairement causés, ce qui implique l'application de la responsabilité triennale conformément aux articles 319 et 320 du Code pénal.

En effet, dès lors que la responsabilité découle d'une faute délictuelle, c'est la prescription triennale qui l'emporte, même devant les tribunaux civils.

L'exigence paraissait sévère, même selon le Professeur Nast qui n'était pourtant pas un défenseur de la responsabilité contractuelle en matière médicale<sup>288</sup>. Il s'agissait ainsi de déterminer la prescription de l'action civile engagée en dehors de toute action pénale en précisant inévitablement la nature de cette responsabilité.

***Les conseillers Louis Josserand et Paul Matter ont précisé la nature de la responsabilité médicale pour éluder les questions d'ordre procédural.*** Le conseiller Paul Matter observait dans ses conclusions que l'« on admet que les prescriptions édictées par le code d'instruction criminelle ne s'appliquent aux actions civiles qu'autant que celles-ci ont exclusivement pour base un crime, un délit ou une contravention (...) »<sup>289</sup>. Cette jurisprudence est, depuis 1880, constante, absolue et ne comporte aucune dérogation »<sup>290</sup>.

La difficulté procédurale soulevait de l'aveu de Louis Josserand dans son rapport « un puissant intérêt, théorique et pratique »<sup>291</sup>.

---

<sup>287</sup> Req, 21 août 1839, DP 1839, 2, 204.

<sup>288</sup> D. 1910. I. 201 : « il n'en est pas moins vrai que le principe de l'unité de prescription a un caractère quelque peu exceptionnel et que, dans le conflit qui s'élève entre les intérêts de la victime et la nécessité d'assurer la répression du délit, la loi sacrifie, peut-être à tort, les intérêts de la victime ».

<sup>289</sup> Note L. S. au Rec. Dalloz, 1904. I. 142

<sup>290</sup> Ccl. Matter, DP. 1936. I. p. 93.

<sup>291</sup> Rapp. Josserand. DP. 1936. I. p. 91.

***L'évocation d'un consensus autour de la nature contractuelle de la relation médicale théorisée par la doctrine.*** A la question délicate de la nature de la responsabilité médicale, la doctrine a été d'une aide précieuse pour les conseillers Louis Josserand et Paul Matter.

Dans ses conclusions, le conseiller Paul Matter y fait régulièrement référence : « je constate l'accord de tous les auteurs pour reconnaître l'existence d'un contrat entre le client qui sollicite des soins et paye les honoraires et le médecin qui reçoit les honoraires et donne les soins. Il y a là évidemment tous les éléments d'un contrat synallagmatique »<sup>292</sup>. Par ailleurs, le rapport de Louis Josserand est riche en annotations doctrinales<sup>293</sup>.

En effet, la doctrine s'est largement penchée sur la question du fondement de la responsabilité du médecin en évoquant l'avènement de la responsabilité contractuelle<sup>294</sup>.

A l'instar des conseillers Louis Josserand et Paul Matter, elle reprit la distinction désormais célèbre de Demogue entre les obligations de moyens et de résultat.

Au temps de Demogue et dans le sillage du doyen Gény<sup>295</sup>, « l'étude de la jurisprudence est devenue la grande affaire de la doctrine civiliste »<sup>296</sup> même s'il « ne reste plus, dans la mémoire de la plupart des civilistes, que la distinction entre les obligations de moyens et de résultat »<sup>297</sup>.

Pourtant le Professeur Demogue avait prophétisé les termes de l'arrêt Mercier en estimant que « le médecin contracte une obligation de moyens, non de résultat. Il n'est donc pas responsable si son client ne guérit pas. Il promet seulement des soins attentifs et le client doit prouver la faute du médecin. Il faut également prouver la relation causale entre la faute et l'acte dommageable (...) »<sup>298</sup>.

L'œuvre de la doctrine n'est pas à négliger en matière de responsabilité médicale, les règles actuelles posées par les arrêts Mercier et Teyssier avaient déjà été évoquées plusieurs années avant par Appleton et Salama<sup>299</sup>. La doctrine avait ainsi très largement anticipé l'arrêt Mercier<sup>300</sup>.

---

<sup>292</sup> Ccl. Matter, DP. 1936. I. p. 94.

<sup>293</sup> « La doctrine, surtout la plus récente, lui reconnaît un caractère contractuel, *du moins lorsque le fait dommageable se rattache à l'exécution du contrat intervenu entre les parties* ». DP. 1936. I. p. 92.

<sup>294</sup> Notamment le célèbre arrêt sur l'obligation de sécurité *Compagnie générale transatlantique*, 1991, DP. 1913. 1, 249, note Sarrut ; GAJC, 12<sup>e</sup> éd, t. 2, Paris, Dalloz, n°276.

<sup>295</sup> F. Gény, *Les procédés d'élaboration du droit* in « les méthodes juridiques », préf. P. Deschanel, Paris, Giard & Brière, 1912, pp. 172 et 196.

<sup>296</sup> C. Jamin, *Demogue et son temps : réflexions introductives sur son nihilisme juridique*, RIEJ, 2006. 56.

<sup>297</sup> Ibid.

<sup>298</sup> R. Demogue, *Traité des obligations en général*, T.V, Paris, Arthur Rousseau, 1925, n°1237, p. 536.

<sup>299</sup> P. Appleton et M. Salam, *Droit médical*, Paris, Librairie médicale, 1931, pp. 70-71.

<sup>300</sup> L. Denisse, D. P. 1920. 1. 31 : « lorsqu'au contraire, le médecin n'intervient que parce que ses soins ont été réclamés, il semble qu'une convention se forme entre lui et son client, et si ses soins ne sont pas ce qu'ils devraient être, il y a aura inexécution de cette convention c'est-à-dire faute contractuelle. C'est la solution que consacre formellement l'art. 348 du Code fédéral suisse des obligations ».

***Les conseillers Louis Josserand et Paul Matter dans le sillage du raisonnement du procureur général Dupin.*** Leurs raisonnements sont très approfondis ; ils nous apprennent bien plus sur le cheminement intellectuel de la Cour de cassation que l'arrêt en lui-même.

Dans son rapport, Louis Josserand écarte le spectre d'une responsabilité excessive de l'exercice médical à la manière de André Dupin, rappelant à ce titre qu'il s'agit d'une obligation de moyens<sup>301</sup>.

Il constate à raison que la Cour de cassation et les cours d'appel « ont une propension manifeste, depuis un quart de siècle environ, à développer la responsabilité contractuelle »<sup>302</sup>.

Quant au conseiller Paul Matter, il note dans ses conclusions que l'exception de prescription a déjà été prévue en matière d'accidents du travail lorsque le médecin est choisi par la victime<sup>303</sup>.

Il anticipe alors le problème de la consolidation en précisant que la durée de cette prescription pour les malades répond à une réalité : les conséquences regrettables de certains traitements médicaux mettent souvent, dans la thérapeutique moderne, du temps à se manifester »<sup>304</sup>.

Il conclut que le malade attend « des soins conformes à la conscience et à la science médicale ; c'est pour cela qu'il s'adresse à un homme de dévouement et de science » et qu'il est de ce fait « incontestable qu'entre le médecin et son client se forme un contrat, et que toutes les conséquences de contrat doivent être dirigées, inspirées, dominées par les règles générales en matière de convention »<sup>305</sup>.

Les conclusions laissent à penser que le conseiller s'inspire un peu du droit naturel en l'absence de texte sur la question.

Il semblait tout simplement plus juste au magistrat d'étendre la prescription délictuelle alors trop courte. Elle ne correspondait plus aux dommages médicaux dont les conséquences ne peuvent s'apprécier sur un laps de temps aussi court.

De cette manière, il honore implicitement le rôle créateur du juge à la fin de ses conclusions : « les espèces varient, de nouvelles difficultés surgissent qu'il est à notre honneur, à nous autres magistrats, de résoudre par le travail et dans la réflexion »<sup>306</sup>.

---

<sup>301</sup> « Vainement a-t-on tenté d'objecter qu'avec un tel système le médecin serait trop durement traité et qu'il n'osera plus intervenir activement, pour le plus grand dommage de ses clients d'abord puis, plus généralement de la science médicale (...) Ce danger, auquel il est fait allusion par le pourvoi (...) n'est pas aussi pressant qu'on paraît le croire ». DP. 1936. I. p. 92.

<sup>302</sup> Ibid. p. 93.

<sup>303</sup> « Attendu que le jugement constate que le docteur Plaisant a été choisi par la victime pour lui donner ses soins ; que c'est donc en vertu de l'engagement *contractuel* impliqué par ce choix, et non en vertu de la loi du 9 avril 1898, que ce praticien a poursuivi contre son client, etc... ». D. H. 1932. 202-203.

<sup>304</sup> Ccl. Matter, DP. 1936. I. p. 95.

<sup>305</sup> Ibid. pp. 95-96.

<sup>306</sup> Ibid. p. 96.

**La Cour de cassation rend l'obiter dictum le plus célèbre de la responsabilité médicale.** Reprenant à son compte la distinction du Professeur Demogue, le rapport du conseiller Louis Josserand et les conclusions du conseiller Paul Matter, la Cour de cassation affirme « qu'il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat comportant, pour le praticien, l'engagement, sinon, bien évidemment, de guérir le malade, ce qui n'a d'ailleurs jamais été allégué, du moins de lui donner des soins, non pas quelconques, ainsi que paraît l'énoncer le moyen du pourvoi, mais consciencieux, attentifs, et, réserves faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science ; que la violation, même involontaire, de cette obligation contractuelle, est sanctionnée par une responsabilité de même nature, également contractuelle »<sup>307</sup>.

Ici, la Cour de cassation est allée « beaucoup plus loin, par un *obiter dictum* d'une rare hardiesse, en prenant position sur le contenu de ce contrat médical »<sup>308</sup>.

Comme cela, *l'obiter dictum* affirme à la fois que l'obligation est évidemment de moyens mais que celle-ci suppose « des soins consciencieux, attentifs et conformes aux données acquises de la science ».

L'arrêt reconnaît non seulement l'existence d'un contrat entre le médecin et son client mais n'hésite pas à en préciser le contenu. Le Professeur Pilon mentionne dans sa note que ledit arrêt est appelé à avoir un grand retentissement<sup>309</sup>. Il démontre par ailleurs qu'il y a une certaine continuité dans la jurisprudence de la Cour<sup>310</sup>. Il précise que « le contrat médical a un caractère spécifique, une physionomie propre »<sup>311</sup>.

L'arrêt Mercier a largement été repris par la suite<sup>312</sup> même si les soins étaient donnés à titre gratuit<sup>313</sup>. La jurisprudence Mercier a été étendue à la responsabilité des établissements de santé privés avec parfois quelques spécificités<sup>314</sup> hormis pour les médecins qui ne sont pas salariés de la clinique<sup>315</sup>.

---

<sup>307</sup> Civ. 20 mai 1936, DP. 1936. I. 88.

<sup>308</sup> P. Sargos, C. Bergoignan-Esper, *Les grands arrêts du droit de la santé*, Paris, Dalloz, 2010, n°33, p. 203.

<sup>309</sup> E. Pilon, DP. 1936. I. 88.

<sup>310</sup> « Pourquoi le client qui peut agir contractuellement contre le médecin pour la non-exécution du contrat, ne pourrait-il pas agir contractuellement pour la mauvaise exécution de contrat ? Juridiquement, on ne le voit pas. Rationnellement, non plus ». *ibid.* p. 89.

<sup>311</sup> *Ibid.* p. 90.

<sup>312</sup> Civ. 15 juin 1937, Gazette du Palais, 1937, p. 411.

<sup>313</sup> Civ. 27 mai 1940, Gazette du Palais, 1940, p. 41.

<sup>314</sup> In P. Sargos, C. Bergoignan-Esper, *Les grands arrêts du droit de la santé*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 246-247 : Cass.1<sup>er</sup> civ, 6 mars 1945, Consorts Micheli c/ Société Clinique Sainte Croix, D. 1945, I, p. 217 ; avec une obligation de surveillance pour les établissements psychiatriques. Cass. 1<sup>er</sup> civ, 11 juin 1963, Tison c/ époux Dorin, Bull. civ. I, n°307 ; « Le contrat d'hospitalisation » implique un personnel médical et paramédical qualifié et en nombre suffisant ; une intervention tardive d'un médecin est imputable à un défaut d'organisation du service : Cass.1<sup>er</sup> civ, 15 décembre 1999, Clinique générale de c/Mme S, Bull. civ.I, n°351, R. 1999, p. 396, JCP 2000. II. 10384, note G. Mémeteau.

<sup>315</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 26 mai 1999, JCP 1999. II. 10112, rapp. Sargos ; D. 1999. 719, note E. Savatier ; RTD civ. 1999. 634, obs. P. Jourdain.

Désormais, la responsabilité médicale est basée sur la démonstration par la victime d'une faute, d'un préjudice direct, actuel et certain et d'un lien de causalité entre la faute et le préjudice (qui peut être une perte de chance même éventuelle).

L'arrêt Mercier aura permis de rééquilibrer le rapport médecin/patient et de fixer la nature de cette relation. On pourrait alors se demander si la responsabilité médicale avant l'arrêt Mercier n'était pas un préalable inutile<sup>316</sup>.

Certains auteurs ont relativisé l'importance de ce tournant eu égard au fait que d'autres pays n'utilisent pas la responsabilité contractuelle tout en ayant des résultats assez similaires<sup>317</sup>.

Par ailleurs, il faut préciser que la réparation d'un préjudice des tiers dit par ricochet a « nécessairement un caractère délictuel et les tiers à un contrat sont fondés à invoquer l'exécution défectueuse de celui-ci lorsqu'elle leur a causé un dommage, sans avoir à rapporter d'autre preuve »<sup>318</sup>.

Reste que les responsabilités contractuelle et délictuelle ne peuvent se cumuler<sup>319</sup>, même si le principe soulève parfois des interrogations<sup>320</sup>.

L'arrêt Mercier n'a pas éludé les questionnements lancinants des civilistes sur la nature même de la responsabilité.

## b) La responsabilité contractuelle en question

Ce n'est qu'à partir du XIX<sup>e</sup> siècle que le concept de la responsabilité est couramment utilisé par les juristes<sup>321</sup>.

Pourtant, la responsabilité délictuelle originelle semblait atteindre ses limites en matière d'accidents industriels<sup>322</sup>, de transport<sup>323</sup> et de travail<sup>324</sup>.

---

<sup>316</sup> J-C. Careghi, *La responsabilité médicale avant l'arrêt Mercier : un préalable inutile ?* RGDM, n°18, 2006, pp. 109 à 152.

<sup>317</sup> J-C. Careghi, *La responsabilité médicale au crible de l'histoire*, Aix-en-Provence, PUAM, les cahiers de droit de la santé, n°7, 2007, 216 p.

<sup>318</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 18 juillet 2000, Bull. n°221 ; R. 2000, p. 386 ; JCP. 2000. II. 10414, rapp. Sargos ; D. 2000, IR, p. 217 ; RTD civ. 2001, p. 221, obs. P. Jourdain.

<sup>319</sup> Civ. 11 janvier 1922, GAJC, 12<sup>e</sup> éd. 2008, n° 181 ; Cass. 2<sup>e</sup> civ, 26 mai 1992, Bull. civ. II, n° 154 ; RTD civ. 1992. 766, obs. P. Jourdain.

<sup>320</sup> W. Rezgui, *Non-cumul des responsabilités : pas de réparation délictuelle du préjudice contractuel*, D. actualité, 25 juillet 2012 ; P. Jourdain, *La faute délictuelle se déduit nécessairement d'un manquement contractuel, y compris à une obligation de résultat*, RTD civ. 2001. 367.

<sup>321</sup> J. Henriot, *Note sur la date et le sens de l'apparition du mot responsabilité*, Arch. Phil. Du. Droit, 1977, 59s.

<sup>322</sup> Sauzet, *De la responsabilité des patrons vis-à-vis des ouvriers dans les accidents industriels*, Rev. crit. de législation et de jurisprudence, 1883, 596 et 677.; Saintelette, *De la responsabilité et de la garantie. Accidents de transport et de travail*, 1884, Labbé, n. S. 1885. 4. 25, 1886. 2. 97, 1886. 4. 25, 1889. 4. 1, 1890. 4. 17.

<sup>323</sup> L'article 1384 a dévoilé toute sa teneur avec un principe général de responsabilité du fait des choses dans les accidents de la circulation.

<sup>324</sup> Cass. civ. 21 novembre 1911, S. 1912.1.73, Lyon-Caen, D. 1913. 1. 249, N. Sarrut.

**La limite de la responsabilité contractuelle face au risque.** L'obligation de sécurité dans le contrat de travail illustre la difficulté pour l'ouvrier de prouver une faute. Dès lors, la théorie contractualiste devait être repensée afin d'assurer une réparation à géométrie variable.

Depuis, tout un pan de la responsabilité a été modulé dans le temps par les juges.

La responsabilité contractuelle, mais davantage le concept de la responsabilité du fait des choses, semblait ainsi toute indiquée pour combler les lacunes de la responsabilité délictuelle. Néanmoins, pour une partie de la doctrine, le palliatif semblait précaire. Le mouvement de la responsabilité pour faute à la théorie du risque était-il alors en marche<sup>325</sup> ?

Le Professeur Geneviève Viney observe justement que la responsabilité contractuelle a été, dès son origine et encore aujourd'hui, une notion controversée<sup>326</sup>. Deux courants de pensée, celui de la dualité<sup>327</sup> et celui de l'unité<sup>328</sup> des deux branches de responsabilité, ont été systématiquement exposés et défendus.

La dualité a toujours eu les faveurs de la doctrine<sup>329</sup> et n'est plus tant contestée aujourd'hui<sup>330</sup>. Depuis la thèse de Saintelette, la majorité de la doctrine admet que l'inexécution du contrat peut déboucher sur une condamnation à réparer le dommage causé par l'inexécution de ce dernier.

**Le prisme de la responsabilité dans la relation contractuelle.** Dans un article tumultueux, le professeur Philippe Remy considère quant à lui que la référence à la responsabilité contractuelle est motivée par le souci de la soumettre à la preuve de l'existence d'une faute plutôt qu'à l'inexécution d'une obligation.

La position est critiquée par le Professeur Geneviève Viney qui rétorque que « l'assimilation de l'inexécution du contrat à un cas de « responsabilité » était dans l'air »<sup>331</sup>.

A cette fin, c'est surtout les auteurs de la doctrine qui éprouvait « le besoin de forger des concepts généraux exprimés par des mots simples autour desquels ils pouvaient regrouper les solutions du droit positif. Il semble que précisément le terme « responsabilité » ait été sollicité à cette fin »<sup>332</sup>.

---

<sup>325</sup> J. Flour et J. Aubert, *Les obligations*, 2<sup>e</sup> éd, Paris, Armand Colin, *Le fait juridique*, n°282 s.

<sup>326</sup> G. Viney, *Traité de droit civil : introduction à la responsabilité*, 3<sup>e</sup> éd, Paris, LGDJ, 2008, p. 395.

<sup>327</sup> C. de Saintelette, *De la responsabilité et de la garantie*, Bruxelles, Bruylant, 1884.

<sup>328</sup> J. Grandmoulin, *De l'unité de la responsabilité*, Rennes, Le Roy, 1892.

<sup>329</sup> M. Meigne, *Essai d'une délimitation des domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle*, th .Lille, 1924, H. Mazeaud, *Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle*, RTD civ. 1929, p. 550.

<sup>330</sup> J. Huet, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, thèse, Paris II. 1978.

<sup>331</sup> G. Viney, *Traité de droit civil : introduction à la responsabilité*, op. cité, p. 406 ; v. aussi C. Larroumet, *Pour la responsabilité contractuelle*, in « Etudes Catala », Paris, Litec, 2001, p.543 s.

<sup>332</sup> Ibid.

Cependant, l'article de Philippe Remy est intéressant à analyser. Il observe que le système français de responsabilité civile a été bouleversé en profondeur par deux grands mouvements : l'« objectivation » et la « socialisation » - c'est-à-dire le développement de la responsabilité sans faute d'une part, et d'autre part la dilution de la charge des dommages par son report sur une collectivité<sup>333</sup>.

L'auteur ne ménage d'ailleurs pas la responsabilité contractuelle que l'on associe selon lui à tort à une vraie responsabilité, taillée sur le modèle de la responsabilité délictuelle. Ce défaut procède, non du Code lui-même, mais de l'invention prétorienne d'une obligation contractuelle de sécurité<sup>334</sup>.

Il ajoute que « l'absorption du droit des contrats par le droit de la responsabilité est aujourd'hui manifeste (...). Une thèse assez largement répandue est d'ailleurs qu'il n'y a pas, entre ces deux responsabilités, de différence de nature, mais seulement des différences de régime. Alors, « il ne serait donc pas inconcevable d'unifier la responsabilité civile »<sup>335</sup>.

L'inexécution du contrat pourrait plus simplement relever d'une faute délictuelle car elle constitue toujours la violation d'une obligation préexistante, mais ce débat (voire cette querelle<sup>336</sup> entre les écoles de pensée<sup>337</sup>), d'autres l'ont exprimé mieux que nous<sup>338</sup>.

Depuis, « la mutation fondamentale de notre droit des obligations (...) procède pour l'essentiel, non d'une réflexion sur les fonctions du contrat, mais des défauts de notre système de responsabilité délictuelle »<sup>339</sup>.

C'est la problématique qui ressort nettement de l'arrêt Mercier ; la difficulté d'appliquer en l'espèce le délai prévu dans le cadre d'une responsabilité délictuelle. On peut aussi penser que la remarquable pédagogie de l'arrêt sert implicitement à masquer les raisons originelles de pure procédure qui précèdent la décision afin de maquiller le contrat pour lui donner une fonction de réparation<sup>340</sup>.

---

<sup>333</sup> P. Rémy, *Critique du système français de la responsabilité civile*, *Revue juridique de l'USEK*, n°5, 1997, pp. 49-68, p. 49s.

<sup>334</sup> Ibid. p. 51.

<sup>335</sup> Ibid. p. 58.

<sup>336</sup> « La querelle naît à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, avec en toile de fond l'indemnisation des accidents du travail (v. P. Jacques, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, Paris, Dalloz, 2005, préf. F. Chabas, n° 325-4) et de transport (Sainctelette, *De la responsabilité et de la garantie*, 1884, Bruxelles, Bruylant-Christophe & C<sup>ie</sup>) » ibid.

<sup>337</sup> La problématique s'est développée à travers deux écoles de pensée appelées « conceptions monistes ». (P. Jourdain, *Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle*, in « Les métamorphoses de la responsabilité », 1997, Paris, PUF, p. 65 ; C. Larroumet, *Pour la responsabilité contractuelle*, in « Le droit privé à la fin du XX<sup>e</sup> siècle » in « Études offertes à Pierre Catala », Paris, Litec, 2001, p. 543) et « conceptions dualistes » (J. Huet, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle, Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, thèse dactyl., Paris II, 1978, dir. Flour).

<sup>338</sup> Grandmoulin, *De l'unité de la responsabilité ou nature délictuelle de la responsabilité pour violation des obligations contractuelles*, Th. Rennes 1892 ; Planiol, *Traité élémentaire*, 1<sup>re</sup> éd, T. II, n°914 s ; Sainctelette, *De la responsabilité et de la garantie*, Bruxelles et Paris 1884.

<sup>339</sup> P. Rémy, *Critique du système français de la responsabilité civile*, art. préc, p. 60.

<sup>340</sup> Un « parapluie contractuel » pour la victime : P. Esmein, *La chute dans l'escalier*, JCP 1956. I. 1321.

L'arrêt Mercier en est une illustration ; il soulève un débat intemporel sur la nature de la responsabilité médicale et marque l'avènement du « reflexe contractualiste<sup>341</sup> », comme en témoigne la dichotomie contemporaine responsabilité contractuelle et extra-contractuelle. La personne humaine aura métamorphosé la responsabilité<sup>342</sup>.

Notre société actuelle est assurantielle : la banalisation de l'indemnisation entraîne un renouvellement de cette réflexion autour des dommages et intérêts qui se réalisent avant tout à travers les modalités de la responsabilité.

Le Professeur Philippe Brun résume très justement « une réflexion salutaire sur ce phénomène de banalisation des dommages et intérêts contractuels induisant à terme une absorption de la logique du contrat par celle de la responsabilité »<sup>343</sup>.

***Le prisme de la responsabilité dans la relation médicale.*** En droit médical, il nous semble que le plus important réside dans la notion même de responsabilité, plus que dans sa nature toujours sujette aux incertitudes.

Pour certains auteurs, la fonction originelle d'exécution forcée des conventions a été plus ou moins travestie en une fausse responsabilité contractuelle<sup>344</sup>.

Le Professeur Philippe Rémy relève un paradoxe : affirmer que la médecine n'est pas une pratique commerciale tout en l'associant au droit des contrats lambda peuplé de notions comme les avant-contrats ou les pourparlers ; concepts assez éloignés de la pratique médicale<sup>345</sup>.

Le constat est d'autant plus frappant que le Code civil envisage les dommages-intérêts dus en cas d'inexécution du contrat comme un mode de paiement forcé de l'obligation et non comme la réparation d'un dommage injustement causé.

---

<sup>341</sup> P. Rémy, *La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept*, RTDC, 1997, p. 323.

<sup>342</sup> J.-C. Monier, *Personne humaine et responsabilité civile*, in « Droit et cultures, Métamorphoses de la responsabilité », 1996-1, Paris, l'Harmattan.

<sup>343</sup> P. Brun, *Les mots du droit de la responsabilité : esquisse d'abécédaire* in « Mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau » Paris, Dalloz, 2008, p. 117, 118. - Rappr. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, T. 1, op. cité., p. 708 s.

<sup>344</sup> « Il me semble que le droit de la responsabilité ne retrouvera sa cohérence que débarrassé de la fausse « responsabilité contractuelle », et que le droit de l'inexécution contractuelle ne retrouvera sa simplicité que déchargé de sa fausse fonction de réparation ». P. Rémy, *La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept*, RTDC, 1997, p. 323.

<sup>345</sup> Ibid ; Le célèbre arrêt Mercier a été pérennisé un temps et critiqué notamment du fait même de la nature contractuelle de la relation patient-médecin : « lorsqu'un particulier a recours au service d'un médecin, (...) outre le fait qu'il lui demande un service et s'engage à le rémunérer, il ne discute pas avec lui des obligations auxquelles il entend que le professionnel soit soumis » (P. Serlooten, *Vers une responsabilité professionnelle*, in « Mélanges Hébraud », Toulouse, 1981, p. 805, spéc. n° 13). De plus, « la relation médicale se ramène mal à une banale relation contractuelle [...] parce qu'elle touche au corps et à la vie, aux mystères de l'être, là où le contrat est affaire d'avoir ; le médecin ne peut pas être considéré comme un simple prestataire de services » (P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Les obligations*, 2<sup>e</sup> éd, Paris, Defrénois, 2004, n° 321). On ne saurait trouver plus belle formule.

En résumé, la responsabilité contractuelle répare le dommage subi par un contractant lors de l'inexécution d'un contrat. Le reste des dommages occasionnés en dehors de l'inexécution d'un contrat dépend de la responsabilité délictuelle. Il faut ainsi un contrat et un cocontractant et que le dommage soit la conséquence de l'inexécution du contrat<sup>346</sup>.

Le Professeur Remy Cabrillac affirme sans équivoque dans son manuel que « la responsabilité contractuelle assure une double fonction. Elle a une fonction de paiement, permettant l'exécution par équivalent de l'obligation contractuelle. Mais elle a également une fonction de réparation, permettant l'indemnisation du dommage subi par le créancier de la victime de l'inexécution<sup>347</sup> » ; ce qui n'est plus aujourd'hui contesté.

La responsabilité du médecin aurait-elle, « grâce à la loi du 4 mars 2002, échappé au dilemme responsabilité contractuelle/responsabilité délictuelle »<sup>348</sup> ? Rien n'est moins sûr. Du reste, elle se contente très largement des canons de la responsabilité civile : une faute, un dommage et un lien de causalité entre eux.

***La responsabilité médicale : une nature juridique ambivalente.*** Depuis le célèbre arrêt Mercier, la responsabilité médicale est dite contractuelle. Toutefois, la jurisprudence revient parfois à la responsabilité délictuelle en ce qui concerne la phase précontractuelle, à savoir le défaut d'information<sup>349</sup>.

Pour passer d'une responsabilité à une autre, il n'y a, en matière médicale, qu'un ruisseau à franchir<sup>350</sup>. La responsabilité médicale est un caméléon auquel on associe différentes couleurs<sup>351</sup>.

---

<sup>346</sup> V. R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Paris, Dalloz, Cours, p. 191 ; Le Professeur remarque que la distinction n'est pas toujours très claire, ex. de la responsabilité d'une infirmière pour la chute d'un de ses clients glissant sur un tapis (civ. 2<sup>e</sup>, 28 avril 1981, Bull.civ, n°137, RTD civ. 1982. 144, obs. G. Durry) d'autant que les textes européens font fi d'une telle distinction à l'image de la directive du 25 juillet 1985 sur la responsabilité des produits défectueux.

<sup>347</sup> Ibid. p. 134.

<sup>348</sup> Ibid. p. 193.

<sup>349</sup> F. Alt-Maes, *L'information médicale du patient, au cœur de la distinction entre responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle*, RDSS 1994, p. 381 ; P. Sargos, *Deux arrêts « historiques » en matière de responsabilité médicale générale et de responsabilité particulière liée au manquement d'un médecin à son devoir d'information*, D. 2010, 1522 : « Le doute est désormais levé, et de façon éclatante, par l'arrêt du 3 juin 2010, qui devient ainsi « historique ». Il vise en effet l'article 1382 du Code civil, alors que le moyen se réfère à l'article 1147 ; et la formule suivant laquelle cet article interdit au juge de laisser sans réparation le préjudice né du manquement au devoir d'information du médecin caractérise, sans l'ombre d'une équivoque, le passage en cette matière de la responsabilité contractuelle à la responsabilité délictuelle ».

<sup>350</sup> Une clinique privée n'est responsable envers son client que des fautes commises par ses médecins salariés (Cass. 1<sup>re</sup> civ, 26 mai 1999, JCP 1999. II. 10112, rapp. Sargos ; D. 1999. 719, note E. Savatier ; RTD civ. 1999. 634, obs.P. Jourdain) ; Le contrat d'hospitalisation ne lie l'établissement qu'au seul malade et si les tiers subissent un dommage personnel – par ricochet – leur action sera nécessairement contractuelle. G. Mémeteau, M. Harichaux, *Clinique. Responsabilité contractuelle ou responsabilité délictuelle ? Patient et tiers. Garantie*. RDSS 2001, p. 86.

<sup>351</sup> P. Jourdain, *Le changement de nature de la responsabilité médicale*, RTD Civ. 2011, p. 128.

Pour cette raison, la succession des contentieux spécifiques ne doit pas nous faire perdre les fondamentaux du droit civil comme le soutient le Professeur Gérard Mémeteau<sup>352</sup>.

L'aspect contractuel de la responsabilité médicale a été souvent critiqué par la doctrine comme un « flou juridique peu satisfaisant (...) trop large et trop étroit »<sup>353</sup>, voire comme un concept idéologiquement insoutenable<sup>354</sup>.

D'autres auteurs soulignent que les pays anglo-saxons ont su aller au-delà du mythe du contrat médical<sup>355</sup>.

Pour une partie de la doctrine d'ailleurs, l'arrêt Mercier n'est plus et son abandon est consacré par la loi du 4 mars 2002 qui pose un régime unique de responsabilité civile professionnelle<sup>356</sup>.

La loi, il est vrai, a dépassé la dichotomie responsabilité contractuelle et délictuelle<sup>357</sup>, responsabilité civile et administrative. D'ailleurs, la Cour de cassation n'hésite pas à revenir sur l'article 1382 sur la période précontractuelle<sup>358</sup>.

Pourtant, une telle vision de l'arrêt Mercier est restrictive, celui-ci ne se limite pas du tout à associer la relation médicale à une responsabilité contractuelle. Le requiem pour l'arrêt Mercier<sup>359</sup> n'est pas encore pour demain.

---

<sup>352</sup> G. Mémeteau, *La présentation du droit médical*, RTD. civ. 2002, p. 268 : « Il est vain, voire outrecuidant, de prétendre raisonner sur les contrats des professionnels, la responsabilité des praticiens sans contempler les principes du droit des obligations ».

<sup>353</sup> M. Girer, *contribution à une analyse rénovée de la relation de soins : essai de remise en cause du contrat médical*, pref. G. Mémeteau, collection Thèses, Bordeaux, Les Etudes Hospitalières, 2010, 810 p : « Le modèle contractuel est insatisfaisant sur de nombreux points. En premier lieu, il est insuffisant. De multiples relations de soins se développent hors du cadre contractuel, notamment en milieu public (p. 711). (...) « En second lieu, le modèle contractuel est imparfait. (...) Les liens entre l'aptitude à consentir aux soins et l'existence d'un réel pouvoir juridique demeurent auréolés d'un flou juridique peu satisfaisant. La rencontre des volontés, parfois imposée par la loi, dans tous les cas fragilisée par la possibilité de remise en cause unilatérale de la parole donnée, s'insère mal dans le carcan contractuel ». Ibid. p. 712.

<sup>354</sup> « L'idée de contrat paraît insoutenable en ce qui concerne les rapports du médecin avec son client. Ici, quel serait en effet l'objet du contrat ? La vie humaine. Or celle-ci n'est point une marchandise [...]. Ce serait conférer au médecin un pouvoir redoutable que de disposer à son gré de la vie humaine ». P. Nègre, *La Responsabilité civile dans la pratique de la médecine*, thèse droit, Aix-en-Provence, 1935, pp. 4-5.

<sup>355</sup> « La responsabilité médicale en Angleterre a été fondée sur la faute depuis au moins le XIX<sup>e</sup> siècle et elle l'est toujours, sans que soit recherchée aucune base contractuelle ». A. Leca, *Droit de la médecine libérale*, Aix-en-Provence, PUAM, , 2005, p. 17 ; v. aussi : P. Grosieux, *Responsabilité, ou la naissance du régime parlementaire en Grande-Bretagne*, in « Responsabilités, revue de formation sur le risque médical », n°16, p. 35.

<sup>356</sup> F. Dreiffuss-Netter, *Feu la responsabilité contractuelle du médecin ?* RCA 2002, chron. n° 17 ; D. Bert, *Feu l'arrêt Mercier*, D. 2010, 1801.

<sup>357</sup> Même si le jeu des responsabilités semble encore pertinent : J. Penneau, *La responsabilité du médecin*, 2<sup>e</sup> éd, Paris, Dalloz, 1996, p. 15 : (...) cette distinction présente un grand intérêt pour la répartition des responsabilités à l'intérieur de l'équipe. En effet, comme on le verra plus tard, le chef de l'équipe – sur le fondement de la responsabilité contractuelle du fait d'autrui – des fautes que peut commettre un membre de l'équipe qui n'est pas lié contractuellement au patient ; alors que si tous les deux ont contracté avec le patient, chacun ne répond que de ses propres fautes (...) ».

<sup>358</sup> n° 09-13.591, D. 2010. 1522, note P. Sargos.

<sup>359</sup> P. Stoffel-Munck et C. Bloch, chron. RLDC 2010, n° 3931.

Nous souscrivons au fait que le prématuré<sup>360</sup> et supposé « abandon de la jurisprudence Mercier préfigure l'émergence d'une responsabilité civile professionnelle autonome »<sup>361</sup> et que « les obligations artificiellement rattachées au contrat par un procédé bien connu de « forçage » traduisent en réalité de véritables normes de comportement »<sup>362</sup>.

Malgré cela, le développement d'une responsabilité autonome ne réduit que partiellement l'immense portée de l'arrêt Mercier.

D'une part, le visa de l'article 1147 est, hors contentieux entourant l'information due au malade, encore régulièrement utilisé. D'autre part, l'obiter dictum qui rappelle la nécessité d'assurer des soins dits consciencieux et conformes aux données acquises de la science n'a jamais été démenti depuis.

La quintessence et la vigueur de l'arrêt Mercier sont actuelles. Selon les termes du conseiller Pierre Sargos, il brille toujours d'une inextinguible ardeur.

Le Professeur Pilon<sup>363</sup> avait déjà pressenti dans sa note qu'une coexistence de nature ne serait pas pour autant écartée<sup>364</sup>.

Par ailleurs, le droit médical ne s'est jamais éloigné de ce que le Doyen Carbonnier nommait les constantes de la responsabilité civile<sup>365</sup> que sont le dommage et la causalité. Le Professeur Pilon rappelait avec justesse que l'obligation de donner des soins consciencieux et conformes aux données acquises de la science était justement la mesure et la limite de sa responsabilité contractuelle<sup>366</sup>.

Le Professeur Geneviève Viney assure qu'on « ne peut nier que l'inexécution du contrat présente une spécificité réelle par rapport à la faute délictuelle, mais il n'en reste pas moins que le développement des obligations rattachées d'office au contrat par la loi ou par la jurisprudence contribue à atténuer cette spécificité et à rapprocher les deux notions »<sup>367</sup> comme en témoigne justement l'arrêt Mercier.

La faute délictuelle implique la violation d'une norme prévue par la loi ou la jurisprudence. Ceci dit, il n'y a pas dans le contrat, de normes générales mais des dispositions qui s'imposent entre le débiteur et le créancier. Celles-ci n'induisent pas en principe la création de règles de comportement. Le fait est que « scientifiquement, il n'y a pas deux responsabilités, mais deux régimes de responsabilité »<sup>368</sup>.

---

<sup>360</sup> « L'arrêt *Mercier* a consacré le contrat médical, dont le trépas est annoncé sans doute prématurément » G. Memeteau, *Le juge ignorant la médecine ?* Gazette du Palais, 8 février 2014 n° 39 in Recueil bimestriel, janvier/février 2014, p. 164.

<sup>361</sup> D. Bert, *Feu l'arrêt Mercier*, art. cité.

<sup>362</sup> Ibid.

<sup>363</sup> Devenu président de la chambre des requêtes, il précéda Felix Mazeaud, « l'auteur » de l'arrêt Teyssier ; ce qui montre le poids de la magistrature dans ces immenses arrêts.

<sup>364</sup> E. Pilon, DP. 1936, 1, p. 90.

<sup>365</sup> J. Carbonnier, *Droit civil : les biens, les obligations*, vol. II, Paris, PUF, Quadriges, p. 2269.

<sup>366</sup> Ibid.

<sup>367</sup> G. Viney, *Traité de droit civil : introduction à la responsabilité*, op. cité, p. 425.

<sup>368</sup> A. Brun, *Rapports et domaine des responsabilités contractuelle et délictuelle*, thèse, Lyon, 1930, p. 382.

En l'occurrence, l'arrêt Mercier est une façon habile pour le juge d'affirmer que le contrat médical est spécifique. Partant de ce principe, c'est à lui d'en définir le contenu ; ce qui lui laisse pour l'avenir une marge de manœuvre importante.

L'arrêt Mercier, intemporel s'il en est, assure encore aujourd'hui à travers un droit scientifique<sup>369</sup> ce subtil équilibre jurisprudentiel. Le juge n'a pas cessé de redéfinir les pourtours de la relation médicale.

L'arrêt Mercier qui, par sa souplesse, réserve toutes les éventualités<sup>370</sup>, lui a justement permis d'exploiter entièrement son office<sup>371</sup>.

Au-delà de la nature de la responsabilité médicale, la Cour de cassation a rappelé les principes fondamentaux de la relation médecin/patient dans l'arrêt Teyssier.

---

<sup>369</sup> « L'arrêt *Mercier* ouvre un droit scientifique, toute question de contrat ou d'absence de contrat à part. Ceci permettra plus récemment, à la Cour de cassation de se référer à « ce qui est communément admis par la communauté scientifique ». G. Memeteau, *Le juge ignorant la médecine ?* art. cité, p. 164.

<sup>370</sup> E. Pilon, DP. 1936, 1, p. 89.

<sup>371</sup> H. Lussan, *L'évolution du droit médical*, ADSP, n°32, septembre 2000, p. 54 : « Le droit a considérablement enrichi et rééquilibré le contenu de cette relation en instaurant un contre-pouvoir du patient au pouvoir de l'homme de l'art. Les nouvelles obligations qui pèsent sur le corps médical constituent autant de droits reconnus aux patients ».

## C / Une responsabilité fondée sur la dignité

A la première page des grands arrêts du droit de la santé figure l'arrêt Teyssier<sup>372</sup>.

L'arrêt Teyssier est central en droit de la responsabilité médicale. La question du respect des données acquises de la science ou du respect du contrat de soins paraît secondaire si l'intégrité de la personne n'est pas respectée.

L'arrêt impose le recueil du consentement du patient avant une opération sur sa personne ; sa dignité en dépend. Les années qui l'ont suivi ont permis de révéler toute sa portée en matière de devoir d'information.

Par conséquent, cet arrêt est crucial en droit de la responsabilité médicale (a) et plus globalement pour le droit de la santé (b).

C'est, dit-on, l'arrêt fondateur du respect de la personne humaine et du droit des malades dans la pratique médicale<sup>373</sup> ainsi que de l'éthique médicale.

### a) L'arrêt Teyssier : la prépondérance de la dignité en droit de la responsabilité médicale

Les faits sont assez simples mais la procédure est pour le moins ubuesque du fait du double degré de juridiction qui prévaut encore aujourd'hui.

M. Teyssier est transporté à l'hôpital public de Bordeaux à la suite d'un accident de la circulation afin de soigner ses fractures. Celle de son bras est réduite mais la seconde, celle de l'avant-bras, implique alors deux possibilités : un traitement orthopédique par appareillage plâtré ou une ostéosynthèse.

Sans en informer l'intéressé, le chirurgien crut bon de favoriser l'ostéosynthèse qui correspond à un ensemble de procédés permettant de traiter ces fractures à l'aide d'éléments de fixation comme les vis, les plaques, les clous, les tiges à même l'os ou en externe. Celle-ci fut un échec et occasionna une gangrène imposant l'amputation de son avant-bras.

---

<sup>372</sup> C. Bergoignan-Esper, P. Sargos, *Les grands arrêts du droit de la santé*, Paris, Dalloz, Grands arrêts, 2010, 614 p, p. 3.

<sup>373</sup> Ibid. p. 6.

M. Teyssier engagea une action devant le juge administratif pour laquelle il fut débouté par le Conseil d'Etat<sup>374</sup>. Pour la Haute Juridiction, la responsabilité d'un hospice civil ne peut être engagée que dans le cas où il aurait été commis une faute lourde ou une faute dans l'organisation du service.

L'arrêt en question fait fi du défaut d'information et, compte tenu des circonstances, semble très critiquable d'autant que le Sieur Teyssier est condamné aux dépens, y compris aux frais d'expertise (la sévérité de cette jurisprudence a été abandonnée depuis par un arrêt majeur<sup>375</sup>).

Parallèlement à cette action, M. Teyssier mit en cause le chirurgien devant la juridiction judiciaire en raison de sa faute personnelle. La Cour d'appel de Bordeaux fit suite à sa demande le 4 juin 1937 dans la mesure où le chirurgien n'avait pas reçu l'assentiment du patient.

Le chirurgien se pourvut en cassation et soutint devant la chambre des requêtes que le juge judiciaire était incompétent pour se prononcer sur le service public hospitalier car la faute personnelle n'était pas détachable de la fonction.

L'arrêt comporte trois moyens distincts qui peuvent chacun être interprété comme un arrêt. La chose paraît assez paradoxale puisque la chambre des requêtes avait pour mission originelle de filtrer les pourvois.

Ce découpage en trois parties est retenu dans les *grandes décisions du droit de la santé* ainsi qu'au *Dalloz* où l'on considère que ces trois moyens forment le « grand arrêt » Teyssier.

***Le rappel du consentement comme un élément inhérent à la relation médicale.*** La Cour de cassation procède toujours par un certain ordre logique et se penche donc en priorité sur la recevabilité avant le fond. D'emblée, le second moyen préalable d'incompétence est écarté par la chambre.

Elle n'hésite pas à affirmer que le consentement est un élément essentiel de la relation entre un médecin et le malade. Son absence entraîne nécessairement une faute personnelle.

« Le chirurgien d'un service hospitalier est tenu, sauf cas de force majeure, d'obtenir le consentement du malade avant de pratiquer une opération dont il apprécie, en pleine indépendance, sous sa responsabilité, l'utilité, la mesure et les risques ; qu'en violant cette obligation, imposée par le respect de la personne humaine, il commet une atteinte grave aux droits du malade, un manquement à ses devoirs médicaux, et qui constitue une faute personnelle en se détachant de l'exercice des fonctions que l'administration des hospices a qualité pour régler »<sup>376</sup>.

---

<sup>374</sup> CE, 12 mars 1937, *Teyssier c/ Hospices civils de Bordeaux*, D. 1937. 320, S. 1937. III. 73 : « Considérant que, dans les circonstances où le requérant a subi une ostéosynthèse du radius et a été, ensuite, soigné pour des complications ayant entraîné l'amputation du bras gauche, Teyssier ne justifie pas de l'existence d'une faute de nature à lui ouvrir droit à indemnité, en ce qui concerne soit le traitement chirurgical, soit l'organisation du service ».

<sup>375</sup> CE. Ass. 10 avril 1992, *M et Mme V, Lebon*. 171, concl. Legal, GAJA, 17<sup>e</sup> éd, Paris, Dalloz, n°96, *infra*, n°47.

<sup>376</sup> Req. 28 janvier 1942, *Parcelier c/ Teyssier*, DC. 1942. 63.

On comprend alors que le recueil du consentement éclairé du patient est un droit élémentaire du malade. La jurisprudence l'a toujours timidement soutenu (sauf en cas d'urgence<sup>377</sup> ou à raison de l'impressionnabilité du malade<sup>378</sup>). Quant à la doctrine<sup>379</sup>, elle le rappelait avec vigueur.

La Cour d'appel d'Aix affirma en 1906 à un médecin qui se livrait sur des malades à des expériences purement scientifiques que « la nécessité de l'expérimentation radiographique n'est nullement démontrée et que le patient n'avait pas été prévenu des suites possibles de cette expérimentation »<sup>380</sup>. C'est, selon le Professeur Merignhac commentant ledit arrêt, une condition préalable et indispensable<sup>381</sup>. En 1937, la Cour d'appel de Paris soutint qu'une « intervention médicale ou chirurgicale ne doit jamais être motivée que par le seul intérêt du malade et ne doit être pratiquée qu'après que celui-ci y a donné son consentement libre et éclairé »<sup>382</sup>.

Le seul consentement n'a jamais suffi ; encore faut-il qu'il soit établi un intérêt médical<sup>383</sup> et thérapeutique<sup>384</sup> et une information préalable appropriée. L'impératif est d'ailleurs rappelé après l'arrêt Teyssier par la cour d'appel d'Angers le 4 mars 1947<sup>385</sup>.

Dans sa note sous cet arrêt, le Doyen Savatier observe qu'il s'agit là de problèmes fréquents, notamment celui du défaut du consentement qui « est une règle essentielle de respect du malade »<sup>386</sup>. Néanmoins, l'information n'est pas encore un préjudice autonome ; selon le Professeur, elle se confond nécessairement avec l'erreur de diagnostic.

Par ailleurs, la loi n°99-641 du 27 juillet 1999 ne fait qu'entériner la jurisprudence en modifiant l'article 16-3 du Code civil<sup>387</sup> dans le sens où « il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne. Le consentement de l'intéressé doit être recueilli

---

<sup>377</sup> V. par ex Cour de Québec, 14 mars 1930, Rev. trim. dr. civ. 1930, p. 573.

<sup>378</sup> CA, Amiens, 14 février 1906, D. 1907. 2. 44 : « considérant que le danger d'une mort subite paraît résider surtout dans l'impressionnabilité personnelle du patient ; que cette impressionnabilité et par suite le danger lui-même seraient augmentés, si on le prévenait de tous les périls médiats ou immédiats auxquels peut l'exposer, hypothétiquement d'ailleurs, l'emploi de l'anesthésie ».

<sup>379</sup> M. Hamonic, *De la responsabilité civile ou pénale que peuvent encourir les chirurgiens*, in « Gazette hebdomadaire de médecine et de chirurgie », 5 janvier 1896 : « quoiqu'il en soit, dans ce cas l'opérateur prendra toutes les précautions morales et matérielles. Il fera part au malade et surtout à son entourage, qui, plus que le patient affolé par la douleur, comprendra la situation, de la nécessité de l'intervention, seule capable d'amener un résultat que ne peut donner la thérapeutique médicale. Il obtiendra leur assentiment après avoir démontré les chances que court le futur opéré... ».

<sup>380</sup> CA, Aix, 22 octobre 1906, D. 1907. 2. 41 ; v. aussi sur cette nécessité un jugement antérieur du tribunal de Liège (D. P. 1891. 2. 281).

<sup>381</sup> Ibid. note A. Merignhac, D. 1907. 2. 41.

<sup>382</sup> CA, Paris, 11 mai 1937, DH, 1937. 2. 340.

<sup>383</sup> Crim. 9 novembre 1961, Bull. crim, n°455, JCP 1962. II. 12777, note R. Savatier.

<sup>384</sup> Crim. 30 mai 1991, Bull. crim, n°232 ; ce qui n'est pas sans soulever des débats pour les actes chirurgicaux à visée contraceptive, dans l'intérêt thérapeutique d'autrui, à visée esthétique ou en matière de transsexualisme.

<sup>385</sup> CA, Angers, 4 mars 1947, D. 1948. 298, note R. Savatier : « attendu qu'avant de procéder à l'amputation de la jambe, on devait s'assurer du consentement du malade ».

<sup>386</sup> Ibid, p. 301.

<sup>387</sup> V. aussi l'article L. 1111-4 § 3 et R. 4127-2 du code de la santé publique.

préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir ».

Le Conseil d'Etat a aussi eu l'occasion d'affirmer que le droit pour un patient de donner son consentement revêt le caractère d'une liberté fondamentale<sup>388</sup>.

L'exigence n'est donc pas nouvelle mais le considérant le rappelle ici solennellement.

***Ce consentement doit être éclairé.*** La Cour de cassation poursuit « attendu que les juges du fond ont, d'une part, estimé qu'il résultait des circonstances de la cause (...) que le blessé pouvait être traité soit par un appareillage plâtré, soit par l'opération chirurgicale de l'ostéosynthèse, et, d'autre part, souverainement décidé que le blessé n'avait été averti ni de la nature exacte de l'opération qu'il allait subir et de ses conséquences possibles, ni du choix qu'il avait entre ces deux méthodes curatives »<sup>389</sup>. Elle précise ici que le simple consentement ne suffit pas ; encore faut-il que ce dernier soit assorti d'une information sur les conséquences de l'acte médical et ses alternatives.

Un arrêt important de la Cour de cassation de 1998 ajouta avec fermeté « qu'hormis les cas d'urgence, d'impossibilité ou de refus du patient d'être informé, un médecin est tenu de lui donner une information loyale, claire et appropriée sur les risques graves afférents aux investigations et soins proposés et il n'est pas dispensé de cette obligation par le seul fait que ces risques ne se réalisent qu'exceptionnellement »<sup>390</sup>. Le contenu de celle-ci est maintenant repris par l'article L.1111-2 du Code de la santé publique.

Par ailleurs, la jurisprudence a précisé que les médecins qui concourent aux soins d'un même patient ont le devoir de s'informer mutuellement de son état<sup>391</sup>. L'obligation pèse aussi bien sur le médecin prescripteur que sur celui qui réalise la prescription<sup>392</sup>.

Le médecin peut uniquement délivrer l'information au patient en mesure de recevoir l'information et de consentir de façon éclairée aux soins proposés<sup>393</sup>. Ce qui exclut a priori le patient mineur, hors d'état exprimer sa volonté ou privé de discernement.

---

<sup>388</sup> CE, 16 août 2002, n°249552.

<sup>389</sup> Req. 28 janvier 1942, Parcelier c/ Teyssier, DC 1942. 63.

<sup>390</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 7 octobre 1998, Mme C / CPAM de la Vienne et autres, Bull. civ. I, n°291 ; D. 1998, IR, p. 249 ; D. 1999, p. 145, note S. Porchy ; D. 1999, Somm, p. 259, obs. D. Mazeaud ; sauf nécessité de limiter l'information quant au diagnostic : Cass. 1<sup>re</sup> civ, 23 mai 2000, M. D.c / M. M, Bull. civ. I, n°159, R. 2000, p. 377 ; D. 2000, somm. 4, obs. P. Jourdain ; JCP 2000. II. 10342, rapp. P. Sargos ; v. aussi l'article R. 4127-35 du Code de la santé publique transposant le Code de déontologie médicale et l'article L. 1111-2 du CSP issu de la loi du 4 mars 2002.

<sup>391</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ 28 octobre 1997, Bull. civ. I, n°298 ; art. R. 1127-64 CSP.

<sup>392</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, Bull. civ. I, n°278.

<sup>393</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 6 décembre 2007, Bull. civ. I, n°380 ; D. 2008, p. 192 note P. Sargos, RTD civ. 2008, p. 303, obs. P. Jourdain, D. 2008, Chron L. Neyret, p. 804, D. 2008, étude M. Bacache, p. 1908, JCP 2008. II. 123, n°3, obs. Stoffel-Munck.

L'intensité de l'obligation varie depuis selon le contentieux. En matière de chirurgie esthétique par exemple, elle a toujours été entendue d'une manière très stricte<sup>394</sup> sur tous les risques<sup>395</sup> et inconvénients pouvant en résulter<sup>396</sup>.

Enfin, ce droit n'est pas absolu et peut être limité dans l'intérêt thérapeutique du patient<sup>397</sup>, en cas d'urgence, d'impossibilité<sup>398</sup> ou de refus du patient d'être informé<sup>399</sup>.

***La causalité est la clé de voûte du principe de responsabilité.*** Dans un dernier temps, dans le troisième moyen, la Cour se penche sur un élément déterminant du contentieux du droit médical : la causalité.

Elle est établie ici de manière matérielle que « l'opération de l'ostéosynthèse, pratiquée sans le consentement du malade, a été à l'origine des accidents, infections et de la gangrène qui a nécessité l'amputation de l'avant-bras du malade ; que, de cette constatation souveraine la cour a pu déduire que le fait illicite commis par le chirurgien, sans lequel le dommage ne se serait pas produit, en était la cause génératrice »<sup>400</sup>.

La causalité peut avoir une dimension variable et même incertaine<sup>401</sup>. Elle pose des problématiques très actuelles dans son appréhension, eu égard notamment au concept de la perte de chance et du jeu des présomptions. Nous le verrons ultérieurement.

Au vu de ces trois moyens, on mesure les raisons pour lesquelles l'arrêt est qualifié de fondamental<sup>402</sup> par le Professeur Gérard Mémeteau.

Il relevait la « force de son affirmation (...) qui résume des centaines de pages de bioéthique, dans la mesure où celle-ci fait supposer qu'elle a inventé la règle de l'information éclairée du sujet : non, c'est une ancienne règle à la fois du droit civil et de la *common law*. L'arrêt de 1942 la proclame exemplairement. Et paisiblement »<sup>403</sup>.

---

<sup>394</sup> CA, Paris, 12 mars 1931, S. 1931. 2. 123, note H. Perreau.

<sup>395</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 22 septembre 1981, Bull. civ. I, n°268 ; D. 1982, IR, p. 274, obs. J. Penneau.

<sup>396</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 17 février 1998, Bull. civ. I, n°67.

<sup>397</sup> Ce qui se discute dans le sens où cet intérêt est à la discrétion du médecin et que cette rétention l'empêche parfois de faire valoir des avantages sociaux.

<sup>398</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 26 octobre 2004, Bull. civ. I, n°236 ; D. 2005, p. 403, Pan, obs. J. Penneau.

<sup>399</sup> Article L. 1111-2 du CSP.

<sup>400</sup> Req. 28 janvier 1942, Parcelier c/ Teyssier, DC 1942. 63.

<sup>401</sup> *Le traitement juridique et judiciaire de l'incertitude*, Séminaire Risques, Assurances, Responsabilités, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2008, 242 p.

<sup>402</sup> G. Mémeteau, *La présentation du droit médical*, RTD. civ. 2002, p. 259.

<sup>403</sup> Ibid. ; « D'abord, elles frappent par leur façon d'affirmer fortement, bien des années avant la promulgation des textes relatifs à la bioéthique, en la fondant sur le principe du respect de la personne humaine, l'obligation qu'a le médecin d'informer le patient pour lui permettre d'exprimer son consentement, autrement dit l'interdiction faite au médecin de disposer de son patient ». B. Hoerni, J. P. Bouscharain, *Arrêt Teyssier de la Cour de cassation, 28 janvier 1942 : quelques remarques sur une décision oubliée*, Histoire des sciences médicales, vol. 35, n°3, 2001, pp. 299-304.

***Le rôle prépondérant et contre-nature de la chambre des requêtes.*** Il est assez étonnant que la chambre des requêtes soit à l'origine de bon nombre de ces grands arrêts alors que celle-ci a été initialement instituée pour filtrer les pourvois de la chambre civile de la Cour.

En effet, elle devait rejeter les pourvois qui lui semblaient évidents ; ce qui est rarement le cas comme l'illustrent les arrêts Thouret-Noroy et Teyssier. Elle a donc acquis peu à peu un rôle de premier plan en examinant les pourvois de façon très précise et en prenant de ce fait le rôle d'une véritable chambre civile.

Le Président Pierre Mazeaud a beaucoup étudié sa jurisprudence et concède avec malice que « ce n'était pas exactement le rôle de la chambre des requêtes ! »<sup>404</sup>. C'est ainsi que la loi du 23 juillet 1947 modifiant l'organisation et la procédure de la Cour de cassation institua un nouveau découpage de la Cour de cassation et supprima la chambre des requêtes. Le procédé de filtrage existe encore mais celui-ci n'est pas dévolu à part entière à une chambre.

Les juges ont, de tout temps, élargi autant que possible leurs attributions. L'arrêt Teyssier illustre encore une fois combien les décisions du juge du fond ont été essentielles.

Ici, les phrases « les juges du fond ont pu estimer » sur le premier moyen et « de cette constatation souveraine la cour a pu déduire que » sur le troisième moyen suggèrent un contrôle normatif léger sur l'appréciation souveraine des juges du fond qui n'implique pas en l'espèce d'erreur manifeste (pour emprunter au juge administratif<sup>405</sup>). L'arrêt, pris sur un fondement délictuel, a été repris sur le fondement contractuel par l'arrêt Michel<sup>406</sup> et plus tard par le Conseil d'Etat<sup>407</sup>.

En outre, on a longtemps considéré que la grande loi du 4 mars 2002 était la première à consacrer des droits aux patients. C'est vite oublier que la jurisprudence condamnait plus d'un siècle avant les atteintes graves aux droits du malade. Il est donc paradoxal de consacrer ce qui était déjà une règle habituelle.

On a parfois évoqué la jurisprudence Teyssier comme une décision oubliée<sup>408</sup> alors que ses principes irriguent aujourd'hui tout le droit de la santé<sup>409</sup>.

---

<sup>404</sup> P. Mazeaud, préface, p.VII in C. Bergoignan-Esper, P. Sargos, *Les grands arrêts du droit de la santé*, Paris, Dalloz, Grands arrêts, 2010, 603 p.

<sup>405</sup> V. J. Betoulle, *La distinction contrôle lourd / contrôle léger de la Cour de cassation : Mythe ou réalité ?* n°41, 9 octobre 2002, pp. 1790-1793.

<sup>406</sup> Cass, 1<sup>re</sup> civ, 11 février 1986, pourvoi n°8410845, Bull. n°24.

<sup>407</sup> CE, 17 février 1988, *CHR de Nancy*, n°71974.

<sup>408</sup> B. Hoerni, J. P. Bouscharain, *Arrêt Teyssier de la Cour de cassation, 28 janvier 1942 : quelques remarques sur une décision oubliée*, art. cité.

<sup>409</sup> Il aura fallu attendre l'article 35 du décret du 6 septembre 1995 (décret n°95-1000 du 6 septembre 1995 portant code de déontologie médicale) pour avoir une référence textuelle à ce devoir d'information.

## b) Les prolongements de l'arrêt Teyssier où le dogme de la dignité en droit de la santé

La dignité est, selon l'Académie Française, une « valeur éminente, excellente qui doit commander le respect ». « Quelque chose est dû à l'être humain du fait qu'il est humain » ajoute Paul Ricoeur<sup>410</sup>.

**La dignité : un principe ambigu.** Le terme est rétif à toute définition tant il semble immanent, transcendant et fondamental en droit<sup>411</sup>.

Dans cette logique, l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1791 prévoit que « tous les citoyens étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents ».

Pourtant, la dignité est une notion contemporaine<sup>412</sup> ; elle n'avait pas de vocation universelle dans le droit romain ou la Grèce antique.

Jean-François Mattéi précise qu'à Rome « le mot *dignitas* désigne le mérite attaché à une fonction ou à un office. Et par conséquent la considération et l'estime qu'on a pour celui qui en est digne »<sup>413</sup>.

Il conclut que la dignité a été un sentiment avant d'être conçu comme une dignité abstraite : « les hommes se sont indignés avant de concevoir la notion de dignité. [...] L'homme n'est pas indigné parce qu'un acte vil a porté atteinte à une dignité abstraite ; il proclame son exigence de dignité parce qu'il a éprouvé des indignations réelles »<sup>414</sup>.

Aujourd'hui, le premier des principes est celui de la dignité de l'homme. La notion est d'ailleurs bien connue des philosophes<sup>415</sup> ; Pascal considérait d'ailleurs que « toute la dignité de l'homme consiste en la pensée »<sup>416</sup>.

**Un principe central en droit.** Omniprésente en droit, la dignité a été l'objet d'un processus de juridicisation<sup>417</sup>.

Elle suscite depuis un engouement important des juristes qui en font un principe sacralisé<sup>418</sup> malgré son ambiguïté. Elle est parfois associée à l'essence même de tous les droits fondamentaux.

---

<sup>410</sup> P. Ricoeur, in J.-F. de Raymond, *Les Enjeux des droits de l'homme*, Paris, Larousse, 1988, pp. 236-237.

<sup>411</sup> M. Fabre-Magnan, *La dignité en droit : un axiome*, Revue interdisciplinaire d'études juridiques, 2007/1, vol. 58.

<sup>412</sup> B. Edelman, *La dignité de la personne humaine, un concept nouveau*, D. 1997, Chron. 186 ; v. H. Moutouh, *La dignité de l'homme en droit*, RD publ. 1999, 183 ; P. Malaurie, *L'homme, être juridique*, D. 1994, 97.

<sup>413</sup> J.-F. Mattéi, *De l'indignation*, Paris, La Table Ronde, 2005, p. 15 ; S. Tzitzis, *Qu'est-ce que la personne*, Paris, Armand Colin, U Philosophie, 1999, 222p.

<sup>414</sup> J.-F. Mattéi, *De l'indignation*, op. cit., 2005, p. 21.

<sup>415</sup> Z. Klein, *La Notion de dignité humaine dans la pensée de Kant et de Pascal*, Paris, J. Vrin, Bibliothèque d'histoire de la Philosophie, 1968, 136 p.

<sup>416</sup> B. Pascal, *Pensées sur la justice : trois discours sur les grands*, Paris, Flammarion, 2011, 416 p, pensée 325.

<sup>417</sup> C. Girard, *La dignité de la personne humaine : Recherche sur un processus de juridicisation*, Paris, PUF, Droit et justice, 2005, 319 p.

<sup>418</sup> B. Mathieu, *La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire ?*, D. 1996, p. 282 ; G. Lebreton, *Les ambiguïtés du droit français à l'égard de la dignité de la personne humaine*, in « Mélanges Patrice Gélard. Droit constitutionnel », P. Fraisseix et al. (dir.), Paris, Montchrestien, 2000, p. 55 ; D. Roman, *A corps défendant. La protection de l'individu contre*

Le développement de la notion est paradoxal ; c'est un principe qui, il y a peu encore, n'avait pas reçu de consécration explicite en droit positif français.

Le terme est présent à l'article 16 du Code Civil depuis la célèbre loi n°94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain. Il dispose que « la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie ». Il figure aussi à plus de quarante reprises dans le code de la santé publique ; l'article L.1110-2 issu de la loi n°2002-303 du 4 mars 2002 affirme sans ambiguïtés que « la personne malade a droit au respect de sa dignité » en transposant l'arrêt Teyssier.

Cet arrêt est précurseur ; les déclarations internationales sur le respect de la dignité de la vie humaine ont été nombreuses mais postérieures à celui-ci. On peut citer la déclaration de Genève de 1948 issue d'une assemblée générale de l'association médicale mondiale, puis la célèbre déclaration d'Helsinki de 1964 qui fut révisée plusieurs fois.

De manière plus approfondie encore, l'association médicale mondiale a énoncé les droits des patients à l'occasion de la déclaration de Lisbonne adoptée par sa 34<sup>e</sup> assemblée générale en 1981.

On trouve ici toutes les prémices de la loi du 4 mars 2002 et les principes déjà imposés par la jurisprudence dans des parties éparses : le droit à des soins médicaux de qualité, le droit à la liberté de choix, le droit de la décision, puis le droit à l'information, le droit au secret professionnel, le droit à l'information sur l'éducation de la santé. La dixième partie est l'occasion de rappeler que « la dignité et le droit à la vie privée du patient, en matière de soins comme d'enseignement, seront à tout moment respectés »<sup>419</sup>.

A l'instar de la Cour de cassation (et du Conseil d'État<sup>420</sup>), les juges américains, par l'entremise de la Cour suprême, ont eux aussi largement contribué à développer la notion de dignité<sup>421</sup>. En France, la dignité humaine fait figure de principe fondamental du droit de la santé<sup>422</sup>.

---

*lui-même*, Paris, Dalloz, 2007, p. 1284 ; G. Mémeteau, *Vie biologique et personnalité juridique*. « *Qui se souvient des hommes ?* », in *La Personne humaine*, sujet de droit, 4<sup>e</sup> journées René Savatier (Poitiers, 25 et 26 mars 1993), Paris, PUF, 1994, p. 32 ; M. Wagner, *Quelques réflexions autour de l'article 16-1-1 du Code civil : vers une obligation générale de respect du corps humain*, *Revue de la recherche juridique*, n°4, 2009, p. 1874 ; J-M. Clément, *les grands principes du droit de la santé*, Bordeaux, Les Etudes Hospitalières, 2005, 209 p, p. 38 ; J-F. Poisson, *Essai sur la dignité humaine*, Bordeaux, Les Etudes Hospitalières, 2004.

<sup>419</sup> <http://www.wma.net/fr/30publications/10policies/14/>

<sup>420</sup> Il est pas en reste avec son arrêt Milhaud du 2 juillet 1993 : « les principes déontologiques fondamentaux relatifs au respect de la personne humaine, qui s'imposent au médecin dans ses rapports avec son patient, ne cessent pas de s'appliquer avec la mort de celui-ci ».

<sup>421</sup> « Aujourd'hui, la dignité de la personne humaine a déjà un long passé derrière elle dans la jurisprudence de la Cour. Elle s'y est affirmée peu à peu, en se greffant sur des dispositions constitutionnelles existantes qu'elle est venue éclairer, enrichir, voire dans certains cas, complètement renouveler ». E. Zoller, *La dignité de la personne humaine dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis*, *Revue générale du droit*, 6 novembre 2014, n°3. <http://www.revuegeneraledudroit.eu/?p=18319>

<sup>422</sup> B. Jackson, *La dignité de la personne humaine*, RGDM., n°4, 2000, pp. 64 à 84 ; A. Ponsseiller, *Le droit de la personne malade au respect de la dignité*, RGDM, n°11, 2003, pp. 159-178 : l'auteur montre que le principe a longtemps été appréhendé comme un devoir du médecin avant un droit du patient ; G. Lebreton, *Dignité humaine et xénogreffe*, RGDM, numéro spécial 2002, 1<sup>re</sup> rencontres internationales André Demichel, pp. 155-163.

Le principe est présent dans la charte des droits fondamentaux de l'union européenne de 2002 dont la valeur juridique est aussi contraignante qu'un traité car elle est mentionnée par le Traité de Lisbonne de 2007.

Le chapitre 1 de cette charte est dédié tout entier à la dignité : « la dignité humaine est inviolable. Elle doit être respectée et protégée ».

***La notion de dignité a mis en avant la protection de l'intégrité physique de l'individu.*** A partir des années 1990, la notion de protection de l'individu a « pénétré les droits nationaux »<sup>423</sup> comme en témoigne l'importante loi de 1994 et la loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal.

Le mouvement est poursuivi par le Conseil Constitutionnel, la dignité de la personne humaine ayant aujourd'hui une valeur constitutionnelle<sup>424</sup>. Elle est donc inhérente à l'individu<sup>425</sup> car c'est « avant tout un droit subjectif qui permet à chacun de s'opposer à toute action qui lui porterait atteinte »<sup>426</sup>.

Le juge civil utilise fréquemment le principe en matière de manquement au devoir d'information<sup>427</sup>. On le retrouve aussi souvent en droit pénal<sup>428</sup>.

Le juge administratif a, dans une affaire très remarquable, assimilé la dignité humaine à une composante de l'ordre public<sup>429</sup> en évitant soigneusement d'y associer une coloration morale<sup>430</sup>. Un tel arrêt suscite encore aujourd'hui des questionnements<sup>431</sup>.

---

<sup>423</sup> X. Bioy, *Le concept de personne humaine en droit public : recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, D. 2003, p. 7.

<sup>424</sup> Cons. const. décembre n° 94-343/344 DC, 27 juillet 1994, « Bioéthique ». v. L. Favoreu, L. Philip, F. Melin-Soucramanien et alii, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 17<sup>e</sup> éd, Paris, Dalloz, 2013, n° 33, p. 415 ; D. 1995. 237, note B. Mathieu.

<sup>425</sup> CE, ass., 2 juillet 1993, *Milhaud*, Lebon 194 ; AJDA 1993. 579.

<sup>426</sup> R. Keller, concl. sur CE, ass., 14 février 2014, *M<sup>me</sup> Lambert*, au Lebon ; AJDA 2014. 374.

<sup>427</sup> « La méconnaissance par le chirurgien et par l'anesthésiste de leur devoir d'information a porté atteinte à ses droits et causé à ce patient un préjudice indépendant des lésions corporelles découlant de l'acte médical litigieux qui, au regard de l'article 1382 du code civil et des principes du respect de la dignité de la personne humaine et d'intégrité du corps humain posé aux articles 16 et 16-3 du code civil, ne peut être laissé sans réparation ». CA, Aix-en Provence, ch. 10, 4 décembre 2014, n°2014/574, n°JurisData : 2014-031062 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ, 2 octobre 2013, n°12-23.362.

<sup>428</sup> P. Mistretta, *La protection de la dignité de la personne et les vicissitudes du droit pénal*, JCP 2005, I, 100.

<sup>429</sup> CE, ass, 27 octobre 1995, Commune de Morsang-sur-Orge, n°136727, Lebon 372 ; AJDA 1995.942, et 878, chron. J.-H. Stahl et D. Chauvaux ; D. 1995. 257 ; RFDA 1995. 1204, concl.P. Frydman.

<sup>430</sup> V. « une relecture de l'arrêt Commune de Morsang-sur-Orge », M. Franc, AJDA 2014.106 : « le Conseil d'Etat s'est gardé d'introduire explicitement, parmi les composantes de l'ordre public, la « moralité publique » ou un indéfinissable « ordre moral ».

<sup>431</sup> J. Le Gars, *Ordre public, dignité humaine : les nouvelles conditions de légalité d'une décision d'octroi du concours de la force publique pour l'exécution d'une décision d'expulsion*, AJDA 2011. 568 ; M. Canedo-Paris, *La dignité humaine en tant que composante de l'ordre public : l'inattendu retour en droit administratif français d'un concept controversé*, RFDA 2008. 979 ; v. aussi M. Le Roy, *Le maire, le mannequin et la protection de la dignité de la personne humaine*, AJDA 2008, p. 80.

Il est vrai que la notion est très difficile à appréhender ; elle est régulièrement l'objet de critiques<sup>432</sup>. Ainsi est-il permis de se demander si le terme n'est pas trop galvaudé. La dignité est indéfinissable et elle dépend de considérations sociales ou historiques qui sont différentes d'un pays à un autre<sup>433</sup>.

On peut la qualifier de « signifiant flottant »<sup>434</sup>. Il y a dans cette notion une subjectivité importante qui laisse à l'office du juge une latitude déterminante.

Elle trouve en effet à s'appliquer dans de multiples domaines du droit : consentement à un soin médical, produits du corps humain, conditions de travail, conditions d'hébergement. Le juge a raison d'en assurer les fondements tout en condamnant ses dérives<sup>435</sup>.

Ce dogme de la dignité est l'objet d'un consensus en matière de responsabilité médicale car il est utilisé avec beaucoup de parcimonie. Le principe est évoqué dans un cas précis : celui du défaut d'information.

---

<sup>432</sup> Pour le Professeur Gilles Lebreton : « dès lors qu'aucune loi ne les interdit, et que les consciences collectives nationales ou locales ne les réprouvent pas, peut-on s'arrêter à l'opinion d'un professeur de droit ou d'une poignée de conseillers d'Etat pour avaliser leur prohibition ? Répondre oui, comme le fait le Conseil d'Etat, revient à céder à la tentation de l'ordre moral ». D. 1993. 177 ; M. Gros, J-C. Froment, *Notes sous arrêts du Conseil d'Etat : CE ass. 27 octobre 1995 Cme de Morsang-sur-Orge et Ville d'Aix-En-Provence*, Revue du droit public, 1<sup>er</sup> avril 1996, n°2, pp. 536-568.

<sup>433</sup> A ce titre, on peut se demander si l'Allemagne n'est pas plus sévère dans l'appréciation de la dignité humaine pour des raisons historiques du fait de la seconde guerre mondiale. En témoigne l'interdiction des jeux de laser avec capteurs pour atteinte à l'ordre public du fait du non-respect de la dignité humaine dans une exploitation commerciale de jeux de simulation d'actes homicides : CJUE, 14 octobre 2004, Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs GmbH / Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn, C-36/02 : la mesure en cause correspond au niveau de protection de la dignité humaine que la constitution nationale a entendu assurer sur le territoire de l'Etat membre concerné et ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi.

<sup>434</sup> P. Le Coz, *La dignité : un signifiant flottant*, in « Le sens des mots en droit de la santé », RGDM, 2008, 316 p, pp. 74-75 : « la difficulté de la notion de dignité tient dans le fait qu'elle peut tantôt qualifier une réalité intangible (la valeur absolue dont est porteur tout être humain), tantôt une expérience subjective. Il faut accepter cette contradiction comme insurmontable. L'essentiel est qu'aucune de ces significations ne vienne porter ombrage à l'autre ». pp. 74-75.

<sup>435</sup> *Le principe de respect de la dignité humaine est invocable à l'encontre d'une autorisation d'installation classée*, CE, 26 novembre 2008, n°301151, AJDA 2008 p. 2252 : *Pâtisserie et dignité humaine : le Conseil d'Etat remet les pendules à l'heure !* Ordonnance du CE, 16 avril 2015, n°389372, AJDA 2015 p. 786.

## D / Une responsabilité en mouvement : l'exemple du devoir d'information

Le devoir d'information se retrouve aujourd'hui dans tous les textes, nationaux<sup>436</sup> comme internationaux<sup>437</sup>.

Le moins que l'on puisse dire est que l'obligation n'a jamais laissé la doctrine indifférente ; elle s'est saisie du sujet presque un siècle<sup>438</sup> avant l'arrêt Hédreul<sup>439</sup>.

Pourtant, les conséquences pratiques sur le plan de l'indemnisation sont très faibles. Reste que ce devoir d'information implique parfois des questionnements plus fondamentaux, sur la charge de la preuve. C'est ce qu'illustre justement l'arrêt Hédreul qui renverse la charge de la preuve (a).

L'arrêt est suivi par un développement jurisprudentiel important autour de la notion de devoir d'information (b).

### a) Le renversement de la charge de la preuve en matière de devoir d'information

Ce renversement a été opéré par l'arrêt Hédreul dont voici les faits. M. Hédreul souffre à partir de 1984 de douleurs abdominales. Il consulte le docteur Cousin le 15 février 1985. Ce dernier le soumet à une coloscopie à l'occasion de laquelle il procède à une polypectomie (ablation d'une tumeur bénigne que l'on appelle polype).

---

<sup>436</sup> Article R. 4127-35 du code de la santé publique transposant le code de déontologie issu du décret n°95-1000 du 6 septembre 1995, la charte du patient hospitalisé annexé à la circulaire n°95-21 du 6 mai 1995, Article L.1111-2 du CSP issu de la loi du 4 mars 2002.

<sup>437</sup> Article 5 de la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine dite convention d'Oviedo entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 1999 : « une intervention dans le domaine de la santé ne peut être effectuée qu'après que la personne concernée y a donné son consentement libre et éclairé » ; la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne prévoit en son article 3 le respect du « consentement libre et éclairé de la personne concernée », CEDH, 2 juin 2009, *Codarcea c/ Roumanie*, req. n°31675/04.

<sup>438</sup> Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 22 octobre 1906, *Coconni c. / Chini* : « le médecin qui, chargé de procéder gratuitement à un examen radiographique, se livre sur le malade à des expériences purement scientifiques et oublie toutes mesures de prudence, alors que la nécessité de l'expérimentation radiographique n'est nullement démontrée et que le patient n'avait pas été prévenu des suites possibles de cette expérimentation, commet une faute dont il doit réparation dans la mesure du préjudice causé au patient ». A cela, le Professeur Merignhac note « comme première condition, l'homme de l'art, avant d'opérer, doit prévenir le malade ou la personne sous l'autorité de laquelle celui-se trouve placé et obtenir le consentement de l'un ou de l'autre, en indiquant l'aléa de l'opération ». D. P. 1907-2-41.

<sup>439</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 25 février 1997, Bull. civ. I, n°75, R.1997, p. 271, Gazette du Palais, 1997. 1. 274, rapp. P. Sargos et note J. Guigue ; D. 1997, Somm. com. 319, obs J. Penneau ; JCP 1997. I. 4025, obs. G. Viney ; CCC 1997, n°76 et Chron.5, Leveneur ; Defrénois 1997. 751, obs. J.-L. Aubert ; RCA 1997, Chron.n°8, Lapoyade-Deschamps ; RTD civ. 1997. 434, obs P. Jourdain et 924, obs J. Mestre ; L. Dubouis, *La preuve de l'information du patient incombe au médecin : progrès ou régression de la condition des patients ?*, RDSS 1997, p. 288 ; GAJC, 12<sup>e</sup> éd, T.1, Dalloz, n°16 ; C. Bergoignan-Esper, P. Sargos, *Les grands arrêts du droit de la santé*, Dalloz, 2010, n°7-8, pp. 47-55.

Le patient rentre chez lui le lendemain mais souffre de violentes douleurs abdominales. Par la suite, les examens ont révélé que ce dernier avait été victime d'une perforation au colon durant la coloscopie rendant nécessaire une ablation du colon et du rectum.

M. Hédreul fait valoir que le docteur Cousin ne l'avait pas informé du risque de perforation inhérente à la coloscopie.

Les juges du fond le déboutent de sa demande ; la cour d'appel de Rennes affirme le 5 juillet 1994 « qu'il lui appartient de rapporter la preuve de ce que le médecin ne l'aurait pas averti des risques inhérents à une polypectomie, et notamment de celui qualifié de non négligeable par l'expert d'une perforation digestive...et qu'il ne produit aux débats aucun élément accréditant cette thèse ».

***La charge de la preuve du devoir d'information : un principe très critiqué.*** La Cour applique ici une jurisprudence très contestée de 1951 : l'arrêt Birot<sup>440</sup>, pourtant constamment réaffirmée<sup>441</sup>.

A l'époque, la doctrine civiliste la plus éminente s'intéresse à cet arrêt qualifié aujourd'hui de « malencontreux premier revirement du 29 mai 1951 »<sup>442</sup>, voire de « régression déplorable »<sup>443</sup>.

L'arrêt du 29 mai 1951 affirmait en substance que « si le contrat qui se forme entre le chirurgien et son client comporte, en principe, l'obligation pour le praticien de ne procéder à telle opération chirurgicale déterminée, par lui jugée utile, qu'après avoir, au préalable obtenu l'assentiment du malade, il appartient toutefois à celui-ci, lorsqu'il se soumet en pleine lucidité à l'intervention du chirurgien, de rapporter la preuve que ce dernier a manqué à cette obligation contractuelle en ne l'informant pas de la véritable nature de l'opération qui se préparait, et en ne sollicitant pas son consentement à cette opération »<sup>444</sup>.

L'arrêt casse ainsi la décision de la cour d'appel d'Angers du 4 mars 1947<sup>445</sup> qui préfigurait pourtant l'arrêt Hédreul en indiquant « que la preuve que B...ait consenti à l'amputation n'est ni rapportée, ni même offerte » alors même que « le chirurgien est responsable de son opération ; que c'est à lui de s'assurer du consentement du patient »<sup>446</sup>.

L'arrêt affirmait alors timidement qu'une erreur de diagnostic avait été commise et qu'aucune preuve n'attestait que le patient eut consenti à l'opération. Le raisonnement laissait à penser que la charge de la preuve devait revenir naturellement aux professionnels de santé.

---

<sup>440</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 29 mai 1951, Martin c/Birot, Bull. civ. I, n°162, D. 1952. 53, obs.R. Savatier ; JCP 1951. II. 6421, note R. Perrot ; S. 1953, p. 41, note R. Nerson ; RTD. Civ. 1951, p. 508, obs. H.et L. Mazeaud.

<sup>441</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 4 avril 1995, Bull. civ. I, n°159, Dr. et. Patr, octobre 1995, p. 97, obs. Chabas.

<sup>442</sup> C. Bergoignan-Esper, P. Sargos, *Les grands arrêts du droit de la santé*, Dalloz, 2010, n°7-8, p. 49 ; v. aussi Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats*, Paris, LGDJ, 1992.

<sup>443</sup> Ibid. p. 51.

<sup>444</sup> D. 1953. 53.

<sup>445</sup> D. 1947. 298, Note Savatier.

<sup>446</sup> Ibid. p. 299.

Le Doyen Savatier n'hésitait pas dans sa note à mentionner que l'arrêt de la cour d'appel d'Angers est rendu « conformément à une tradition jurisprudentielle déjà établie »<sup>447</sup> qui mérite l'approbation tout en regrettant que la motivation soit si imparfaite. Il avait prophétisé que ladite preuve serait apportée par tous moyens : « la charge de la preuve, admet l'arrêt, incombe au chirurgien, qui, en présence d'une issue malheureuse, doit démontrer la légitimité de son intervention. Pourtant, il n'est pas d'usage de faire signer par le malade un écrit autorisant le chirurgien à intervenir. En l'absence de cet écrit, c'est seulement par témoins ou par présomptions que peut être établi le consentement du patient »<sup>448</sup>.

C'est donc en toute logique que le Doyen Savatier, dans une note tout aussi instructive, critique sévèrement l'arrêt Birot rendu par la Cour de cassation.

Il rappelle que « plus que tout autre contrat, le contrat médical est à base de consentement, et la liberté de ce consentement reste sacrée, aux yeux du juriste, toutes les fois que la nature des choses ne l'exclut pas, du côté du malade »<sup>449</sup>.

Il estime que la Cour de cassation n'a pas en l'espèce correctement analysé les règles de la preuve en matière contractuelle<sup>450</sup> tout en ajoutant que cette charge doit incomber au chirurgien auquel il faut « accorder toute liberté quant à la manière de faire cette preuve aux yeux du juge »<sup>451</sup>.

Enfin, il exhorte sans détour les juges à faire face aux difficultés tout en les renvoyant à leur office qu'il résume dans cette belle formule : « redresser au besoin la tendance du corps médical lui-même, l'empêcher de glisser sur une pente singulièrement dangereuse, est, pour la magistrature française, une tâche difficile, mais indispensable »<sup>452</sup>. C'est pourquoi la doctrine était quasi-unanime<sup>453</sup> pour contester l'arrêt Birot.

L'un des maîtres de la procédure civile, le Professeur Perrot affirmait en 1951 que « l'obligation faite au chirurgien de s'assurer au préalable l'assentiment du malade ne dérive pas du prétendu contrat médical existant entre le malade et son médecin, elle repose sur le droit de chaque individu au respect de sa propre personne »<sup>454</sup> ; (...) la quasi-unanimité de la doctrine enseigne que la charge de la preuve incombe au médecin (...) cette solution paraît si évidente que les auteurs ne songent même pas à justifier cette position de principe »<sup>455</sup>.

---

<sup>447</sup> Ibid.

<sup>448</sup> Ibid. p. 301.

<sup>449</sup> D. 1952. 54.

<sup>450</sup> Ibid.

<sup>451</sup> Ibid.

<sup>452</sup> Ibid. p. 55.

<sup>453</sup> Hormis R. Nerson dans sa note S. 1953, p. 21.

<sup>454</sup> R. Perrot, JCP 1951. II. 6421.

<sup>455</sup> Ibid.

Pour le Professeur Perrot, cela conduit paradoxalement à faire peser sur l'opéré la preuve d'une proposition négative : celle de prouver qu'il n'a pas donné son assentiment à l'intervention chirurgicale ; ce qui lui semble difficile, sinon impossible. De manière plus radicale, le Professeur ne cache pas une certaine indignation : « raisonner ainsi, c'est laisser à l'arrière-plan le respect dû à la personnalité humaine ; et à certaines époques, il n'est peut-être pas inutile de rappeler ce principe »<sup>456</sup>.

***La Cour de cassation renverse la charge de la preuve comme le soutint de manière unanime la doctrine.*** Le temps a donné raison à la doctrine puisque la Cour de cassation décide dans son arrêt lapidaire du 25 février 1997 : « que le médecin est tenu d'une obligation particulière d'information vis-à-vis de son patient et qu'il lui incombe de prouver qu'il a exécuté cette obligation »<sup>457</sup>.

Le contrôle normatif pour violation de la loi semble en effet très succinct mais il faut préciser qu'il est composé d'un seul moyen (c'est pour cela que les faits sont évoqués après le chapeau).

Les deux premières branches du moyen contestaient entre autres le refus des juges du fond de lui accorder une nouvelle expertise dont l'opportunité dépend de leur appréciation souveraine.

Ainsi, conformément à la pratique de la cassation, si la critique d'une branche est fondée, la cour n'a pas à statuer sur les autres branches du moyen quand celui-ci est le seul fondement de la décision attaquée et des motifs critiqués comme elle le signale : « par ces motifs, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les deux premières branches du moyen ».

***Le pragmatisme du Conseiller Pierre Sargos.*** Les propos doctrinaux n'étaient pas vains puisqu'ils sont tous repris dans le rapport du conseiller Pierre Sargos, remarquable par sa clarté<sup>458</sup>. Le rapport fait aussi mention de la législation qui impose de respecter le consentement de la personne examinée et par-delà l'intégrité du corps humain.

Il rappelle qu'un revirement aurait des conséquences pratiques limitées : « la spécificité de la réparation du préjudice né du défaut d'information, est toujours la perte de chance d'avoir pu faire un choix éclairé, et non la réparation du dommage corporel proprement dit »<sup>459</sup>.

Le conseiller Pierre Sargos suggèra trois choix à la chambre, soit de s'en tenir à l'arrêt Birot, soit d'abandonner cette doctrine au seul profit de l'information médicale à l'appui de visas combinés, soit de favoriser une conception beaucoup plus générale de la charge de la preuve. Dans ce dernier choix, celle-ci devait peser sur les débiteurs contractuels ou légaux d'une obligation particulière d'information

---

<sup>456</sup> Ibid. 6421-6422.

<sup>457</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 25 février 1997, Bull. civ. I, n°75, p. 49.

<sup>458</sup> Gazette du Palais, 1997. I. 274, rapp. P. Sargos, p. 276.

<sup>459</sup> Ibid. p. 277.

sans distinguer entre l'information médicale et les autres et ce, au seul visa de l'article 1315 du Code civil<sup>460</sup> (actuellement article 1353 du même code<sup>461</sup>).

Le conseiller Pierre Sargos ne semblait pas prendre directement parti et appelait même à la prudence tant l'impact était majeur sur les pratiques professionnelles. Le cheminement de son rapport indiquait avec subtilité une préférence pour un revirement global de jurisprudence.

C'est ce que fit la Cour au seul visa de l'article 1315 du Code Civil (article 1353 désormais) sans énoncer en détail pourquoi elle favorisait cette interprétation de la loi.

La Cour applique ici le strict syllogisme de ses arrêts : un visa, un chapeau, les faits, la décision de la cour d'appel et le conclusif. Il est certain que l'arrêt ne laissait planer aucune ambiguïté et que la cour d'appel de renvoi savait ainsi pertinemment ce qui lui restait à faire.

Indépendamment du rapport du conseiller Pierre Sargos, il n'est pas évident de cerner la portée réelle de la cassation même si en principe, l'autorité de la chose jugée n'est assurée qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement.

On sait, selon les termes du rapporteur Pierre Sargos, que cette charge pèse désormais sur tous les professionnels débiteurs d'une obligation d'information.

Ce principe, la Cour de cassation l'a étendu à d'autres professions comme les avocats, les notaires et les huissiers. Il est vrai que le chapeau de l'arrêt ne cible aucune profession déterminée.

Ce questionnement sur la charge de la preuve a permis à l'arrêt de figurer dans les grands arrêts de la jurisprudence civile<sup>462</sup>. Les auteurs de l'ouvrage reviennent sur la construction intellectuelle de la charge de la preuve dont l'apparente simplicité de l'article 1315 du Code civil rend difficilement compte (devenu article 1353 du même code<sup>463</sup>).

Ici, l'arrêt n'est pas vraiment conforme à une lecture littérale de l'article 1315 du Code civil qui impose une certaine chronologie de la charge de la preuve dans un ordre d'importance qui n'est pas anodin : « celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a provoqué l'extinction de son obligation ».

Dans cet arrêt, les juges ont en quelque sorte renversé la temporalité de l'article 1315 quand l'équilibre des forces imposait à l'une des parties de prouver un fait négatif. C'est ce que suggère le Professeur

---

<sup>460</sup> Ibid. p. 279.

<sup>461</sup> Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

<sup>462</sup> GAJC, T. 1, 12<sup>e</sup> éd, n°16.

<sup>463</sup> Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

Geneviève Viney dans son commentaire évoquant, tout comme le Professeur Patrice Jourdain<sup>464</sup>, un retour à l'orthodoxie juridique<sup>465</sup>.

Toutefois, un tel commentaire comporte une part de mystère car le sens même du mot « orthodoxie » sous-tend un parti pris généralement admis et ce dernier n'est pas ici dans l'acception stricte de la loi.

Les auteurs des *Grands arrêts de la jurisprudence civile* sont à ce sujet très lucides et ne tombent pas dans l'écueil de l'interminable gymnastique juridique. Ils confessent que « le revirement de la jurisprudence est dicté moins par les impératifs du droit de la preuve que par des considérations d'opportunité »<sup>466</sup>.

Ainsi l'on a considéré à raison que, dans de telles circonstances, il serait bien difficile à la victime d'apporter la preuve d'une telle obligation d'une part et que, d'autre part, l'information du patient doit toujours être favorisée quitte à tempérer les fondements de la procédure civile.

Il faut rappeler que les juges peuvent, en moins d'un demi-siècle, proposer une lecture totalement différente de la loi selon les attentes sociales, conformément à une idée des rapports sociaux qui, parfois, dépasse le droit mais le préserve en même temps. C'est ce qui explique en grande partie les raisons pour lesquelles les commentateurs de l'arrêt l'ont approuvé<sup>467</sup>.

Le principe ainsi posé et comme le prévoyait le Professeur Patrice Jourdain, cet arrêt a fait « l'effet d'un coup de tonnerre »<sup>468</sup>.

L'arrêt, il est vrai, a suscité un certain émoi<sup>469</sup> dans la communauté médicale<sup>470</sup> alors même que les conséquences pratiques restent faibles comme nous le verrons dans le cadre de la perte de chance. De prime abord, il a suscité une certaine méfiance que regrettait d'ailleurs la Cour de cassation.

Il est indéniable que ce devoir d'information a connu un essor important en jurisprudence.

---

<sup>464</sup> P. Jourdain, RTD civ. 1997, p. 434 : « on observera que la solution retenue est en parfaite conformité avec les dispositions de l'article 1315 du code civil. L'alinéa premier n'impose à celui qui réclame l'exécution d'une obligation que de la prouver ; il ne met pas à sa charge la preuve de l'inexécution. Au contraire, l'alinéa deux énonce clairement que c'est à celui qui se prétend libéré de prouver « le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ».

<sup>465</sup> G. Viney, JCP, 1997. I. 4025, n°12 : « Lorsqu'après l'exécution de la prestation, le client se plaint de ne pas avoir été correctement informé et que le professionnel conteste cette allégation, la situation relève, non pas de l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 1315 mais de l'alinéa 2 qui impose la preuve au débiteur (...) la charge de la preuve de l'obligation d'information doit être imposée au débiteur (...). Cet arrêt marque donc un retour à l'orthodoxie juridique ».

<sup>466</sup> GAJC, T. I, 12<sup>e</sup> éd, n°16, p. 130.

<sup>467</sup> Gazette du Palais, 1997. I. 279, note J. Guigue : « Le revirement ainsi réalisé par la première Chambre de la cassation ne peut qu'être approuvé même si l'on peut considérer qu'il constitue en fait un renversement de la charge de la preuve au regard de l'adage *actori incumbit probatio* » ; G. Viney, JCP 1997. I. 4025, n°12 : il contribue à assurer une meilleure protection des consommateurs et une plus grande efficacité de l'information ; J.-L. Aubert rappelle une logique qui n'est pas révolutionnaire Defrénois, 15 juin 1997 n°11, p. 751.

<sup>468</sup> P. Jourdain, RTD civ. 1997, p. 434.

<sup>469</sup> B. Hoerni, J.P. Bouscharain, *Arrêt Teyssier de la Cour de cassation, 28 janvier 1942 : quelques remarques sur une décision oubliée*, Histoire des sciences médicales, vol. 35, n°3, 2001, pp. 299-304 : « Nombreux ont été les médecins que l'arrêt Hédreul du 25 février 1997 a émus. Nombreux, sans doute, ont également été ceux qui, à cette occasion, ont découvert le rôle de la Cour de Cassation dans l'élaboration du "droit" de la responsabilité médicale ».

<sup>470</sup> C. Sureau, *Les trois fautes de Frédéric Hélie*, in *Bulletin de l'Académie nationale de Médecine*, 2000, 184, n°9, 1963-1975, séance du 19 décembre 2000, p. 1973 : « lorsque le 25 février 1997 le 1<sup>er</sup> arrêt Hédreul renversa la charge de la preuve de l'information, l'émotion fut forte dans le corps médical. Or, on doit, me semble-t-il, reconnaître la validité des motivations de la décision, en particulier l'impossibilité de prouver un fait négatif, *la probatio diabolica* ».

## b) L'essor jurisprudentiel du devoir d'information

Aujourd'hui, le mouvement jurisprudentiel autour du devoir d'information a été amplifié même si les auteurs historiques de la responsabilité médicale soutiennent que « la question de la charge de la preuve ne doit (...) se résoudre ni contre le malade ni contre le médecin »<sup>471</sup>.

La Cour de cassation a d'ailleurs parfois rendu des arrêts assez étonnants sur l'obligation de surveillance<sup>472</sup> suggérant, dans d'autres cas, un renversement de la charge de la preuve<sup>473</sup>.

Malgré l'ampleur considérable de la jurisprudence autour du devoir d'information, il y a un flou sémantique sur ce devoir ou cette obligation de délivrer une information<sup>474</sup>.

La Cour de cassation a précisé les contours de cette information, ses principes (1), ses modalités de preuve (2), la manière de la délivrer (3). Ces jurisprudences ont été reprises et approfondies par la loi (4).

### 1) *Sur les principes*

La jurisprudence avait déjà imposé une information « simple, approximative, intelligible et loyale »<sup>475</sup>. Désormais, « le médecin a la charge de prouver qu'il a bien donné à son patient une information loyale, claire et appropriée sur les risques des investigations ou soins qu'il lui propose de façon à lui permettre d'y donner un consentement ou un refus éclairé, et si ce devoir d'information pèse aussi bien sur le médecin prescripteur que sur celui qui réalise la prescription, la preuve de cette information peut être faite par tous moyens »<sup>476</sup> quand bien même les risques seraient exceptionnels<sup>477</sup>.

---

<sup>471</sup> R. et J. Savatier, Auby et Péquignot, *Traité de droit médical*, Paris, Librairies Techniques, 1956, 574 p, n° 252.

<sup>472</sup> Indemnisée généralement sur la perte de chance : *Responsabilité médicale : refus d'avancer un rendez-vous*, D. 2011, p. 2599, sous Cass. 1<sup>re</sup> civ, 6 octobre 2011, n°10-21.212.

<sup>473</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 13 décembre 2012, n°11-27.347.

<sup>474</sup> P. Sargos, *La réparation du préjudice d'un défaut d'information* in *L'information relative à la santé* in Conseil d'Etat, *Santé et justice : quelles responsabilités ? Dix ans après la loi du 4 mars 2002*, La Documentation Française, 2013, p. 266 : « Je regrette qu'une facilité de langage et d'écriture dans des arrêts fasse parler de « manquement à l'information ». Non, ce n'est pas le manquement à l'information, c'est le manquement au devoir du recueil du consentement éclairé par l'information ».

<sup>475</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 21 février 1961, Bull. n°115, p. 92.

<sup>476</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 20 mars 1984, pourvoi n°82-16926, Bull. n°107 et Cass. 1<sup>re</sup> civ, 27 mai 1998, pourvoi n°96-19161, Bull. n°187 ; Bull. civ. I, n°278 ; R. 1997, p. 272 ; JCP 1997. II. 22942, rapp. P. Sargos ; JCP 1997. I. 4068, obs. Viney ; RTD civ. 1998, 100, obs. Mestre ; Les Petites Affiches, 1998, n°31, p. 18 note Y. Dagorne-Labbe.

<sup>477</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 7 octobre 1998, pourvois n°97-12185 et 97-10267, Bull. n°287 et 291 JCP G 1998. II 10179 concl. Ste Rose note Sargos ; D. 1999 jur. 145 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ, 9 octobre 2001, n°00-11.525.

Cette information porte aussi sur les risques graves encourus en cas d'opposition au traitement<sup>478</sup> (le Conseil d'Etat a même ajouté que l'information devait porter sur l'existence d'autres risques eu égard au manque de recul sur la technique envisagée<sup>479</sup>).

La Cour de cassation a précisé que cette obligation jurisprudentielle trouve son fondement dans l'exigence du respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité humaine<sup>480</sup>.

Ici, en jugeant en substance « que l'interprétation jurisprudentielle d'une même norme à un moment donné ne peut être différente selon l'époque des faits considérés et nul ne peut se prévaloir d'un droit acquis à une jurisprudence figée », l'arrêt a suscité de nombreuses controverses.

En effet, il a suscité un débat doctrinal très vigoureux sur la rétroactivité de la jurisprudence vis-à-vis du respect de la sécurité juridique à la suite du rapport du Professeur Nicolas Molfessis<sup>481</sup>.

Il nous semble que la Cour de cassation a bien conscience qu'elle crée des précédents et des jurisprudences acquises. Pourtant, la pratique n'est pas officiellement avouable car contraire aux dispositions du Code civil.

N'est-ce pas Jean Rivero qui constatait avec une certaine espièglerie que « les créations du juge judiciaire, si audacieuses qu'elles soient, sauvent toujours les apparences, et se couvrent du voile de la simple interprétation de la règle écrite, lui empruntant son autorité »<sup>482</sup>? Le maître ajoutait par ailleurs qu'en droit administratif, la règle jurisprudentielle est bien rétroactive<sup>483</sup> mais la notion même de rétroactivité est un des grincements de la jurisprudence.

L'arrêt de 2001 nous paraît antinomique dans le sens où il affirme qu'une norme peut être différemment interprétée à une autre époque (« à l'époque des faits la jurisprudence admettait... »).

A contrario, l'arrêt ajoute que « l'interprétation jurisprudentielle d'une même norme à un moment donné ne peut être différente selon l'époque des faits considérés » ; le considérant est ni plus ni moins une justification théorique contraire au constat initial.

Cet arrêt illustre combien les arrêts de droit médical impliquent le plus souvent de grands principes jurisprudentiels qui se rapportent au droit civil.

---

<sup>478</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 15 novembre 2005, pourvoi n°04-18180, Bull. n°418.

<sup>479</sup> CE, 10 mai 2017, n° 397840 : « L'information du patient doit porter à la fois sur les risques fréquents ou graves normalement prévisibles déjà identifiés de cette technique et sur le fait que l'absence d'un recul suffisant ne permet pas d'exclure l'existence d'autres risques ».

<sup>480</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 9 octobre 2001, pourvoi n°00-14564, Bull.n°249 .

<sup>481</sup> N. Molfessis (dir.), *Les revirements de jurisprudence, rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, Paris, Lexis Nexis, Cour de cassation, 2005.

<sup>482</sup> J. Rivero, *Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle*, AJDA. 1968, p. 15.

<sup>483</sup> « Il y a donc bien rétroactivité de la règle jurisprudentielle, non seulement à l'égard des données du litige à propos duquel elle a été élaborée, mais encore, dans la mesure où le juge s'en tiendra à la même règle, à tous les litiges semblables dont il a été saisi avant la décision qui fait jurisprudence, et qui seront tranchés postérieurement à celle-ci ». *ibid.*

En matière d'information, la Cour de cassation rappelle bien qu'il s'agit de « l'office du juge de rechercher, en prenant en considération l'état de santé du patient ainsi que son évolution prévisible, sa personnalité, les raisons pour lesquelles des investigations ou des soins à risques lui sont proposés, ainsi que les caractéristiques de ces investigations, de ces soins et de ces risques, les effets qu'aurait pu avoir une telle information quant à son consentement ou à son refus »<sup>484</sup>.

Par ailleurs, sa jurisprudence diffère selon le contentieux. En matière de chirurgie esthétique par exemple, la Cour régulatrice affirmait que le praticien était tenu à une obligation particulièrement rigoureuse à l'égard des risques et des avantages escomptés<sup>485</sup>. Dans ce domaine, l'information doit porter sur les risques graves mais aussi sur tous les inconvénients pouvant en résulter<sup>486</sup>.

## 2) *Sur les modalités de preuve*

De manière générale, le médecin peut prouver par tous moyens l'exécution de son obligation<sup>487</sup>. Cette preuve ne saurait se limiter à de simples allégations qui ne seraient pas corroborées par d'autres éléments de preuve<sup>488</sup>.

Il s'agit ainsi pour le professionnel d'apporter un faisceau d'éléments<sup>489</sup> par le jeu des présomptions<sup>490</sup>.

C'est le cas des courriers ou des consultations préalables<sup>491</sup> qui doivent être associés à un délai de réflexion suffisant<sup>492</sup>. Le Conseil d'Etat n'a pas tardé à rejoindre la position de la Cour régulatrice<sup>493</sup>.

## 3) *Sur la délivrance de l'information*

Celle-ci pèse sur le médecin mais aussi sur celui qui réalise la prescription<sup>494</sup> ; tous ceux qui contribuent aux soins du patient doivent s'informer mutuellement.

---

<sup>484</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 20 juin 2000, Bull. 2000, I, n° 193, pourvoi n° 98-23.046.

<sup>485</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 22 septembre 1981, pourvoi n°80-16256, Bull.n°26.

<sup>486</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 17 février 1998, pourvoi n°95-21715, Bull. n°67.

<sup>487</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 14 octobre 1997, JCP 1997. I. 4068, obs. Viney, RTD civ. 1998.100, obs. Mestre ; L. Dubouis, RDSS 1998, p. 62.

<sup>488</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 14 octobre 2010, n°09-70221.

<sup>489</sup> B. Pitcho, *Obligation d'information, preuve de l'exécution de l'obligation*, RDSS 2005, p. 330 sous Cass. 1<sup>re</sup>, 4 janvier 2005, n°02-11339, RTD Civ. 2005. 381, obs. Mestre et Fages.

<sup>490</sup> M. Harichaux, *La preuve de l'information médicale*, RDSS 1998, p. 68.

<sup>491</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 12 juin 2012, n°11-18928 : « Les nombreuses consultations qui avaient précédé l'intervention critiquée démontraient le soin que M. Y... avait pris pour analyser avec Mme X..., en lien avec son médecin traitant, l'ensemble des éléments de nature à fonder un choix éclairé, établissant qu'elle avait reçu toute l'information nécessaire sur l'objectif, les conséquences et les risques prévisibles ».

<sup>492</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 11 mars 2010, n°09-11270 : « Elle n'avait pu bénéficier d'un délai de réflexion, pour mûrir sa décision en fonction de la pathologie initiale dont il souffrait, des risques d'évolution ou d'aggravation de celle-ci et pour réunir d'autres avis et d'autres informations nécessaires avant une opération grave à risques ».

<sup>493</sup> CE 5 janvier 2000, *consorts T, Lebon* p. 5 même si la question de la charge de la preuve s'y pose différemment ; CE Ass. 19 mai 2004, req. n°216039.

<sup>494</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 14 octobre 1997, pourvoi n°95-19609, Bull. n°278.

Cette information peut ne pas être délivrée si les circonstances l'imposent, en matière d'urgence par exemple<sup>495</sup>, de refus du patient ou dans l'intérêt de ce dernier<sup>496</sup>.

La loi a approfondi la jurisprudence en précisant le cas échéant les modalités de délivrance de l'information pour les cas particuliers.

#### 4) *Sur la reprise et l'approfondissement de la jurisprudence par la loi*<sup>497</sup>

La discussion est aujourd'hui achevée avec l'article L.1111-2 issu de la loi du 4 mars 2002 qui semble un peu tempérer les évolutions jurisprudentielles : « toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé. Cette information porte sur les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus. Lorsque, postérieurement à l'exécution des investigations, traitements ou actions de prévention, des risques nouveaux sont identifiés, la personne concernée doit en être informée, sauf en cas d'impossibilité de la retrouver »<sup>498</sup>.

***Des jurisprudences reprises et étendues par la loi.*** Par suite, l'article entérine ni plus ni moins l'arrêt Hédreul : « en cas de litige, il appartient au professionnel ou à l'établissement de santé d'apporter la preuve que l'information a été délivrée à l'intéressé dans les conditions prévues au présent article. Cette preuve peut être apportée par tout moyen ».

Dans la pratique, il n'y a pas une grande différence entre une loi et une jurisprudence puisque toutes les deux sont respectées et appliquées comme une norme.

L'information a dépassé de loin son cadre originel puisqu'elle doit être antérieure comme postérieure.

Dans cette perspective, les procédures de certification qui s'imposent désormais aux établissements de santé constituent une procédure externe d'évaluation<sup>499</sup>. Celles-ci placent au premier plan les obligations d'information qui incombent aux professionnels de santé.

---

<sup>495</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 7 octobre 1998, pourvoi n°97-10267, Bull. n°291.

<sup>496</sup> Cass, 1<sup>ère</sup> civ, 23 mai 2000, pourvoi n°98-18513, Bull n°159 .

<sup>497</sup> V. M-L. Moquet-Anger, *Existe-t-il une mise en œuvre spécifique des droits des patients ?* RDSS 2014, p. 79.

<sup>498</sup> Mais aussi : Article L.1111-4 du CSP : « Toute personne prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé. Le médecin doit respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix. Si la volonté de la personne de refuser ou d'interrompre tout traitement met sa vie en danger, le médecin doit tout mettre en œuvre pour la convaincre d'accepter les soins indispensables. Il peut faire appel à un autre membre du corps médical. Dans tous les cas, le malade doit réitérer sa décision après un délai raisonnable. Celle-ci est inscrite dans son dossier médical ».

<sup>499</sup> Article L. 6113-3 du CSP.

Par ailleurs, en cas de dommage imputable à une activité de soins, l'établissement ou le professionnel de santé est tenu d'en informer le patient ou son représentant légal dans le délai de 15 jours via un entretien individuel<sup>500</sup>. L'accès direct au dossier médical est prévu par une disposition législative<sup>501</sup> qui précise les informations accessibles ainsi que les modalités d'accès<sup>502</sup>.

En ce qui concerne les mineurs ou les majeurs protégés, les titulaires de l'autorité parentale pour les premiers ou les personnes responsables de leur protection pour les seconds peuvent avoir accès à ces informations (l'article L.1111-7 est, à ce titre, très complet).

L'article L.1110-4 rappelle que ces informations sont confidentielles et que les patients ont le droit au respect de la vie privée et au secret de ces informations. Des dispositions spécifiques quant à leur conservation sont aussi prévues par le CSP<sup>503</sup>.

En principe, l'information est délivrée au patient ou, lorsque son état de santé ne lui permet pas d'être informé, à une personne de confiance<sup>504</sup> ou la famille ou à défaut un de ses proches.

En ce qui concerne les mineurs, elle est donnée aux titulaires de l'autorité parentale<sup>505</sup>. Elle est délivrée au tuteur pour les majeurs sous tutelle<sup>506</sup> mais les intéressés ont aussi le droit de recevoir l'information et de participer à la prise de décision les concernant selon leur degré de discernement.

Les informations jalonnent le parcours de soins du malade, que ce soit sur la prise en charge thérapeutique, les diagnostics, les bénéfices et les risques, le coût des interventions, le retour à domicile. La délivrance de l'information est d'autant plus délicate que les profils sont aussi variés que les individus<sup>507</sup> : il y a souvent des patients âgés, non francophones, mineurs ou qui ne sont pas en état d'exprimer leur volonté.

L'information embrasse d'ailleurs toutes les disciplines car il arrive souvent que le patient, dans le cadre de son parcours thérapeutique, rencontre des professionnels de spécialités différentes. Dès lors, la communication entre ces professionnels est déterminante.

---

<sup>500</sup> Article L. 1142-4 du CSP.

<sup>501</sup> Article L. 1111-7 du CSP.

<sup>502</sup> Ce qui n'exclut pas un mandataire dès lors que son mandat est dûment justifié et qu'il peut attester de son identité : CE, 26 septembre 2005, *Conseil National de l'ordre des médecins*, n°270234, Rec. p. 395.

<sup>503</sup> Articles L. 1111-8 et R. 1111-9 et s du CSP.

<sup>504</sup> Article L. 1111-6 du CSP.

<sup>505</sup> Article L. 1111-2 du CSP sauf réserves prévues par l'article L. 1111-5 CSP.

<sup>506</sup> Article L. 1111-2 du CSP.

<sup>507</sup> P. Sargos, *Que peut-on dire ? Le point de vue du juriste*, RGDM, n°5, janvier 2001, p. 200 : « Le juge a su remarquablement appréhender toutes les composantes de l'information, qui implique la parole mais parfois un devoir du silence. Il est n'est pas aisé de trouver une harmonie entre le devoir de dire, de ne pas dire, de tout dire. Ce qui signifie qu'il existe une marge d'adaptation de la formulation de l'information à chaque personne ».

Bien avant les lois, les juridictions judiciaires et administratives ont défini les grands principes d'indemnisation même si ces derniers soulèvent encore aujourd'hui des questions au regard de la causalité.

Le défaut d'information justifie-t-il une réparation intégrale comme le prévoit l'arrêt Teyssier ? Doit-on l'appréhender en fonction de la perte d'une chance perdue par le patient<sup>508</sup> ? L'absence d'information induit-elle nécessairement un préjudice autonome, dit parfois d'impréparation, indemnisable même en l'absence de perte de chance<sup>509</sup> ?

Les modalités de l'indemnisation entourant le défaut d'information sont encore régulièrement débattues<sup>510</sup> et ont donné lieu à une jurisprudence erratique selon les termes du conseiller Pierre Sargos<sup>511</sup> ; c'est ce que nous aurons l'occasion d'analyser dans une partie dédiée à la causalité.

---

<sup>508</sup> Cass, 1<sup>re</sup> civ, 7 février 1990, pourvoi n°88-14797, Bull. n°39 ; CE, 5 janvier 2000, *Consorts T*, n°181899, rec. p. 5.

<sup>509</sup> Cass, 1<sup>re</sup> civ, 3 juin 2010, pourvoi n°09-13591, Bull. n°128.

<sup>510</sup> P. Sargos, *Que peut-on dire ? Le point de vue du juriste*, art. cité, p. 200.

<sup>511</sup> P. Sargos, *La réparation du préjudice d'un défaut d'information*, art. cité, p. 267.

## Conclusion du chapitre 1

Ces arrêts de la Cour de cassation sont fondamentaux en droit médical. Ils sont les bases d'une responsabilité qui s'est développée au cours du temps en fonction de l'évolution de la pratique médicale.

Aujourd'hui, cette relation patient-médecin s'est considérablement étendue car de plus en plus de professionnels de santé interviennent. C'est pourquoi la Cour de cassation a rapidement précisé les responsabilités qui incombent à chacun lorsque l'exercice médicale est pluridisciplinaire<sup>512</sup>.

Cela implique la possibilité de responsabilités *in solidum* d'un professionnel de santé et de la clinique<sup>513</sup>. C'est souvent le cas lorsqu'un médecin exerce avec une infirmière et qu'ils sont tous deux à l'origine du dommage. La Cour de cassation constate alors que « le lien de préposition résultant du contrat de travail conclu entre la clinique et l'infirmière n'avait pas été transféré »<sup>514</sup>.

Il faut aussi mentionner que « lorsqu'une faute ne peut être établie à l'encontre d'aucune des personnes responsables d'un même dommage, la contribution à la dette se fait entre elles à parts égales »<sup>515</sup>.

A ce sujet, la Cour s'est montrée pragmatique ; les fautes de professionnels de santé se sont diversifiées et se révèlent chaque fois qu'un professionnel de santé n'adopte pas une thérapeutique consciencieuse et conforme aux données acquises de la science<sup>516</sup>.

Il faut néanmoins prouver que la faute aurait pu être évitée (et que l'acte soit effectivement fautif<sup>517</sup>).

La faute dépend aussi de la spécialité du professionnel ; le chirurgien par exemple est tenu à une obligation de précision du geste. Toute maladresse du chirurgien qui lèse un organe ou une partie du corps du patient est présumée fautive.

« L'atteinte, par un chirurgien, à un organe ou une partie du corps du patient que son intervention n'impliquait pas, est fautive (...) »<sup>518</sup> sauf si l'atteinte est le résultat d'une anomalie la rendant inévitable<sup>519</sup>.

---

<sup>512</sup> Ass. plén. 30 mai 1986, Farcet c/Labayle, Bull. ass. plén, n°8 ; R. 1986, p. 188 ; D. 1987, 109, obs. Penneau ; M.-F Soubiran, *Quelques réflexions suscitées par l'exercice de la médecine au sein d'un groupe ou d'une équipe*, JCP 1976, II, 2830.

<sup>513</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 15 janvier 201, n°13-21.180.

<sup>514</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 10 décembre 2014, n° 13-21.607.

<sup>515</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 10 avril 2013, n°12-14.219.

<sup>516</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 30 avril 2014, n° 13-14.288.

<sup>517</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 17 juin 2015, n°14-19725 ; S. Hocquet-Berg, *L'erreur de diagnostic n'est pas toujours fautive*, Revue générale du droit on line, 2016, n°23286 : « en l'occurrence, aucune faute de diagnostic ne pouvait être retenue à l'encontre du médecin généraliste dès lors que celui-ci a procédé à un examen clinique conforme aux règles de l'art et que les antécédents du patient étaient de nature à l'orienter vers un diagnostic erroné et qu'une réaction positive du patient au traitement prescrit était de nature à confirmer. Il faut donc en déduire qu'un autre médecin normalement compétent et diligent, placé dans les mêmes circonstances, aurait commis la même erreur de diagnostic ».

<sup>518</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 20 mars 2013, n°12-13900.

<sup>519</sup> CA, Paris, 27 février 2015, n°13/11870, n°JurisData : 2015-005135.

***La création originelle d'une responsabilité médicale par le juge civil.*** La Cour de cassation a posé les premiers jalons de la responsabilité médicale à travers des arrêts notables dont les principes sont toujours applicables aujourd'hui.

L'avocat Jean-Gaston Moore, une figure du dommage corporel<sup>520</sup>, fait la part belle à la magistrature dans son analyse du dommage corporel de 1930 à nos jours : « la source est principalement jurisprudentielle ; nous la devons à l'action de concert des magistrats et des avocats <sup>521</sup>» auquel il ajoute que « c'est l'honneur de la jurisprudence française d'avoir su dégager, au fur et à mesure de l'évolution des goûts et des besoins, de nouvelles sources de réparation du préjudice corporel, dès lors que les multiples incidences du dommage sur la personne humaine furent reconnues (...) » <sup>522</sup>.

Sur ce point, les grandes lignes de la responsabilité médicale se sont dévoilées à travers la technique de cassation, « cette remarquable littérature (pour ne pas dire une remarquable école) de rigueur et de finesse »<sup>523</sup>. En 1888, le procureur général de la Cour d'Aix Albert Cécile n'hésitait pas à avancer que, si les décisions de cassation n'ont en théorie qu'une portée « essentiellement contingente et relative », les principes qu'elles consacrent acquièrent une « stabilité suffisante pour obtenir, aux yeux des praticiens une valeur égale à la loi »<sup>524</sup>.

Seulement, il ne faut pas oublier que chaque arrêt de la Cour de cassation n'est appréhendé que dans les limites des moyens du pourvoi.

Elle a donc un rôle conclusif car, placée au sommet de l'organisation judiciaire, elle intervient au terme d'un long processus judiciaire où tous les éléments de la décision ont été réunis pour lui permettre de statuer sur le respect des règles de droit<sup>525</sup>. En ce sens, c'est dans ce « bouillonnement juridictionnel des juges du fond »<sup>526</sup> que réside l'impulsion créatrice.

La Cour de cassation fait preuve de créativité juridique en ce qu'elle canalise les arrêts rendus par les juges du fond en conciliant les règles juridiques abstraites et les cas individuels. Cette œuvre unificatrice est justement issue de ce rôle pluriel d'un droit complexe et multiple pour reprendre les termes de Jean-Claude Marin<sup>527</sup>.

---

<sup>520</sup> Un des tout premiers avocats spécialisé en droit du dommage corporel ; il fit partager son expérience dans la Gazette du Palais qu'il dirigea longtemps et à travers laquelle il joua un rôle prépondérant dans ce contentieux.

<sup>521</sup> J-G. Moore, *La réparation du préjudice corporel : son évolution de 1930 à nos jours*, Gazette du Palais, 08 octobre 2013 n° 281, p. 5.

<sup>522</sup> J-G. Moore, *Brochure Évolution du droit de la réparation du dommage corporel*, Gazette du Palais, 2005, p. XI.

<sup>523</sup> C. Puigelier, *La pratique de la cassation en matière sociale*, 2<sup>e</sup> éd, Paris, LexisNexis, Droits & Professionnels, 485 p, 2013, p. XXI.

<sup>524</sup> Cité par J. Krynen, *L'emprise contemporaine des juges : l'Etat de justice en France, XIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*, T. 2, op. cité, p. 193.

<sup>525</sup> M. Gobert, *La jurisprudence, source du droit triomphante mais menacée*, RTD Civ. 1992, p. 354.

<sup>526</sup> J. Krynen, *L'emprise contemporaine des juges : l'Etat de justice en France, XIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*, T. 2, op. cité, p. 215.

<sup>527</sup> « Ainsi, me semble-il, le juge n'est plus seulement le souffleur de la loi, il est l'acteur pluriel d'un droit complexe et multiple où la hiérarchie des normes a été rebattue et vers lequel les regards se retournent dans l'espoir d'un oracle clair et intelligible sur le sens de la norme. La bouche n'a-t-elle pas pris le pouvoir ? » se demande Jean-Claude Marin, JCP. G, n°51, décembre 2011, p. 2539.

Les décisions de la Cour régulatrice sont aujourd'hui reconnues par les justiciables et la doctrine car elles s'imposent à eux ; les plus importantes d'entre elles sont régulièrement publiées et expliquées.

Il y a d'ailleurs un certain paradoxe à analyser la portée d'une grande décision judiciaire alors qu'elle est censée être exclusive à l'espèce. Le fait est que l'analyse d'une jurisprudence est tout simplement l'étude d'une norme qui a vocation à s'appliquer à tous les cas analogues.

En droit médical, les juges ont eu le courage de s'immiscer dans la relation patient-médecin face à une hostilité très vive du monde médical. Cette intervention s'est faite avec beaucoup de retenue ; c'est par devoir de prudence que le tribunal de Domfront a sollicité l'avis de l'Académie de médecine. C'est ce que Guy Canivet nomma la logique de précaution<sup>528</sup>.

Pour conclure, au vu de cette construction jurisprudentielle qui illustre « l'emprise grandissante de la Cour de cassation sur des pans entiers du droit », peut-être serait-il temps de remettre en cause la conception historique de l'office du juge comme le suggère le Professeur Christophe Radé<sup>529</sup>.

L'Assemblée Nationale ne s'en cache pas davantage ; on peut lire sur son site que la Cour de cassation, en « fondant parfois ses jugements sur des visas de principe, manifeste le rôle de création normative de la jurisprudence »<sup>530</sup>.

Le Conseil d'Etat poursuivra plus tard cet édifice dans le domaine hospitalier. Son office est beaucoup moins contesté en droit administratif où le fait que la jurisprudence soit une source de droit est unanimement reconnue.

Cela permit au juge administratif de se montrer à certains égards beaucoup plus innovant.

---

<sup>528</sup> G. Canivet, *Le principe de précaution dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Texte d'une conférence prononcée en septembre 2002 à l'ouverture de la session 2002/2003 du Centre des Hautes Études d'Assurances (CHEA). ; [http://www.ffsa.fr/webffsa/risques.nsf/html/Risques\\_57\\_0012.htm/\\$file/Risques\\_57\\_0012.htm](http://www.ffsa.fr/webffsa/risques.nsf/html/Risques_57_0012.htm/$file/Risques_57_0012.htm).

<sup>529</sup> C. Radé, *De la rétroactivité des revirements de jurisprudence*, D. 2005. 988, n°12.

<sup>530</sup> <http://www2.assemblee-nationale.fr/decouvrir-l-assemblee/role-et-pouvoirs-de-l-assemblee-nationale/les-institutions-francaises-generalites/l-autorite-judiciaire-l-ordre-judiciaire-et-la-cour-de-cassation>

## Chapitre 2

### LES PRINCIPES DU JUGE ADMINISTRATIF : ENTRE PROLONGEMENTS ET INNOVATIONS

Le Professeur Rivero évoquait jadis « la féconde liberté créatrice du Conseil d'Etat »<sup>531</sup>. En effet, en droit administratif, la jurisprudence constitue une source du droit notable<sup>532</sup>. Elle est élaborée en droit administratif par l'institution qu'est le Conseil d'Etat. Longtemps analysée comme une responsabilité pour faute lourde, la responsabilité médicale administrative occupe désormais le champ de la faute simple (A). Dans un autre temps, le juge administratif a tenté d'élaborer un système de responsabilité sans faute dans la perspective d'indemniser l'aléa thérapeutique (B). Indépendamment de la responsabilité sans faute, la responsabilité administrative médicale semble aujourd'hui très proche de celle du juge civil (C).

---

<sup>531</sup> J. Rivero, *Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle*, AJDA 1968, p. 15.

<sup>532</sup> M. Waline, *Le pouvoir normatif de la jurisprudence*, Mélanges Scelle, T.II, p. 615 ; M. Waline, *notes d'arrêts*, vol. 1, Paris, Dalloz, 2005, 864 p ; M. Waline, *notes d'arrêts*, vol. 2, Paris, Dalloz, 2005, 756 p.

## Introduction

Pour la doctrine publiciste, la jurisprudence constitue la première source.

On peut à ce sujet raisonnablement se demander si l'office fondamental de la doctrine administrativiste n'est pas dans l'analyse même des arrêts du Conseil d'Etat<sup>533</sup>.

La prépondérance des arrêts en droit administratif tient d'abord aux spécificités de la haute juridiction administrative.

Les administrativistes ne s'accordent pas nécessairement sur le sens à donner à la jurisprudence. Celle-ci serait à la fois l'ensemble des règles émanant des juges d'un ordre de juridictions<sup>534</sup>, voire la science du droit, celle du juste à rechercher et de l'injuste à éviter. La jurisprudence est aussi associée à une pensée que les juges et la doctrine s'efforcent de construire, dans un duo ou un duel<sup>535</sup>.

Même si ce droit a connu un mouvement de codification à partir des années 2000, « la jurisprudence, entendue comme la science du droit, est toujours à l'œuvre »<sup>536</sup>.

Que ces sources soient jurisprudentielles ou écrites, ce droit demeure complexe<sup>537</sup>.

La question a peut-être perdu de son attrait ; le Doyen Vedel nous avait prévenu que le droit administratif ne pouvait être indéfiniment jurisprudentiel<sup>538</sup>.

Pourtant, l'apophtegme du maître « une loi s'avale, un arrêt se savoure » laisse à penser que la doctrine prend assurément plus de plaisir à étudier la jurisprudence que les termes de la loi. On peut penser que les décisions de justice offrent une plus grande liberté d'interprétation et de réflexion, la doctrine peut ainsi faire valoir ses compétences.

---

<sup>533</sup> F. Melleray, *Décision juridictionnelle et règle jurisprudentielle*, in « la rétroactivité des décisions du juge administratif », 2006, Paris, Economica, p. 35 ; F. Belacel, *La marque du caractère jurisprudentiel du droit administratif dans l'écriture des grands arrêts du Conseil d'Etat*, Gazette du Palais, n°24, 28 juin 2016 ; J. Rivero, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif*, EDCE, 1955, p. 30 ; G. Jèze, *Collaboration du Conseil d'Etat et de la doctrine dans l'élaboration du droit administratif français*, in « Livre jubilaire du Conseil d'Etat pour commémorer son cent cinquantième anniversaire », 1952, Paris, Sirey, p. 347 ; G. Vedel, *Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif : le rôle du juge*, in « Mélanges Marcel Waline », 1974, Paris, LGDJ, p. 778 ; M. Guyomar., *Les ambitions pédagogiques du juge administratif*, in Rimbault P., *La pédagogie au service du droit*, 2011, LGDJ-PU Toulouse I Capitole ; M. Deguerge, *Déclin ou renouveau de la création des grands arrêts ?*, RFDA 2007, p. 254. ; G. Braibant, *Qu'est-ce qu'un grand arrêt ?* AJDA 2008, p. 1428.

<sup>534</sup> F. Melleray, *Le droit administratif doit-il redevenir jurisprudentiel ?* AJDA 2005, p. 637.

<sup>535</sup> P. Gonod et O. Jouanjan, *A propos des sources du droit administratif, brèves notations sur de récentes remarques*, AJDA 2005, p. 992 : « le droit administratif, comme tout droit, est alors jurisprudentiel et doctrinal ».

<sup>536</sup> Ibid.

<sup>537</sup> G. Braibant, *Du simple au complexe, quarante ans de droit administratif (1953-1993)*, EDCE 1993, n° 45, p. 409.

<sup>538</sup> G. Vedel, *Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ?* EDCE 1979-80, n° 31, p. 31.

Jacques Krynen ne s'y trompe pas : « (...) le discours doctrinal français sur l'Etat de droit est venu tout légitimer, c'est la montée en puissance du juge administratif. Tout se passe, à bien des égards, chez nos professeurs de droit public, comme s'il n'y avait de droit que là où il y a un juge »<sup>539</sup>.

**Le Conseil d'Etat : une institution.** Comme la Cour de cassation, le Conseil d'Etat<sup>540</sup> est issu de ce qu'on nommait la Curia Regis, elle-même divisée en cours souveraines dont le Parlement (1303), la Chambre des comptes (1320) et le Conseil du roi (la distinction entre les différents conseils n'était d'ailleurs pas très claire).

François 1<sup>er</sup> a créé un Conseil des affaires au sein de la Cour du Roi (devenu Conseil d'en haut) qui s'occupait alors exclusivement des affaires politiques. Une section spécialisée dans les affaires contentieuses apparaît sous Charles VII avant qu'elle ne soit institutionnalisée sous le nom de Grand Conseil par son successeur Charles VIII (Ordonnance de 1497).

Il faut attendre 1578 pour que l'expression de Conseil d'Etat apparaisse sous le règne de Henri III.

Le conseil était alors chargé du gouvernement intérieur du royaume et du contentieux administratif.

Au XVII<sup>e</sup> siècle figurait sous le règne de Louis XIV un Conseil d'Etat privé, finances et direction qui statuait sur les problèmes administratifs et de contentieux<sup>541</sup>.

Le pouvoir royal souhaitait soustraire les affaires administratives de la justice ordinaire dite déléguée avec l'édit de Saint-Germain-en-Laye (1641).

**Une place institutionnelle ambiguë.** Peu à peu, on vit apparaître un certain nombre de compétences spécialisées avec les intendants de justice, police et finances en lien avec le Conseil du roi.

Les prémices d'une justice administrative furent pour le moins confuses comme le soutient Jacques Krynen<sup>542</sup>. C'est la raison pour laquelle la Révolution mit fin à toute ambiguïté ; la grande loi des 16 et 24 août 1790 sur l'organisation judiciaire a affirmé sans détour que les autorités administratives et judiciaires seront désormais distinctes.

**La création du Conseil d'Etat.** Créé en 1799 par Napoléon Bonaparte, le Conseil d'Etat a d'abord une fonction de conseiller juridique du gouvernement : « sous la direction des consuls, un Conseil d'Etat est chargé de rédiger les projets de loi et les règlements d'administration publique, et de résoudre les

---

<sup>539</sup> J. Krynen, *L'emprise contemporaine des juges : l'Etat de justice en France, XIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*, T. 2, Paris, Editions Gallimard, Bibliothèque des histoires, NRF, Roto Impression, 2010, 432 pages, p. 222.

<sup>540</sup> D. Latournerie, *Le Conseil d'Etat « au nom du peuple français... »*, Paris, Dalloz, connaissance du droit, 2005 ; pour une étude approfondie : P. Delvolvé, *Conseil d'Etat in Répertoire de contentieux administratif*, Paris, Dalloz, juin 2012.

<sup>541</sup> <http://www.conseil-etat.fr/Conseil-d-Etat/Histoire-Patrimoine/Histoire-d-une-institution/Ses-fonctions/Naissance-et-evolution>

<sup>542</sup> J. Krynen, *L'emprise contemporaine des juges : l'Etat de justice en France, XIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*, op. cité, p. 226 : « Jusqu'à la fin de l'Ancien Régime, une confusion organique et fonctionnelle caractérise l'exercice de ce que nous appelons de nos jours la justice administrative ».

difficultés qui s'élèvent en matière administrative »<sup>543</sup>. Son rôle de juge suprême de l'action administrative n'était ainsi pas encore bien établi ; la justice demeurait retenue.

En 1800, on institua les conseils de préfecture, juges de première instance du contentieux de l'administration<sup>544</sup>, puis on dissocia les conseillers en service ordinaire de ceux en service extraordinaire auprès d'autres administrations et on créa les auditeurs (1803).

Au niveau procédural, on précisa en 1806 les règles d'introduction des recours et de l'instruction des instances<sup>545</sup>. Le Conseil prit progressivement les traits d'une juridiction grâce à la publicité des audiences et la possibilité pour les avocats des parties de présenter des observations orales (1831).

Jusqu'à ses décisions devaient être confirmées par un décret du chef de l'Etat pour être publiées et devenir exécutoires<sup>546</sup>. Par la suite, les deux arrêts de principe *Rotschild* de 1855 et *Dekeister* en 1861<sup>547</sup> posèrent les bases d'un droit de la responsabilité extra-contractuelle de l'Etat.

***Le développement des compétences du Conseil d'Etat.*** La juridiction bénéficia d'une véritable délégation de pouvoir lorsque, le 24 mai 1872, la loi affirma que « le Conseil d'Etat statue souverainement sur les recours en matière contentieuse administrative et sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoir contre les actes des diverses autorités administratives ».

Il est rénové et conservé sous la IV<sup>e</sup> République et maintenu au sommet de la juridiction administrative bien que la Constitution de 1958 évoquait une fonction consultative.

La loi, « en octroyant définitivement au conseil d'Etat la justice déléguée, assurera à la fois à celui-ci une nature de véritable juridiction et sa pleine indépendance vis-à-vis des pouvoirs politiques »<sup>548</sup>.

Cette lutte émancipatrice est incarnée par Edouard Laferrière qui, à la tête du Conseil d'Etat, n'eut de cesse de lutter contre les nominations politiques pour favoriser les promotions internes des auditeurs et des maîtres des requêtes. Pour l'éminent juriste, la qualité première d'un juge est son indépendance et sa conscience que ce grand corps de l'Etat se doit d'assurer.

---

<sup>543</sup> Article 52 de la Constitution du 22 frimaire an VII (1799).

<sup>544</sup> V. B. Pacteau, *Le Conseil d'Etat et la fondation de la justice administrative française au XIX<sup>e</sup> siècle*, Paris, PUF, 2003 ; sur les missions contemporaines du Conseil d'Etat : B. Stirn, *Le Conseil d'Etat : son rôle, sa jurisprudence*, Paris, Hachette, 1994.

<sup>545</sup> J. Krynen, *L'emprise contemporaine des juges : l'Etat de justice en France, XIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*, op. cité, p. 235.

<sup>546</sup> Ibid. p. 239.

<sup>547</sup> Recueil des arrêts du Conseil, ou ordonnances royales, rendues en Conseil d'Etat, sur toutes les matières du contentieux de l'administration, année 1863, p. 672 repris par l'arrêt Blanco.

<sup>548</sup> C. Debbasch, F. Colin, *Droit administratif*, 10<sup>e</sup> éd, Paris, Economica, 734 p, 2011, p. 575.

Cette mutation est illustrée par des arrêts cruciaux dont l'emblématique arrêt Cadot du 13 décembre 1889<sup>549</sup> qui mit fin à la théorie de l'administrateur juge. Il déclara la compétence générale du juge administratif rendue possible par l'existence de véritables juridictions administratives. Les grands arrêts rendus entre 1891 et 1907 sont toujours considérés comme les témoins d'un « âge d'or » du contentieux administratif<sup>550</sup>.

***Une place actuelle prépondérante dans le système juridique.*** Aujourd'hui, le Conseil d'Etat, statuant au contentieux, rend environ 10 000 décisions par an<sup>551</sup> selon différentes formations de jugement<sup>552</sup>.

Et ce déduction faite des ordonnances rendues par un juge unique comme le Président de la section du contentieux, les présidents de section ou des sous-sections ou les juges des référés<sup>553</sup>.

La distinction est nette entre les activités de conseil et les activités contentieuses. Les membres ayant donné un avis sur les actes présentés au Conseil d'Etat ne peuvent pas prendre part aux délibérations dans les jugements des recours dirigés contre ces derniers.

La lecture chronologique des *grands arrêts de la jurisprudence administrative* illustre l'idée que le Conseil d'Etat a toujours défendu l'aspect juridictionnel de l'institution, en grande partie grâce au Tribunal des conflits<sup>554</sup>.

Ses grands arrêts sont souvent marqués par l'équité. Jean Romieu soutenait dans ses conclusions sous l'arrêt Cames qu'« il appartient au juge administratif d'examiner directement, d'après ses propres lumières, d'après sa conscience, et conformément aux principes de l'équité, quels sont les devoirs et les obligations réciproques de l'Etat »<sup>555</sup> (depuis cet arrêt, le Conseil d'Etat a multiplié les régimes jurisprudentiels de responsabilité sans faute de l'administration<sup>556</sup>).

Une telle posture n'est pas sans rappeler les grands jurisconsultes de l'Ancien Régime comme le souligne avec justesse Jacques Krynen<sup>557</sup>.

---

<sup>549</sup> CE, 13 décembre 1889, n°66145, rec. Lebon, p. 1148 ; <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Les-decisions-les-plus-importantes-du-Conseil-d-Etat/13-decembre-1889-Cadot>

<sup>550</sup> Ibid. p. 252.

<sup>551</sup> <http://www.conseil-etat.fr/Conseil-d-Etat/Missions/Juger-l-administration/Les-formationen-de-jugement>

<sup>552</sup> Articles L. 122-1 et R. 122-11 et s du CJA.

<sup>553</sup> Article L. 521-1 et s. du CJA.

<sup>554</sup> V. le fameux arrêt Blanco TC 8 février 1873, n°00012 qui pose les fondements de la responsabilité de la puissance publique dont la compétence contentieuse relève de la juridiction administrative.

<sup>555</sup> 21 juin 1895, *Cames*, Rec. Lebon, p. 509

<sup>556</sup> CE, 28 mars 1919, *Regnault-Desroziers*, Rec. Lebon, p. 329 ; CE, 7 novembre 1952, *G*, n°75626, Rec. Lebon, p. 503.

<sup>557</sup> J. Krynen, *L'emprise contemporaine des juges : l'Etat de justice en France, XIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*, op. cité, p. 256 : « A partir de la matrice de la section du contentieux fut forgé un droit administratif moderne, réunissant de façon équilibrée l'intérêt de la puissance publique et la sauvegarde des particuliers, selon une méthode plaçant l'individu administré au centre du débat, au nom d'une équité ouvertement revendiquée comme moyen de dépassement de l'arbitraire de la machine de l'Etat ».

L'essor du Conseil d'Etat est continu. En témoignent l'affirmation de sa compétence juridictionnelle générale<sup>558</sup> ainsi que l'existence de principes généraux du droit<sup>559</sup> et de principes fondamentaux reconnus par les lois de la République<sup>560</sup>.

Cette idée est renforcée par l'affirmation de principes généraux comme l'égalité d'accès aux fonctions et emplois publics<sup>561</sup>, le respect de la dignité humaine comme composante de l'ordre public<sup>562</sup>, le droit à un procès équitable<sup>563</sup> ou le principe de sécurité juridique<sup>564</sup>.

Les principes généraux du droit sont assimilables aux visas de principe du juge judiciaire. Le juge administratif n'a pas été avare de principes généraux du droit pour soutenir sa jurisprudence ; ils ont été reconnus par le Conseil Constitutionnel<sup>565</sup>.

***Le Conseil d'Etat, juge de l'administration.*** L'action administrative la plus connue est le recours pour excès de pouvoir. Le Conseil d'Etat a progressivement construit ce contrôle primordial de l'administration. Il l'a fait à travers une procédure très encadrée sur la légalité dite « externe » (incompétence, vice de forme ou procédure) ou « interne » de la décision (violation de la loi, détournement de pouvoir ou de procédure).

C'est là toute la difficulté de l'office du juge administratif, celle d'être tout le temps entre « la gomme et le crayon » pour reprendre l'expression de conseillers d'Etat<sup>566</sup>.

Abstraction faite du recours pour excès de pouvoir, le contentieux qui nous intéresse est celui de pleine juridiction. C'est l'office du juge le plus approfondi ; il permet de liquider le préjudice corporel à travers l'allocation d'indemnités.

L'appellation « pleine juridiction » ou « plein contentieux » illustre l'étendue des pouvoirs du juge. Dans cette logique, il se distingue clairement du recours pour excès de pouvoir qui est circonscrit à l'annulation ou à la validation d'un acte administratif. Ainsi, le juge du plein contentieux peut condamner l'administration à des dommages-intérêts comme c'est le cas dans le contentieux de la responsabilité médicale.

---

<sup>558</sup> CE, 13 décembre 1889, *Cadot*, n°66145.

<sup>559</sup> CE, Ass, 26 octobre 1945, *Aramu*, Rec. p. 213 dont la portée juridique a longtemps été discutée ; v. R. Chapus, D, 1966, chr, 99.

<sup>560</sup> CE, Ass, 11 juillet 1956, *Amicales des annamites de Paris*, Rec, p. 317.

<sup>561</sup> CE, 28 mai 1954, *Barel*, n°28238.

<sup>562</sup> CE, 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, n°136727.

<sup>563</sup> CE, 3 décembre 1999, *Didier*, n°207434.

<sup>564</sup> CE, 24 mars 2006, *Société KPMG et autres*, n°288460.

<sup>565</sup> Sur les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République : CC, décision du 16 juillet 1971, liberté d'association, n°71-44 DC ; Sur les principes généraux de notre droit : CC, 26 juin 1969, n°69-55L ; Il existe « une sorte de légalité parallèle à laquelle le juge peut faire appel pour soumettre l'administration aux principes essentiels de l'ordre juridique. Cependant, désormais, le Conseil d'Etat préfère se référer à un texte écrit (notamment la Constitution) plutôt que d'appliquer un principe général du droit ». Ass. 13 novembre 1998, *Le Déault et commune de Saint Louis* in C. Debbasch, F. Colin, *Droit administratif*, op. cité, p. 95.

<sup>566</sup> C. Landais, F. Lenica, *Le juge, la gomme et le crayon*, AJDA 2005, p. 1002.

En substituant son analyse à celle de l'administration, il permute avec elle et affirme ainsi ce qui aurait dû être sa position dans un rôle jugé parfois « révolutionnaire » en matière de recours pour excès de pouvoir<sup>567</sup>.

Enfin, le Conseil d'Etat est de plus en plus attaché à l'objet de préservation de l'intérêt général, notion pour le moins changeante<sup>568</sup>.

**Le Conseil d'Etat et le droit de la santé.** La compétence contentieuse du juge administratif n'a jamais été contestée pour les dommages dus à la mauvaise organisation et au mauvais fonctionnement du service public hospitalier<sup>569</sup>.

La question fut en revanche débattue pour les fautes médicales des médecins ou chirurgiens hospitaliers dans le cadre de ce service public<sup>570</sup> ; le juge judiciaire estimait qu'elles se détachaient du service du fait de l'indépendance professionnelle des médecins<sup>571</sup>. Depuis deux décisions importantes du Tribunal des conflits du 25 mars 1997,<sup>572</sup> la problématique a été tranchée au profit du juge administratif. Nous savons désormais que les juridictions administratives sont compétentes pour connaître le contentieux relatif à la responsabilité des médecins hospitaliers publics, sauf dans le cadre de leur activité libérale.

Il ne faut pas oublier que la responsabilité de la puissance publique a été reconnue plus tardivement que celle des personnes privées. Il fut un temps où « le Roi ne pouvant mal faire » ; le principe même de la responsabilité de la puissance publique n'était pas envisageable.

Depuis, il est largement entendu qu'une responsabilité peut être invoquée lorsque l'administration cause un dommage qui occasionne un préjudice.

Le préjudice est un élément ancien dans la jurisprudence administrative. On sait qu'il doit être direct<sup>573</sup> et certain<sup>574</sup>. Par ailleurs, il doit être réparable et cette dernière exigence implique des changements importants.

---

<sup>567</sup> F. Donnat et D. Casas, AJDA 2004, p. 434, note sous l'arrêt CE sect., 6 février 2004, *Mme Hallal* ; la substitution de base légale (CE, 3 décembre 2003, *Préfet de la Seine-Maritime c/ El Bahi*, Rec. p. 480 ; v. conclusions du Président Stahl).

<sup>568</sup> *Section Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes-maritimes et commune de Clans* du 29 janvier 2003 ; RFDA 2003, p. 484, concl. C. Maugué ; AJDA 2003, p. 784, note P. Sablière ; CE sect. 26 février 2003 ; AJDA 2003, p. 729, chron. F. Donnat et D. Casas.

<sup>569</sup> TC. 29 février 1908, *Feutry*, Rec. CE, p. 208, concl. Teissier, S. 1908. 3. 97, concl. Teissier, note M. Hauriou, DP 1908. III. 49, concl. Teissier, RD publ. 1908. 266, note G. Jèze ; CE 24 juin 1921, *Lupiac*, Rec. CE, p. 632 ; sect., 27 janvier 1933, de Bony, Rec. CE, p. 135 ; 2 janvier 1935, *Grand Claude*, Rec. p. 8..

<sup>570</sup> CE, sect., 8 novembre 1935, *Dame Vion épouse Loiseau et dame Philipponneau*, 2 esp., Rec. CE, p. 1019, S. 1936. 3. 127, DP 1936. III. 15, note A. Heilbronner.

<sup>571</sup> Paris, 20 avril 1953, *Épx Dobosz c/ Dr Hartglas*, S. 1953.2. 169, D. 1953. 394, JCP 1953. II. 7663, note R. Savatier ; Cass. civ. 9 octobre 1956, AJDA 1957. 153 ; 15 janvier 1957, 2 esp., Bull. civ. I, n°24 et 25, D. 1957. 161, JCP 1957. II. 9827, note R. Savatier.

<sup>572</sup> TC 25 mars 1957, *Chilloux et Isaad Slimane*, 2 esp., Rec. CE, p. 816, S. 1957.196. concl. J. Chardeau, D. 1957. 395, concl. J. Chardeau, AJDA 1957. 187, chron. J. Fournier et G. Braibant, Rev. adm. 1957. 247, note G. Liet-Veaux.

<sup>573</sup> CE, 22 mars 1957 *Jeannier*, Rec. p. 196.

<sup>574</sup> CE, 22 janvier 1986 *Delle G*, AJDA 1986 p. 947 à propos des concours et examens.

C'est ainsi que la notion de préjudice fut élargie aux souffrances physiques<sup>575</sup> et aux souffrances morales<sup>576</sup>. A l'inverse, la naissance d'un enfant handicapé n'est pas, en tant que tel, un préjudice de nature à ouvrir à la mère un droit à réparation<sup>577</sup>.

Le fait qu'un préjudice soit réparable ou non dépend souvent de conceptions éthiques, parfois de problématiques de santé publique<sup>578</sup>.

« Le champ des préjudices considérés comme réparables a été de plus en plus étendu, tout comme la notion de préjudice personnel et certain ; ce qui implique aussi une plus grande tolérance dans l'intensité de ce préjudice. Toutefois, celui-ci doit être quantifié, en matière de souffrances physiques de légères à très importantes, il doit être de « nature à ouvrir droit à réparation »<sup>579</sup>.

**La responsabilité du service public hospitalier.** En droit administratif, on parle de responsabilité du service public hospitalier. Le service public est une notion importante du droit public comme mise en œuvre de l'action de l'administration. Ce sont des activités visant à satisfaire l'intérêt général.

En principe, le service public implique la présence d'une personne publique (critère organique) en vue d'assurer un but d'intérêt collectif (critère matériel) mais les modes de gestion se sont aujourd'hui complexifiés. Parfois, l'hôpital est lui-même son propre assureur (AP-HP, AP-HM par exemple pour les hôpitaux de Paris et de Marseille) et dispose de ce fait de son propre service juridique.

La responsabilité administrative médicale est fondée sur la faute « de nature à » même si de plus en plus de régimes de responsabilité sans faute ont vu le jour. Du point de vue théorique, les solutions du droit administratif et du droit civil sont devenues très proches, voire similaires dans certains domaines.

Ce qu'on appelle justement « le service public hospitalier » est une construction récente souvent évoquée depuis la réforme hospitalière de 1970 dont on a trop rapidement annoncé la fin<sup>580</sup>.

La jurisprudence s'intéresse depuis longtemps à l'activité hospitalière ; elle a très vite proposé une typologie des fautes susceptibles d'engager la responsabilité de ce service public<sup>581</sup>. Malgré les similitudes avec le juge civil, la responsabilité administrative médicale était conditionnée par l'existence

---

<sup>575</sup> CE, 24 avril 1942 *Morell* ; RDP 1943, p. 80.

<sup>576</sup> CE, Ass, 24 novembre 1961, *Ministre des travaux publics c/ consorts Letisserand*.

<sup>577</sup> CE, Ass, 2 juillet 1982, n°23141, *Mademoiselle R* : « Considérant que la naissance d'un enfant, même si elle survient après une intervention pratiquée sans succès, en vue de l'interruption d'une grossesse demandée dans les conditions requises aux articles L. 162-1 à L. 162-6 du code de la santé publique par une femme enceinte, n'est pas génératrice d'un préjudice de nature à ouvrir à la mère un droit à réparation par l'établissement hospitalier » ; v. aussi : CE, Ass. 2 juillet 1982, *Melle Riou*, Rec. CE, p. 266, D. 1984.425, note J.-B. d'Onario, Gazette du Palais. 1983.1, 193, note F. Moderne, AJDA 1983.206 ; D. Truchet, *Responsabilité des services hospitaliers*, Répertoire de la responsabilité de la puissance publique, Dalloz, juin 2015, 268.

<sup>578</sup> Un fabricant d'absinthe ne peut-il faire valoir un préjudice lorsque la loi a interdit cette production : CE, 29 avril 1921, *Société Premier et Henry*, Lebon 424 ; S. 1923. 3. 14, note Hauriou.

<sup>579</sup> M. Sousse, *l'évaluation du préjudice*, Travaux de l'AFDA – 6, colloques et débats, LexisNexis : Actes du colloque organisé les 7 et 8 juin 2012 par l'Association française pour la recherche en droit administratif à l'Université Toulouse 1 Capitole, Paris, 2013, 222 pages, p. 192.

<sup>580</sup> J.-L. Romanens, *Service public hospitalier : genèse d'un concept*, revue droit & santé n°53, mai 2013, pp. 276 à 289.

<sup>581</sup> CE, 8 novembre 1935, *Veuves Loiseau et Dame Philipponeau*, Rec, p. 1019 expressément repris par CE, 26 juin 1959, *Rouzet*, p. 405.

d'une faute lourde impliquant un certain degré de gravité. Pourtant, les fautes dans les actes de soin courants ne présentaient aucune difficulté particulière ; elles relevaient dans l'organisation et le fonctionnement du service public de la faute simple.

C'est dans les années 1990 que le droit de la responsabilité hospitalière a connu des avancées majeures.

Le droit administratif général est toujours un droit fondamentalement jurisprudentiel<sup>582</sup>. Il nous semble alors que, parmi les principaux chapitres du droit administratif, un seul demeure essentiellement jurisprudentiel : c'est le droit de la responsabilité administrative. Même si les régimes spéciaux se sont multipliés, les principes de base demeurent non écrits<sup>583</sup>.

Le Conseil d'Etat, dont la jurisprudence est décrite avec justesse comme « un alliage de continuité et d'évolution »<sup>584</sup> a rendu des arrêts cruciaux en droit de la santé, si ce n'est très novateurs. Comme un équilibriste, il a tenté de créer deux régimes distincts de responsabilité pour faute (A) et un régime de responsabilité sans faute (B) et joue, pour certains membres éminents de la doctrine, quasiment le rôle d'un législateur<sup>585</sup>.

Aujourd'hui, le premier régime pour faute est de droit commun et le second est dérogatoire. Par ailleurs, du fait de sa jurisprudence et de la loi, le Conseil d'Etat a considérablement rapproché ses principes de ceux du juge civil (C).

---

<sup>582</sup> F. Melleray, *Le droit administratif doit-il redevenir jurisprudentiel ?* AJDA 2005, p. 637 ; J.-M. Maillot, *La théorie administrative des principes généraux du droit. Continuité et modernité*, Paris, Dalloz, 2003, p. 503 ; v. aussi G. J. Guglielmi, *L'idée de codification dans la construction du droit administratif français au XIX<sup>e</sup> siècle, Annuaire d'histoire administrative européenne*, vol. 8, 1996 ; B. Pacteau, *La jurisprudence, une chance du droit administratif ?*, Rev. adm., numéro spécial 6-1999.

<sup>583</sup> V. toutefois : C. Bréchon-Moulènes, *Les régimes législatifs de responsabilité publique*, Paris, LGDJ, 1974, p. 489 ; M. Paillet, *Existe-t-il une responsabilité de droit commun ?* in « Vers de nouvelles normes en droit de la responsabilité publique ? », Les colloques du Sénat, 2002, p. 89.

<sup>584</sup> M. Puget, p. 110 in *Le Conseil d'Etat, Livre jubilaire publié pour commémorer son cent cinquantième anniversaire. 4 Nivôse an VIII, 24 décembre 1949*, Paris, Recueil Sirey, 1952, 693 p, M. Puget.

<sup>585</sup> P. Jestaz, *Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à un autre*, RTD Civ. 1996, p. 306 : « Dès la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, le Conseil d'Etat, qui s'est affirmé comme juridiction administrative, s'autorise de la spécificité du procès administratif pour s'affranchir des règles du code civil. Il invente le droit administratif en jouant quasiment le rôle d'un législateur ».

## A / Une responsabilité pour faute : de la faute lourde à la faute simple

La responsabilité hospitalière a été reconnue depuis longtemps par le Conseil d'Etat. Cette responsabilité concerne d'une part les dommages causés par un défaut d'organisation ou de fonctionnement de l'hôpital et d'autre part, les dommages causés par un acte médical.

Une distinction fondamentale a été longtemps maintenue ; lorsque la faute concernait l'organisation et le fonctionnement de l'hôpital, une faute simple suffisait à engager la responsabilité hospitalière<sup>586</sup>.

A l'inverse, si la faute découlait d'un acte médical, le juge imposait alors au requérant de prouver l'existence d'une faute lourde<sup>587</sup>.

Par deux arrêts datés du 8 novembre 1935, le Conseil d'Etat a affirmé que la responsabilité de l'administration est engagée par une faute quelconque des agents du service administratif d'un hôpital (2<sup>ème</sup> espèce) et seulement par la faute lourde du service médical (1<sup>ère</sup> espèce).

Dans la seconde espèce<sup>588</sup>, le Conseil d'Etat soutient que « l'intéressée ne justifie pas, d'une part, d'une faute commise par des agents du service administratif de l'hôpital, et que, d'autre part, elle n'établit pas à la charge du service médical l'existence d'une faute lourde dans le traitement dont elle a été l'objet ».

La haute juridiction précise dans la première espèce<sup>589</sup> que « la responsabilité des Hospices ne pourrait être engagée qu'au cas où une faute lourde aurait été commise par le chirurgien ou l'interne opérant sous sa direction ». Compte tenu de l'imprécision qui caractérise la médecine, la juge ne s'est pas risqué à reconnaître une responsabilité pour faute simple pour les actes médicaux.

Les magistrats n'ont jamais utilisé le terme de faute simple car elle concerne simplement celles qui ne sont pas qualifiées comme lourdes.

Le juge a bien conscience que les activités de l'administration ne présentent pas les mêmes difficultés, c'est la raison pour laquelle la dichotomie entre la faute simple et la faute lourde fut un outil pertinent pour maîtriser l'intensité de la responsabilité.

D'ailleurs, en matière de santé, le juge s'est lancé dans une distinction au sein de la faute lourde pour le moins hasardeuse évoquant une faute manifeste et d'une particulière gravité pour les dommages causés aux aliénés dans les asiles<sup>590</sup> ou, dans les arrêts Loiseau et Philipponeau précités, simplement une faute lourde.

---

<sup>586</sup> CE, 7 avril 1967, *Centre hospitalier régional d'Orléans c/ Fichon*, Lebon. 300.

<sup>587</sup> CE, 28 décembre 1971, *Centre hospitalier de Reims*, Lebon. 418.

<sup>588</sup> CE, 8 novembre 1935, *Dame Philipponeau*, DP. 1936. III. 17.

<sup>589</sup> CE, 8 novembre 1935, *Dame Veuve Loiseau*, DP. 1936. III. 17.

<sup>590</sup> CE, 12 avril 1924, *Ludemann*, Rec. p. 409 ; CE, 27 octobre 1933, *Veuve Guillaumie*, Rec. p. 974.

L'activité médicale figurait ainsi dans les domaines traditionnels où la faute lourde était nécessaire comme les activités de surveillance de police aux frontières<sup>591</sup>, les activités de surveillance ou de contrôle<sup>592</sup> ou les activités fiscales de l'administration<sup>593</sup>. Pourtant, ce régime de la faute lourde montrait rapidement ses limites et semblait inéluctablement sur le déclin (a).

Le juge administratif a proposé une grille de lecture plus moderne basée sur la faute de nature à engager le service public hospitalier et la faute dans l'organisation et le fonctionnement du service public (b).

Depuis, le juge administratif s'est rapproché du juge judiciaire dans sa pratique. En toute hypothèse, la loi a simplement précisé que les professionnels de santé sont responsables en cas de faute. A ce titre, cette grille de lecture ne serait-elle pas obsolète ? (c).

#### a) Le déclin annoncé de la faute lourde en matière médical

Cette exigence d'une faute lourde pour les actes médicaux pratiqués dans un hôpital ne paraissait pas satisfaisante pour au moins six raisons :

La première raison, comme l'a souligné un auditeur au Conseil d'Etat, dans sa note sous les arrêts Philipponeau et Loiseau, est « qu'il paraît bien audacieux de nier l'existence de tout lien entre le médecin et l'administration »<sup>594</sup>.

On serait plutôt enclin à soutenir que l'activité purement administrative ne se distingue guère de l'activité médicale dans la mesure où elles forment toutes deux le service public hospitalier. Le juge lui-même a largement étendu la notion d'organisation et de fonctionnement.

Ne se limitant pas seulement aux aspects administratifs de l'hôpital, la notion a été étendue à l'organisation et la préparation de l'activité médicale<sup>595</sup> et même aux actes de soins courants pouvant être exécutés sans l'intervention ou la surveillance personnelle d'un médecin<sup>596</sup> comme les piqûres, injections ou perfusions<sup>597</sup>. C'est dire si la dichotomie entre ces deux responsabilités était n'était pas loin de l'érosion.

---

<sup>591</sup> CE, 26 juin 1985, *Mme Garagnon*, Rec. p. 209.

<sup>592</sup> CE, 21 juin 2000, *Ministre de l'équipement c/ commune de Roquebrune-Cap-Martin*, n°202058.

<sup>593</sup> CE, 29 décembre 1997, *Commune d'Arcueil*, n°151472 abandonné par CE, 21 mars 2011, *Krupa*, n°306225.

<sup>594</sup> A. Heilbronner, DP. 1936. III. 16.

<sup>595</sup> Absence de personnel médical nécessaire : CE, 7 avril 1967, *Centre hospitalier régional d'Orléans c.Fichn*, Rec. 300.

<sup>596</sup> CE Sect. 26 juin 1959, *Rouzet*, Rec. 405.

<sup>597</sup> CE, 9 janvier 1980, *Mme Martins*, Rec. 4.

La seconde raison réside dans le fait que cette exigence n'est pas du tout favorable aux victimes et, dans une certaine mesure, aux professionnels de santé.

Pour les victimes, il est difficile d'apporter la preuve d'une faute lourde dans la mesure où des petites négligences peuvent donner lieu à des préjudices importants. Cette contrainte peut nourrir chez les justiciables un sentiment d'injustice, voire de défiance vis-à-vis du juge administratif.

Quant aux professionnels de santé, le fait d'être condamné pour une faute lourde implique une terminologie assez accablante qui, sur le plan moral, ne peut laisser indifférent.

La troisième raison provient du manque de clarté entourant la notion de faute lourde. On ne savait pas tout à fait ce que le juge entendait par une faute lourde en matière médicale.

Est-ce une inaction fautive qui a conduit à la mort du patient<sup>598</sup> ? ; quid d'une négligence grave de diagnostic<sup>599</sup> ? Son champ est-il circonscrit aux actes complexes<sup>600</sup> ?

Le juge ne paraissait pas très à l'aise avec la notion de faute lourde qu'il avait du mal à contenir. Par exemple, il jugea que la gravité importante des conséquences d'une intervention bénigne révélait une faute dans l'organisation et le fonctionnement du service<sup>601</sup>.

Il s'essaya au jeu des présomptions chaque fois que l'acte médical aboutissait à des conséquences anormales<sup>602</sup>. Il associa des soins préparatoires fautives à une faute dans le fonctionnement du service<sup>603</sup>. Il réprima un examen médical dangereux et inutile<sup>604</sup>.

Parallèlement, le Conseil d'Etat appliquait d'une manière de plus en plus souple le régime de la faute lourde. Ce régime concernait des erreurs graves de diagnostic<sup>605</sup> ; des maladroites de médecins intervenant hors de toute urgence<sup>606</sup> ; des dommages suites à des interventions ne présentant aucun risque particulier<sup>607</sup> ; d'un manque de précaution nécessaire avant de laisser sortir un malade<sup>608</sup>.

Le juge administratif a par ailleurs été soumis à des situations particulièrement difficiles où le maintien de l'exigence d'une faute lourde eut semblé particulièrement révoltant. C'est le cas des dommages issus des vaccinations obligatoires alors qu'aucune faute n'apparaissait clairement<sup>609</sup>.

---

<sup>598</sup> CE, 15 mars 1974, *Centre Psychiatrique Saint Anne*, n°89320.

<sup>599</sup> CE, 6 mai 1988, *Administration générale de l'Assistance publique à Paris c. Consorts Leone*, rec. 186.

<sup>600</sup> CE, 26 juin 1959, *Rouzet*, rec. 405.

<sup>601</sup> CE Ass. 7 mars 1958, *Secrétaire d'Etat à la santé publique c. Dejous*, rec. 153.

<sup>602</sup> CE, 23 février 1962, *Meier*, Rec. CE, p. 122.

<sup>603</sup> CE, 31 octobre 1990, *Epoux Pelletier et service central des mutuelles G.I.E.*, rec. 975.

<sup>604</sup> CE, 26 juillet 1985, *Centre hospitalier de Rennes c. époux Lahier*, rec. 257.

<sup>605</sup> CE, 17 janvier 1986, *Clamens*, rec. 706.

<sup>606</sup> CE, 18 février 1987, *Mme Juyou*, rec. 934.

<sup>607</sup> CE, 4 mars 1988, *Mme P.*, rec. 109.

<sup>608</sup> CE, 8 décembre 1989, *Mme Caro*, rec. 911.

<sup>609</sup> CE, 9 avril 1993, *Lastrojoli*, n°138653, rec. p. 506, J. Meric, sur CE, 13 juillet 1962 *Lastrojoli*, RD. publ, 1962, p. 975 ; v. CAA, Lyon, 21 décembre 1990, *Consorts Gomez*, rec. 498.

La faute lourde ayant été réduite à peau de chagrin eu égard au dévoiement de son application, le célèbre arrêt Epoux V s'inscrivait parfaitement dans la logique générale des arrêts de la fin des années 90.

Pendant longtemps « le juge n'a pas voulu abolir en matière médicale la distinction faute lourde/faute simple. Alors, il a qualifié de lourdes des fautes qui en d'autres temps auraient été qualifiées de simples »<sup>610</sup>. Comme en matière de responsabilité médicale civile, les positions des juges du fond laissaient présager les évolutions à venir.

Les juges appliquaient de manière particulièrement large la notion de faute dans l'organisation du service : sur un défaut de surveillance médicale notamment après une injection<sup>611</sup> ; sur un défaut de fonctionnement du matériel médical<sup>612</sup> ; sur un retard d'intervention<sup>613</sup> ; sur l'absence de personnel.

La Cour administrative d'appel de Nancy a même estimé que l'absence d'un anesthésiste sur place alors même que la réglementation autorisait les médecins à effectuer leur garde à domicile constituait une faute<sup>614</sup>. On constate ici combien les juges avaient déjà avancé la faute simple dans le champ de l'acte médical lui-même tout en respectant la jurisprudence de la haute juridiction. Ils savaient pertinemment que n'importe quel acte médical pouvait intrinsèquement être rattaché au service ; une faute médicale dans le cadre du service faisait figure de tautologie.

La quatrième raison est que l'hôpital public a joué un rôle de plus en plus important. Les actes médicaux et chirurgicaux se sont banalisés et sont de plus en plus sophistiqués de sorte que la faute lourde allait implorer d'elle-même à mesure que le juge allait être sollicité.

« Saisi de pourvois plus nombreux et mieux étayés, le juge administratif a été conduit à rechercher plus précisément les causes possibles d'engagement de la responsabilité de l'hôpital (...). Et l'exigence de la faute lourde, maintenue jusqu'à ce jour dans son principe, s'est trouvée à la fois restreinte dans son domaine d'application et privée de son caractère théoriquement exceptionnel » soulevait justement le conseiller Legal<sup>615</sup>.

---

<sup>610</sup> R. Schwartz, *La responsabilité hospitalière et le juge administratif : une remarquable évolution*, Gazette du Palais, 3 octobre 1991, p. 529.

<sup>611</sup> TA Starsbourg, 10 mars 1987, *Belaadi*, rec. 933.

<sup>612</sup> CAA, Bordeaux, 9 mai 1989, *Centre hospitalier de Castelnaudary*, Rec. p. 929 ; CAA, Bordeaux, 6 mars 1990, *Centre hospitalier de Brive*, rec. 974.

<sup>613</sup> CAA, Paris, 13 juin 1989, *Consorts Lahouel*, Rec. p. 9099 ; CAA, Lyon, 29 mai 1990, *Consorts Guermonprez*, Rec. p. 974 ; CAA, Nantes, 24 mai 1989, *Centre hospitalier de Châteaubriant c. époux Gilet*, Rec. p. 910 ; CAA, Paris, 29 mai 1990, *Centre hospitalier Général de Saint-Denis*, rec. 975.

<sup>614</sup> CAA, Nancy, 22 février 1989, *Centre hospitalier régional d'Orléans c. Fichon*, rec. 300.

<sup>615</sup> H. Legal, RFDA 1992, p. 571 sur CE, Ass. 10 avril 1992, *M et Mme V*, rec. 171.

La cinquième raison a trait au contentieux administratif : la faute lourde reculait dans la plupart de ses domaines traditionnels.

On peut citer les mesures juridiques de police administrative qui ne présentaient pas de difficultés particulières<sup>616</sup> même quand ces mesures étaient matérielles<sup>617</sup> ou encore en matière de secours d'urgence<sup>618</sup>.

« L'étiollement de la faute lourde est aussi une caractéristique de la jurisprudence administrative au XX<sup>e</sup> siècle » analyse à raison Jacques Krynen<sup>619</sup>. Le Professeur Chapus résume avec justesse que « l'histoire de la faute lourde est celle de son recul »<sup>620</sup>.

Il y a une sixième raison, peu avancée mais qui nous semble prépondérante : le juge judiciaire ne s'est jamais aventuré sur le terrain de la faute lourde en matière médicale. Cela révélait une inégalité latente entre les victimes d'un acte médical en milieu privé ou public.

C'est pour toutes ces raisons que le plus emblématique arrêt de la responsabilité administrative médicale rendu en assemblée<sup>621</sup> était pour le moins prévisible et, à cet égard, fort tardif. L'arrêt en lui-même n'abandonnait pas la faute lourde au profit de la faute simple comme on le résume d'une manière un peu simpliste. Tout en abandonnant la faute lourde, il proposait une grille de lecture de la faute plus subtile.

#### b) La nouvelle grille de lecture du juge administratif : une conception dualiste de la faute

Le régime de la faute lourde a été abandonné en 1992 dans un arrêt déterminant pour la responsabilité administrative médicale.

***La portée essentielle de l'arrêt Epoux V : vers une nouvelle conception de la faute.*** En l'espèce, Madame V fut victime d'une série de complications médicales ayant entraîné une chute de la tension artérielle, un arrêt cardiaque et une hémiplégie gauche (paralysie d'un membre) à la suite d'un accouchement par césarienne sous anesthésie péridurale dans un hôpital public.

Elle demeura atteinte d'importants troubles neurologiques et physiques provoqués par l'anoxie cérébrale consécutive à l'arrêt cardiaque survenu au cours de l'intervention. Il résultait de l'instruction et des expertises « que la césarienne pratiquée sur Mme V. présentait en raison de l'existence d'un placenta

---

<sup>616</sup> Ass. 13 février 1942, *Ville de Dôle*, rec. 48.

<sup>617</sup> CE, sect. 23 mai 1958, *Consorts Amoudruz*, rec. 301.

<sup>618</sup> CE, 20 juin 1997, *Theux*, n°139495 ; CE, 13 mars 1998, *Améon*, n°89370 ; CE, 29 avril 1998, *Commune de Hannapes*, n°164012, rec. 185.

<sup>619</sup> J. Krynen, *L'emprise contemporaine des juges : l'Etat de justice en France, XIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*, T. 2, Paris, Editions Gallimard, Bibliothèque des histoires, NRF, Roto Impression, 2010, 432 pages, p. 266.

<sup>620</sup> R. Chapus, *Droit administratif général*, T.1, n°1261, 10<sup>e</sup> éd, Paris, Montchrestien.

<sup>621</sup> CE, 10 avril 1992, *Epoux V*. Rec. Leb. p. 171, concl. H. Legal RFDA 1992. 571 ; D. 1993. SC. 146, obs. Bon et Terneyre ; JCP 1992. II. 21881, note Moreau ; Les Petites Affiches, 3 juillet 1992, note Haïm.

prævia décelé par une échographie, un risque connu d'hémorragie pouvant entraîner une hypotension et une chute du débit cardiaque »<sup>622</sup>.

Le tribunal administratif de Rouen, conformément à la jurisprudence du Conseil d'Etat, n'a pas estimé que cette série fautive de problèmes médicaux était constitutive d'une faute lourde. A l'inverse, pour le Conseil d'Etat, « les erreurs ainsi commises...constituent une faute médicale de nature à engager la responsabilité de l'hôpital » substituant à la distinction faute simple/faute lourde, la notion de faute médicale de nature à engager la responsabilité de l'hôpital.

Madame V a été victime d'une succession d'erreurs qui, de manière isolée, ne pouvait être associée à une faute lourde. C'est ce que constate le conseiller Hubert Legal dans ses conclusions : « cet enchaînement de faits ne permet pas d'isoler un geste ou une décision qui soit massivement et évidemment fautif. Si faute il y a, elle résulte de l'enchaînement d'une série d'imprudences, d'imprévisions et d'erreurs d'ordre médical agissant par leur effet conjugué »<sup>623</sup>.

Une erreur n'est pas toujours fautive, il ne s'agit « ni de transformer l'obligation de moyens en obligation de résultat ni d'assimiler la faute médicale à d'autres fautes » comme il est précisé dans lesdites conclusions.

Les conclusions du conseiller Legal sont très intéressantes car, en plus d'être particulièrement claires et bien rédigées, elles sont très pédagogiques.

C'est avec précaution qu'il annonce au Conseil que « si vous adoptez le critère de la faute médicale, il nous semble qu'à l'avenir la jurisprudence n'aura pas à s'écarter beaucoup de ce qui est aujourd'hui sa tendance principale pour délimiter le domaine de l'erreur non fautive. Au plan pratique, ce changement devrait surtout permettre d'éliminer certaines anomalies sans nécessairement imposer une augmentation très significative du nombre des condamnations infligées aux établissements »<sup>624</sup>.

**Une évolution attendue.** Le conseiller rappelait avec justesse que cette évolution était logique car elle se dessinait en filigrane dans la jurisprudence antérieure.

Il s'agissait alors d'entériner un cycle pour mettre un terme à un « certain encombrement conceptuel »<sup>625</sup>. La décision ne surprend pas la doctrine qui y voit le signe « du déclin apparemment inexorable de la faute lourde comme condition de la responsabilité civile de l'Administration (...) » car son évolution récente « était marquée par le souci d'identifier plus fréquemment qu'auparavant des fautes lourdes »<sup>626</sup> jusqu'à ce qu'elle ne puisse plus fondamentalement se distinguer de la faute de « nature à ».

---

<sup>622</sup> CE, 10 avril 1992, *Epoux V*, rec. 171.

<sup>623</sup> H. Legal, RFDA 1992, p. 571.

<sup>624</sup> H. Legal, RFDA 1992, p. 571.

<sup>625</sup> H. Legal dans ses conclusions sur CE, Ass., 10 avril 1992, *Epoux V*, RFDA 1992, p. 571.

<sup>626</sup> D. 1993. SC.146, obs. Bon et Terneyre.

Le Professeur Jacques Moreau remarquait qu'il y avait des alternatives à l'abandon de la faute lourde mais que les circonstances de l'espèce étaient favorables. Il précise ce qu'il faut entendre dans la notion de faute médicale de nature à... : « il s'agit, en premier lieu, d'une faute « simple » ou « légère », mais qui ne devrait rien perdre de la spécificité de son objet. (...) Pour qu'elle soit constituée, la victime devra établir qu'elle reflète une erreur dans le diagnostic posé ou dans la thérapeutique mise en œuvre ; le professionnel qui en est l'auteur aurait agi sans la prudence ou la diligence normalement requise »<sup>627</sup>. Une telle définition n'est d'ailleurs pas sans rappeler la faute civile et le considérant de l'arrêt Mercier imposant des soins consciencieux et attentifs.

La doctrine publiciste semblait se résoudre à ce nouveau paradigme mais sans le saluer pour autant. Pourtant, le médecin est naturellement tenu, comme en droit civil, d'une obligation de moyens ; la faute doit être appréciée *in concreto*.

C'est ce qui ressort très nettement d'un autre arrêt du Conseil d'Etat. Ce dernier revient sur un arrêt de la Cour administrative d'appel de Nancy<sup>628</sup> qui ne fit pas application de la jurisprudence Epoux V. Pour le Conseil d'Etat, elle a ainsi « méconnu les règles qui régissent en la matière l'engagement de la responsabilité des personnes publiques »<sup>629</sup>. Ici, le Conseil d'Etat règle l'affaire au fond en veillant à bien qualifier une double-faute de maladresse et d'inattention de la part du chirurgien<sup>630</sup>.

Il apparaît alors tout à fait justifié, comme le suggère le Professeur Chapus de penser « qu'il ne faut pas croire que le diagnostic (si on peut dire) de la « faute médicale », sera, en règle générale, aussi facile que peut l'être celui de la faute dans l'organisation ou le fonctionnement du service.

Il reste qu'entre l'exigence d'une faute lourde et celle d'une faute simple caractérisée, il y a une distance. Ainsi, « à l'effet heureux sur l'opinion publique produit par le changement de vocabulaire, s'ajoutera certainement une plus fréquente satisfaction donnée aux victimes »<sup>631</sup>.

Les juridictions administratives veillent ainsi à bien caractériser la faute de nature à qui révèle un manquement net aux règles de l'art<sup>632</sup>.

---

<sup>627</sup> J. Moreau, JCP. 1992. II. 21881-21882.

<sup>628</sup> N°89NC00842.

<sup>629</sup> CE, 27 juin 1997, *Mme Guyot*, rec. 267 ; D. 1999. SC. 49, obs. Bon et Béchillon.

<sup>630</sup> « Considérant qu'il ressort des pièces du dossier, et notamment du rapport de l'expert commis par le tribunal administratif, que la fistule vésico-vaginale dont a souffert Mme X... a été provoquée par une déchirure de la paroi vésicale survenue au cours de l'hystérectomie pratiquée le 20 janvier 1984 pour une lésion intérieure bénigne ; qu'ainsi, quel qu'ait été l'état général de Mme X..., une telle déchirure constitue une maladresse dans l'exécution d'une intervention couramment pratiquée ; qu'en outre, le fait que le chirurgien n'a pas constaté la déchirure de la paroi vésicale est constitutif d'une faute d'inattention de sa part ; que, dans ces conditions, le centre hospitalier a commis une faute de nature à engager sa responsabilité ». Ibid.

<sup>631</sup> R. Chapus, *Droit administratif général*, 12<sup>e</sup> éd, Paris, Montchrestien, 1998, p. 1201.

<sup>632</sup> CAA, Bordeaux, 8 juillet 1992, *Carre*, Rec. 1291 ; CAA, Nancy, 10 avril 1997, *Epoux Rouillard*, Petites affiches, 8 juin 1998, n°68, p.13, note P. T.

**Une jurisprudence généralisée.** Ce régime de la faute simple a été étendu aux services d'aide médicale d'urgence (SAMU ou SMUR)<sup>633</sup>.

Ils se « situent aux confins du droit de la police (puisqu'il s'agit de services de secours) et du droit hospitalier (puisqu'il s'agit de services médicaux) » ; « missions délicates » où la jurisprudence exige traditionnellement la faute lourde<sup>634</sup>.

Le CE constate dans un arrêt d'espèce « qu'en égard aux conditions météorologiques et de visibilité existant le jour de l'accident, la décision de renoncer au transport du malade par hélicoptère n'a pas constitué une faute de nature à engager la responsabilité du centre hospitalier ».

Conformément aux conclusions de son commissaire du gouvernement, la Haute Juridiction analyse ainsi l'arrêt à l'aune de la faute de nature à engager la responsabilité du centre hospitalier. Elle ne le fait pas sur le terrain de la faute lourde comme l'avait suggéré la cour administrative d'appel de Bordeaux tout en observant que les conditions de la faute de nature à sont pas réunies.

Le conseiller Jacques-Henri Stahl désignait dans ses conclusions le régime de faute lourde « comme un héritage édulcoré d'un ancien principe d'irresponsabilité de la puissance publique »<sup>635</sup> (...) « perçu par les justiciables comme une limitation injustifiée de la responsabilité des personnes publiques »<sup>636</sup>.

Il invitait les juges à abandonner le régime de la faute lourde pour ces activités.

Il précisait que « pour déterminer si une faute simple a été commise dans l'organisation ou dans l'exécution des secours », il faut « prendre en considération la difficulté intrinsèque de l'opération et les contraintes, notamment l'urgence, auxquelles le service de secours a été confronté. Comme pour toute qualification de faute, il ne s'agit pas d'une démarche abstraite, mais d'un examen *in concreto*, précis et exigeant (...) »<sup>637</sup>.

**Une portée pratique limitée ?** Depuis, certains auteurs ont regretté que la seule constatation d'une erreur ne puisse automatiquement être une faute de nature à engager la responsabilité hospitalière.

Alix Toublanc constate que « la comparaison des jurisprudences antérieures et postérieures à l'arrêt Epoux V révèle que le passage à la faute simple pour les actes médicaux en matière de responsabilité hospitalière n'a eu que des incidences modestes, dont seules les victimes d'erreurs de diagnostic semblent vraiment bénéficier. En réalité, si la faute a bien changé de qualification, ses critères de détermination sont restés les mêmes et témoignent de la recherche par le juge d'un certain seuil de gravité eu égard à la difficulté de l'activité en cause »<sup>638</sup>.

---

<sup>633</sup> CE sect. 20 juin 1997, *Theux*, Rec. 254, concl. Stahl ; RFDA 1998. 82, concl. Stahl.

<sup>634</sup> D. 1999. 47 obs. Bon et Béchillon.

<sup>635</sup> RFDA, 1998, p. 85.

<sup>636</sup> Ibid. p. 86.

<sup>637</sup> Ibid. p. 87.

<sup>638</sup> A. Toublanc, *De la prétendue disparition de la faute lourde en matière de responsabilité médicale*, AJDA 2004. 1173.

Sur ce point, le conseiller Hubert Legal affirmait bien dans ses conclusions sur l'arrêt Epoux V que la faute médicale devait rester une faute spécifique eu égard aux difficultés de l'activité en cause.

Pour étayer son affirmation, Alix Toublanc donne un certain nombre d'exemples qui limite la portée de ce revirement de jurisprudence<sup>639</sup>.

Il conclut que « non seulement les critères de la faute n'ont pas changé depuis l'arrêt Epoux V., mais que, de plus, ils tendent à être des critères de faute lourde. (...) Le juge continue d'ailleurs toujours à rechercher dans un premier temps si les conséquences dommageables sont imputables à un acte médical ou à l'organisation et au fonctionnement du service »<sup>640</sup>.

Ce faisant, le juge administratif aurait contribué à l'émergence d'une catégorie intermédiaire entre la faute simple et l'ancienne faute lourde<sup>641</sup>. C'est un constat que nous pourrions partager : la faute dite simple n'a jamais figuré dans un arrêt du Conseil d'Etat. La seule alternative proposée à la faute lourde était la faute de nature à engager la responsabilité de l'administration.

Les juristes, naturellement attachés aux mots et aux qualifications qui s'y rattachent, savent pertinemment que cette dernière n'est pas une faute simple mais plutôt une faute qualifiée comme l'avait suggéré le conseiller Jean Romieu dans ses conclusions sur l'affaire Tomaso Grecco.

Nous pouvons penser que c'est une façon subtile pour le juge administratif de se démarquer du juge judiciaire à travers une terminologie différente qui lui permet de procéder à ses propres interprétations selon les cas qui se présentent à lui.

La jurisprudence distingue en effet deux grands types de faute : celle dans l'organisation et le fonctionnement du service et la faute médicale à proprement dite de nature à engager la responsabilité du service public hospitalier.

---

<sup>639</sup> « Cette spécificité de la faute médicale, qui signifie implicitement que même la simple faute n'est reconnue qu'au-delà d'un certain seuil de gravité, apparaît de manière manifeste dans le domaine du choix thérapeutique. (CE 16 juin 1995, *M. Amarelis*, req. n° 143741). Il y a même là une sorte de recul par rapport à l'arrêt du Conseil d'Etat du 26 mai 1989, *CHU d'Amiens c/ M<sup>me</sup> Trancart* (req. n° 59636), qui avait reconnu une faute lourde dans le choix d'une méthode risquée. Le juge a également refusé de considérer comme fautif le refus du médecin de pratiquer une césarienne alors même que la sage-femme lui avait fait part de signes présageant un gros enfant à naître (CE 30 juin 1999, *CHR d'Aix-les-Bains*, req. n° 185123) ». *ibid.*

<sup>640</sup> *Ibid.*

<sup>641</sup> S. Fournel, *Le particularisme de la faute médicale de nature à engager la responsabilité de l'administration*, Gazette du Palais, 1998, p. 331.

On trouve dans la première famille de fautes, des défaillances administratives<sup>642</sup> ; des retards d'admission, d'examen ou de soins<sup>643</sup> ; des défauts de surveillance des malades<sup>644</sup>. Dans la seconde famille, on trouve couramment des erreurs de diagnostic, le plus souvent dans la façon dont il a été mené<sup>645</sup> ; des mauvais choix thérapeutiques ou des fautes dans l'exécution du traitement ou de l'opération<sup>646</sup>.

Ces critiques vis-à-vis de cette dichotomie des fautes nous amène à penser que cette grille de lecture paraît surannée compte tenu des évolutions récentes de la responsabilité médicale.

### c) Une grille de lecture surannée ?

La pratique moderne du contentieux de la responsabilité médicale montre que cette grille de lecture peut être dépassée. Elle se rapproche de plus en plus du juge judiciaire qui lui fait fi de telles distinctions.

Malgré la permanence de la dichotomie faute dans l'organisation et le fonctionnement du service<sup>647</sup> et faute médicale à proprement dite de nature à<sup>648</sup> engager la responsabilité du service public hospitalier, le juge administratif n'est pas plus sévère que son homologue judiciaire à admettre la responsabilité médicale.

Parfois, il emploie simplement la terminologie de faute et de règles de l'art comme le ferait le juge judiciaire<sup>649</sup>.

Le Conseil d'Etat constate dans un arrêt que la cour administrative d'appel a estimé que « le praticien n'avait ni méconnu les règles de l'art, ni commis aucune faute ; que, ce faisant, la cour n'a pas inexactement qualifié les faits qui lui étaient soumis »<sup>650</sup>. Il admet par ailleurs qu'un retard d'une heure puisse être constitutif d'une faute<sup>651</sup>, notamment en matière de diagnostic<sup>652</sup>.

---

<sup>642</sup> CAA Lyon, 18 novembre 2003, *Epoux Y*, JCP 2004. II. 10152, concl. E. Kolbert.

<sup>643</sup> CE, 16 novembre 1998, *Mlle Reynier*, n°178585, rec. 421.

<sup>644</sup> CAA Paris, 23 avril 2002, *Melle Louail*, n°98PA01027, RFD. adm. 2002. 846.

<sup>645</sup> CE, 22 novembre 1967, *Ciabrini*, rec. 439 ; CAA, Paris, 24 mars 1998, *AP Paris c/Tossou*, Dr. adm. 1998, n°92.

<sup>646</sup> CE, 9 mars 1988, *Mme Pecke*, rec. 110 ; D. 1989, somm. comm. 122, obs F. Moderne et P. Bon..

<sup>647</sup> Sur la nécessité pour la sage-femme de faire appel à un médecin en cas d'accouchement dystocique : CAA, Bordeaux, 3 juin 2014, *Mlle A*, n°13BX0029 ; CAA, Versailles, 3 avril 2007, *Mme X*, n°04VE01378 ; CAA, Bordeaux, 15 janvier 2008, *centre hospitalier d'Agen*, n°05BX01753 ; CAA, Marseille, 2<sup>e</sup>. ch., 19 juin 2014, n° 13MA04142 .

<sup>648</sup> CE, 18 juillet 2011, n°328881, 5<sup>ème</sup> sous-section ; ou en matière de retard de diagnostic : CE, 27 novembre 2015, n° 378266 : « Les examens pratiqués par le centre hospitalier de Sens sur Mme A au cours de sa grossesse étaient imprécis et incomplets ; qu'elle a pu en déduire, sans commettre d'erreur de qualification juridique, que ces négligences dans le suivi de la grossesse constituaient une faute de nature à engager la responsabilité du centre hospitalier de Sens ».

<sup>649</sup> CAA, Lyon, 12 janvier 2012, n°11LY00747 évoque « la faute commise par le centre hospitalier ».

<sup>650</sup> CE, 21 octobre 2009, n°314759.

<sup>651</sup> CE, 26 mai 2010, n°306354 : « que le retard d'une heure à appeler l'obstétricien constitue une faute dans l'organisation et le fonctionnement du service public hospitalier ».

<sup>652</sup> CE, 5 mai 2014, n°357802.

Par ailleurs, l'association de différentes erreurs non fautives peut, en formant un tout, être considérée comme une faute médicale<sup>653</sup>. Le respect de l'obligation d'informer le patient<sup>654</sup> implique la recherche d'une faute simple. Et ce quand bien même il aurait quitté l'hôpital, sauf impossibilité de le prévenir, lorsqu'un nouveau risque le concernant était établi<sup>655</sup>.

En matière de perte de chance, le juge administratif recherche simplement s'il existe une faute ayant fait perdre au patient une chance d'éviter le dommage<sup>656</sup>.

C'est ainsi que procèdent les juges du fond : « considérant que dans le cas où la faute commise lors de la prise en charge ou le traitement d'un patient dans un établissement public hospitalier a compromis ses chances d'obtenir une amélioration de son état de santé ou d'échapper à son aggravation, le préjudice résultant directement de la faute commise par l'établissement et qui doit être intégralement réparé n'est pas le dommage corporel constaté, mais la perte de chance d'éviter que ce dommage soit advenu »<sup>657</sup>.

Comme en droit de la responsabilité civile, le lien de causalité est d'une importance capitale, le seul fait que le dossier obstétrical «comporte plusieurs lacunes et était tenu de façon désordonnée, cette circonstance n'est pas de nature à engager la responsabilité du service public hospitalier dès lors qu'elle n'a pas eu d'incidence significative sur le déroulement de la surveillance post-opératoire et que le préjudice dont la requérante demande réparation est sans rapport avec lesdits manquements »<sup>658</sup>.

Le juge administratif assure comme son homologue<sup>659</sup> un équilibre entre la faute et l'aléa thérapeutique<sup>660</sup>.

Parfois, les juges du fond se sentent obligés de préciser que la faute avancée n'est ni une faute de nature à engager la responsabilité du centre hospitalier et ne constitue pas davantage une faute dans l'organisation ou le fonctionnement du service public<sup>661</sup>.

---

<sup>653</sup> TA, Montpellier, 20 avril 1994, n°891715, pour des défaillances multiples dans le suivi post-opératoire d'une patiente ayant conduit au décès de celle-ci.

<sup>654</sup> CE, 28 juillet 2011, *Mme Flohic*, req. n°331126, AJDA 2011. 1590, obs. Brondel ; AJDA 2012. 1665, chron. Belrhali-Bernard ; CAA, Paris, 12 novembre 2012, *M. H.*, req. n°11PA02031, AJDA 2013. 46, note Sirinelli.

<sup>655</sup> CE, 2 septembre 2009, *Mme Peignien*, req. n°292783, Lebon T. 941.

<sup>656</sup> CE, 29 décembre 2014, n°365892.

<sup>657</sup> CAA, Douai, 30 juin 2015, n°13DA01302.

<sup>658</sup> CAA, Nancy, 6 juillet 2006, n°04NC00353 ; pour ce qui n'est pas constitutive d'une négligence : CAA Nancy, 4 mai 2006, n°04NC00347.

<sup>659</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 16 janvier 2013, n°11-28.537 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ, 24 avril 2013, n°12-17.751.

<sup>660</sup> CAA, Paris, 11 avril 2011, n°10PA00834 : « il y a lieu pour la Cour de retenir à ce propos une faute dans le fonctionnement du service public hospitalier découlant d'un risque inhérent à l'acte médical et qui pouvait être maîtrisé en milieu hospitalier ; qu'il en résulte que la responsabilité de l'AP-HP doit être retenue ».

<sup>661</sup> CAA, Nantes, 17 septembre 2015, n°14NT00641.

La loi du 4 mars 2002 ne s'est heureusement pas embarrassée de ces distinctions de langage. Elle a sans doute contribué à faire bouger les lignes en indiquant à l'article L.1142 du code de la santé publique que : « les professionnels de santé ne sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute ».

De ce fait, la dichotomie faute de nature / faute dans l'organisation du service se révèle assez dépassée. Il nous semble que les professionnels de santé répondent de leurs fautes médicales dans des termes assez similaires tant chez le juge administratif que civil.

Le juge administratif s'est toutefois distingué du juge judiciaire en essayant de créer avec un succès relatif un régime de responsabilité sans faute.

## B / Une responsabilité sans faute : les prémices d'une solidarité nationale

Le régime de la responsabilité sans faute, cette « innovation absolue »<sup>662</sup>, est un palliatif utilisé depuis longtemps par le juge administratif quand l'administration cause un dommage sans pourtant être fautive. C'est une responsabilité dite de plein droit qui peut être engagée en l'absence de faute de sa part. Un tel régime, avec si peu d'exonérations<sup>663</sup>, paraît plus favorable pour les victimes qui doivent seulement prouver l'existence d'un préjudice et d'un lien de causalité.

Cette responsabilité doit être engagée d'office par le juge administratif si elle trouve à s'appliquer car elle est d'ordre public<sup>664</sup>.

***La responsabilité sans faute en droit administratif : une notion souple.*** Dans le célèbre arrêt Cames de 1895<sup>665</sup>, le Conseil d'Etat admit pour la première fois une responsabilité sans faute, sur le seul fondement du risque.

En l'espèce, M. Cames, fut blessé lors de travaux exécutés dans le cadre du service public.

Le commissaire du gouvernement Jean Romieu proposa de reconnaître la responsabilité de l'Etat compte tenu du risque résultant des travaux effectués dans le cadre du service public. Ce que fit le Conseil d'Etat.

Même si cette jurisprudence est désuète car la législation a repris le flambeau en créant des régimes spécifiques d'indemnisation, elle est toujours appliquée pour les agents occasionnels de l'administration<sup>666</sup>.

Cette responsabilité sans faute pour risque a été reprise pour les dommages causés indirectement par l'administration, du fait du recours à des engins, des produits ou des méthodes dangereuses<sup>667</sup>, du fait des actes administratifs légaux<sup>668</sup>, lorsque les tiers sont victimes d'accidents de travaux publics<sup>669</sup>, quand

---

<sup>662</sup> R. Chapus, *Droit administratif général*, T.1, 15<sup>e</sup> éd, Paris, Montchrestien, 2001, p.1335, § 1484.

<sup>663</sup> Faute de la victime : CAA, Bordeaux, 31 octobre 2002, *MM. Gérard et Damien Babin*, req. n° 98BX02250, Force majeure : CE 16 janvier 1998, *Office national interprofessionnel des céréales*, req. n° 154779 ; à propos de la victime, « la responsabilité du service public hospitalier ne saurait être atténuée au motif qu'un acte médical dommageable a été sollicité par le malade lui-même » : CAA, Lyon, 15 mai 2007, M. D., req. n°04LY00116 et 05LY00122, AJDA 2007. 1470, chron. Kolbert ; sauf dans certains cas : CAA, Lyon, 10 juin 2008, *Cts L.*, req. n°05LY01218 ; CAA, Paris, 6 octobre 2008, *M. et Mme L.*, req. n°07PA03630, AJDA 2009. 216, note Hennette-Vauchez.

<sup>664</sup> CE, 21 mai 1920, *Epoux Colas*, 2<sup>e</sup> esp, Rec. 530.

<sup>665</sup> CE, 21 juin 1895, n°82490, Lebon. 509.

<sup>666</sup> Ass. 22 novembre 1946, *Commune de Saint-Priest-la-Plaine*, Rec. 279.

<sup>667</sup> CE, 28 mars 1919, *Regnault-Desrozières*, Rec. 329.

<sup>668</sup> CE, 22 février 1963, *Commune de Gavarnie*, n°50438, Rec. 113.

<sup>669</sup> CE, 7 novembre 1952, *G...*, n°75626, Rec. 503.

des personnes sont indirectement blessées par une opération de police<sup>670</sup>, quand des mineurs confiés à l'administration commettent des méfaits<sup>671</sup>.

A l'inverse du juge judiciaire qui l'a utilisée ultérieurement<sup>672</sup>, le juge administratif est moins restreint dans sa jurisprudence ; il a pu élargir à loisir la notion de responsabilité sans faute.

Dans les faits, l'Etat se comporte lui-même comme son propre assureur ; il estime que les individus souscrivent en quelque sorte à cette assurance en supportant des charges particulières au nom de l'intérêt général. Ce principe d'égalité devant les charges publiques est un principe à valeur constitutionnelle qui figure à l'article 13 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen.

Il est basé sur un principe de solidarité sociale en socialisant les risques. Seulement, il n'est pas aisé de trouver les fondements d'une telle responsabilité.

Elle est de plus en plus associée au risque alors que ses prolongements ont tendance à brouiller la dichotomie responsabilité pour faute et sans faute<sup>673</sup>.

Pour le juge administratif, premièrement, le dommage ciblé doit être spécial et toucher des individus déterminés. Deuxièmement, il doit présenter un caractère « anormalement grave » qui dépasse les gênes minimales quotidiennes ou occasionnelles liées de manière inhérente au fonctionnement du service.

On aurait pu penser que le dommage corporel était le terreau idéal pour appliquer une responsabilité sans faute. En effet, le Conseil d'Etat avait déjà reconnu qu'une institutrice enceinte ayant contracté la rubéole pendant son service pouvait engager la responsabilité de l'Etat<sup>674</sup>.

Cela serait vite oublier que le juge administratif est assez strict dans l'application de ce principe plus favorable aux victimes, le considérant à raison comme une responsabilité assez exceptionnelle (même si son usage est croissant tant en droit administratif qu'en droit civil<sup>675</sup>).

En témoigne la responsabilité du fait des lois consacrée par l'arrêt Société La Fleurette<sup>676</sup> dont les prolongements furent très limités. C'est aussi omettre que l'appréhension du dommage corporel est délicate et la frontière entre une faute et un aléa est parfois très faible.

En conclusion, la jurisprudence en ce domaine n'est pas limpide ; on ne sait véritablement ce que peut désigner le préjudice anormal ; doit-il être spécial ou exceptionnel ? Excéder les charges qui doivent normalement être supportées<sup>677</sup> ?

---

<sup>670</sup> CE, Ass, 24 juin 1949, *Lecomte*, n°87335.

<sup>671</sup> CE, 11 février 2005, *GIE Axa Courtage*, n°252169 ; quand ce n'est pas le département CE, 26 mai 2008, *Département des Côtes d'Armor*, n°290495.

<sup>672</sup> J. Ghestin, *Traité de droit civil*, note. G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, 2<sup>e</sup> éd, Paris, LGDJ, 1995, p. 80 s.

<sup>673</sup> V. le nouveau cas de figure de responsabilité du fait des lois : CE, Ass. 8 février 2007, *Gardedieu*, req. n°279522.

<sup>674</sup> CE, Ass. 6 novembre 1968, *Dame Saulez*, rec. 550.

<sup>675</sup> P. Jourdain, *Les principes de la responsabilité civile*, 6<sup>e</sup> éd, Paris, Dalloz, 2003, p. 18.

<sup>676</sup> CE, Ass. 14 janvier 1938, Rec. 25.

<sup>677</sup> C. Roger-Lacan, *Spécialité, gravité et anormalité dans la responsabilité sans faute*, RFDA 2012, p. 333, Conclusions sur CE, 1<sup>er</sup> février 2012, n°347205, *Bizouerne*, Lebon ; AJDA 2012. 240.

***La responsabilité sans faute en droit administratif : une notion incertaine.*** « Depuis son apparition dans le droit jurisprudentiel, la responsabilité sans faute de la personne publique a désarçonné les commentateurs. Depuis plus d'un siècle, la doctrine juridique s'essaie à déterminer les fondements théoriques de ce cas de figure où la puissance publique n'est ni coupable d'aucune faute ni responsable d'aucun fait dommageable, là où pourtant, le juge indemnise des victimes de l'action publique » note le Professeur Stéphanie Hennette-Vauchez<sup>678</sup>.

Son fondement repose-t'il sur l'égalité des charges publiques comme le défend le Doyen Duguit <sup>679</sup> ? ou se confond-t'il avec la notion de risque comme le note le Professeur Chapus <sup>680</sup> ?

La doctrine qui apprécie les systématisations n'est pourtant pas unanime ; le Professeur Eisenmann défendait un principe de corrélation entre les charges et les avantages<sup>681</sup>. A l'inverse, le Professeur Paul Amserek, dans une proposition assez convaincante, semblait se concentrer, au-delà d'une appréhension binaire risque/égalité, davantage sur l'anormalité du dommage subi par la victime<sup>682</sup> (même si le juge administratif n'a pas laissé entendre que cette anormalité supposée était l'apanage du droit de la responsabilité sans faute).

***La responsabilité administrative médicale sans faute : entre anormalité et exigence d'une particulière gravité du dommage.*** Il semble, comme le suggérait le commissaire du gouvernement Michel Rougevin-Baville, que les dommages corporels soient toujours anormaux par nature<sup>683</sup>.

Cette affirmation est aujourd'hui à nuancer. La loi du 4 mars 2002 a scindé définitivement la responsabilité de principe pour faute de la responsabilité exceptionnelle sans faute auquel concourt la solidarité nationale. Cette dernière est soumise, selon les dispositions de la loi<sup>684</sup>, à des conditions de gravité dont figure l'anormalité du dommage.

Nous verrons que cette question délicate a été appréhendée par la jurisprudence du juge administratif. C'est pourquoi, avant l'élaboration d'une solidarité nationale, le Conseil d'Etat a essayé de créer un régime jurisprudentiel de solidarité nationale dans un cadre très stricte pour répondre aux conséquences de l'aléa thérapeutique.

---

<sup>678</sup> S. Hennette-Vauchez, *Responsabilité sans faute*, répertoire de la responsabilité de la puissance publique, Dalloz, 2.

<sup>679</sup> L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, T.III, 3<sup>e</sup> éd, Paris, Librairie Fontemoing, 1930, p. 469 : « On ne peut édifier la responsabilité de l'Etat que sur l'idée d'une assurance sociale, supportée par la caisse collective, au profit de ceux qui subissent un préjudice provenant du fonctionnement des services publics, lequel a lieu en faveur de tous. Cette conception se rattache elle-même à (...) l'égalité de tous devant les charges publiques ».

<sup>680</sup> R. Chapus, *Droit administratif général*, T.1, 15<sup>e</sup> éd, Paris, Montchrestien, 2001, p.v1337, § 1487 : « la responsabilité pour risque est le symbole de la responsabilité sans faute, au point qu'elle est parfois considérée comme se confondant avec elle ».

<sup>681</sup> C. Eisenmann, *Sur le degré d'originalité du régime de la responsabilité extracontractuelle des personnes publiques*, JCP 1949. I. 742 et 751.

<sup>682</sup> P. Amserek, *La responsabilité sans faute des personnes publiques d'après la jurisprudence administrative*, in « Recueil d'études en hommage à C. Eisenmann (Mélanges Eisenmann) », 1975, Cujas, p. 233.

<sup>683</sup> Sur CE, 2 juin 1972, n°75597, *Société « Les Vedettes Blanches »*.

<sup>684</sup> Article L. 1142 CSP.

C'est une création jurisprudentielle exclusive du juge administratif ; le juge judiciaire, en toute logique, ne s'y est pas risqué<sup>685</sup>. Ce principe met l'office du juge en lumière ; les considérations qui l'entourent ne sont pas uniquement juridiques et découlent surtout de l'équité et du sentiment commun de justice.

Le fondement de la responsabilité sans faute peut ainsi résider dans un principe d'équité guidé par ce qui paraît normal ou anormal aux yeux du juge.

Le Conseiller Jean Romieu ne s'en est pas du tout caché, ni la doctrine d'ailleurs<sup>686</sup>, en déclarant dans ses conclusions sur l'arrêt Cames que « la base de la responsabilité de l'Etat, tant vis-à-vis des tiers que de ses agents n'est donc pas dans un texte positif de droit civil (...) mais dans un principe supérieur de justice, duquel procèdent eux-mêmes les textes positifs que le juge a à appliquer. C'est donc une législation d'équité et non de droit écrit... »<sup>687</sup>. Ainsi « domine ici l'empirisme, l'appréciation subjective, intuitive, du juge ; ce dernier se réserve le pouvoir de déterminer lui-même dans chaque cas si le dommage dépasse ou non la mesure » observait le Professeur Paul Amselek<sup>688</sup>.

Cette responsabilité sans faute a été, en matière médicale tantôt basée sur un risque spécial (a) puis, plus globalement, sur la notion d'aléa thérapeutique (b).

#### a) Le juge administratif face au risque spécial

Comme nous l'avons écrit précédemment, l'histoire du droit de la responsabilité médicale a été écrite en premier lieu par les juges du fond. C'est ce qu'illustre une nouvelle fois un arrêt important.

En 1990, la cour administrative d'appel de Lyon rend un arrêt particulièrement novateur sur la responsabilité de la puissance publique pour les activités médicales hospitalières peu de temps après l'élaboration d'une loi encadrant les essais cliniques en France<sup>689</sup>.

#### ***L'arrêt Gomez : une appréhension nouvelle mais stricte de l'indemnisation de l'aléa thérapeutique par les juges du fond.***

En l'espèce, un adolescent de quinze ans est atteint d'une cyphose (déformation de la colonne vertébrale) et subi pour cela une technique chirurgicale nouvelle : l'intervention dite de Luqué<sup>690</sup> (elle consiste à insérer après incision un matériel destiné à assurer la correction de la colonne vertébrale).

---

<sup>685</sup> Cass, 1<sup>re</sup> civ, 8 novembre 2000, n°99-11735, Bull. n°287

<sup>686</sup> G. Braibant, *Le droit et l'équité dans la protection des citoyens à l'égard de l'administration*, in « Itinéraire Etudes en l'honneur de L. Hamon », Paris, Economica, 1982, p. 99 ; D. Truchet, *Droit administratif*, Paris, PUF, 2008, p. 403.

<sup>687</sup> Romieu, concl. sur l'arrêt Cames, S. 1897. 3. 33.

<sup>688</sup> P. Amselek, *La responsabilité sans faute des personnes publiques d'après la jurisprudence administrative*, in « Recueil d'études en hommage à C. Eisenmann (Mélanges Eisenmann) », Paris, Cujas, 1975, p. 258.

<sup>689</sup> Loi dite Huriet n°88-1138 du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales.

<sup>690</sup> Elle avait pourtant été pratiquée soixante-dix fois en France. v. A. de Lajartre, AJDA. 1997. 568.

A la suite de celle-ci, l'adolescent est atteint de troubles neurologiques graves qui, malgré les soins prodigués, entraînent une paraplégie de la partie inférieure du corps. Pour les experts sollicités, l'invalidité était bien la conséquence de l'opération mais aucune faute n'avait été commise durant l'opération ou dans l'administration des soins postopératoires.

La jurisprudence administrative admettait la réparation des dommages résultant de l'activité des missions de soins à l'hôpital public mais dans le seul cadre de la responsabilité pour faute<sup>691</sup>.

La théorie du risque avait pourtant été utilisée à propos de la réinsertion des malades mentaux et des sorties d'essai qui pouvaient occasionner un risque spécial<sup>692</sup> mais n'avait pas vocation à s'étendre à l'hôpital<sup>693</sup>. La Cour administrative d'appel essaya alors de créer un régime de responsabilité sans faute du service public hospitalier compte tenu du risque spécial occasionné.

A défaut de règle spécifique, ce régime était cantonné à trois conditions cumulatives : la thérapeutique devait être nouvelle et les conséquences pas encore entièrement connues ; la thérapeutique ne devait pas s'imposer pour des raisons vitales ; celle-ci a entraîné des complications exceptionnelles et anormalement graves.

Ajoutons à celles-ci que le lien de causalité doit toujours être prouvé ; les conséquences doivent être liées à la thérapeutique en cause.

Dans cet arrêt très remarqué dit arrêt Gomez<sup>694</sup>, la cour d'appel énonce que « l'utilisation d'une thérapeutique nouvelle créée, lorsque ses conséquences ne sont pas encore entièrement connues, *un risque spécial pour les malades* qui en sont l'objet ; que lorsque le recours à une telle thérapeutique ne s'impose pas pour des raisons vitales, les complications exceptionnelles et anormalement graves qui en sont la conséquence directe engagent, même en l'absence de faute, la responsabilité du service public hospitalier ».

La cour administrative d'appel ajoute, conformément aux conditions précitées, « que les conséquences de cette intervention ont été particulièrement graves et anormales et sont par suite de nature à engager la responsabilité des Hospices civils de Lyon »<sup>695</sup>.

L'arrêt est original car il concerne pour la première fois la responsabilité sans faute dans le cadre du service public hospitalier. Pour le Professeur Chapus, il ne s'agit que d'une extension des régimes existants de responsabilité du fait de méthodes dangereuses<sup>696</sup>. On serait plutôt porté à croire que le contentieux médical représente pour le juge administratif un cas à part.

---

<sup>691</sup> V. R-M Medouze, *L'arrêt Gomez, ou la naissance d'une responsabilité sans faute dans les hôpitaux publics pour risque d'utilisation de thérapeutique nouvelle*, RDSS 1991, p. 258.

<sup>692</sup> CE, sect. 13 juillet 1967, *Dpt de la Moselle*, rec. 341.

<sup>693</sup> CE, sect. 30 juin 1978, *Hôpital psychiatrique dép. Rennes c/Mme Clotault*, rec. 289.

<sup>694</sup> CAA, Lyon, 21 décembre 1990, *Cts Gomez*, req. n°89LY01742, Lebon. 498 ; AJDA 1991. 167 ; AJDA 1991. 126, chron. J-P. Jouguelet et F. Loloum ; D. 1991. Somm. 292, obs. P. Bon et P. Terneyre ; JCP 1991. II. 21698, note J. Moreau.

<sup>695</sup> Ibid.

<sup>696</sup> R. Chapus, *Droit administratif général*, T.1, 15<sup>e</sup> éd, Paris, Montchrestien, 2001, p. 1343, §1491.

En premier lieu, la solution est novatrice car il s'agit cette fois d'un usager du service.

C'est pour cette raison que la responsabilité médicale a permis d'élargir le champ classique de la responsabilité sans faute<sup>697</sup>. C'est donc un « cas exceptionnel et limitatif (...) qui se justifiait parce que ce cas n'entraîne dans aucun des cas de figure possibles de la jurisprudence administrative »<sup>698</sup>.

En second lieu, les juges du fond se montrent ici particulièrement prudents en associant ce régime à trois conditions assez strictes : une thérapeutique nouvelle qui ne s'impose pas pour des raisons vitales ayant eu des complications exceptionnelles et anormales graves. La terminologie du risque exceptionnel tend à affirmer qu'un tel régime a vocation à s'appliquer aux conséquences les plus graves des thérapeutiques nouvelles.

La décision n'a pas eu l'occasion d'être reprise ou infirmée par la Haute Juridiction. Il n'en reste, elle a été reprise des années plus tard par les juges du fond<sup>699</sup>.

***La limitation de la portée de l'arrêt par la doctrine publiciste.*** La doctrine publiciste donnait parfois l'impression qu'elle acceptait mal que le juge administratif fasse un cas à part à la responsabilité médicale hospitalière.

C'est pourquoi, elle tentait d'expliquer ses solutions par des réflexions assez curieuses. Pourtant, l'office du juge réside précisément dans sa capacité à s'adapter à chaque contentieux et aux différents cas d'espèces qui lui sont soumis. Par exemple, Arnaud de Lajarte soutient que, dans l'arrêt Gomez, le patient « se présente comme un acteur du progrès médical, voire comme un collaborateur du service public de la recherche biomédicale »<sup>700</sup>.

Il jugeait la décision « périmée au contact de la loi du 20 décembre 1988 »<sup>701</sup>. Or, il nous semble que les deux régimes ne sont pas comparables.

La recherche biomédicale a été définie comme une « recherche organisée et pratiquée sur l'être humain en vue du développement des connaissances biologiques ou médicales »<sup>702</sup> associée à une expérimentation préclinique suffisante. Le cadre juridique est d'autant plus particulier qu'il impose la présence d'une personne participant à la recherche, d'un promoteur, d'un investigateur et de comités de protection des personnes qui, comme l'autorité compétente, donnent un avis sur la recherche.

---

<sup>697</sup> C. Noiville, *Du bon gouvernement des risques. Le droit et la question du risque acceptable*, Paris, PUF, 2003, 235p, p. 193.

<sup>698</sup> A-M. Duguet, *La faute médicale à l'hôpital*, Boulogne-Billancourt, Berger-Levrault, 1994, p. 50.

<sup>699</sup> TA, Amiens, 18 novembre 1994, n°911492, *H.B. et autres c/ Ch de Montdidier* ; TA, Toulouse, 16 novembre 1995, *Cts D. c/ CHU de Montauban*, Les Petites Affiches, n°70, 1996. 11, note N. Albert : « Les complications qu'elle a entraînées, qui n'étaient pas connues et décrites dans la littérature chirurgicale à l'époque de l'intervention, constituent un risque exceptionnel ».

<sup>700</sup> AJDA. 1997. 565.

<sup>701</sup> Ibid. p. 566.

<sup>702</sup> Article L. 1121-1 du CSP.

En l'espèce, le juge évoque ici un risque spécial qui n'est pas une terminologie utilisée pour les autres régimes de responsabilité sans faute.

Assurément, la solution « guère contestable sur le plan de l'équité, ne peut être réduite aux cas déjà ouverts de responsabilité sans faute de la puissance publique » comme le notent d'autres commentateurs<sup>703</sup>. Il faudrait plus simplement songer au fait que le juge a voulu donner une réponse jurisprudentielle à la question de l'indemnisation de l'aléa thérapeutique.

Le juge administratif n'a jamais eu la prétention d'encadrer une expérimentation dont le cadre légal avait déjà été défini. Il s'agissait plutôt, à partir de l'idée de « risque spécial », de sensibiliser la Haute Juridiction et le législateur à la question de l'indemnisation de l'aléa thérapeutique qui demeurait depuis trop longtemps en suspens.

Le Conseil d'Etat insistait sur la notion d'aléa thérapeutique, plus que sur l'aspect novateur de la technique médicale. La difficulté de la jurisprudence Gomez résidait surtout dans la notion de thérapeutique nouvelle dont on ne connaissait pas les critères et qui paraissait à certains égards trop stricts. Il fallait ainsi, et comme le suggérait le conseiller Didier Tabuteau, préciser les tenants d'une telle notion<sup>704</sup>.

C'est ce que fit le Conseil d'Etat en dépassant les critères restrictifs des juges du fond pour proposer un régime général de l'indemnisation du risque thérapeutique, et donc de ses aléas.

## b) Le juge administratif et la notion d'aléa thérapeutique

Deux arrêts marquants ont précisé le champ d'application du régime de la responsabilité sans faute pour risque du service public hospitalier.

Le premier, et le plus emblématique, est l'arrêt Bianchi de 1993 (1) dont le champ d'application a été étendu par l'arrêt de 1997 Hôpital Joseph-Imbert d'Arles (2).

### 1) *L'arrêt Bianchi : le principe*

La Haute Juridiction a eu l'occasion de se prononcer sur l'aléa thérapeutique dans le célèbre arrêt Bianchi<sup>705</sup>.

---

<sup>703</sup> AJDA 1991. 126, chron. J-P. Jouguelet et F. Loloum.

<sup>704</sup> D. Tabuteau, *Risque thérapeutique et responsabilité hospitalière*, Boulogne-Billancourt, Berger-Levrault, 1995, p. 95 : « Les juges seront appelés à préciser cette notion et notamment à déterminer le stade à partir duquel la thérapeutique n'est plus considérée comme nouvelle au sens de cette jurisprudence ».

<sup>705</sup> CE, Ass. 9 avril 1993, Bianchi, req. n°69336, Lebon 127, concl. S. Daël ; RFDA 1993. 573 ; AJDA 1993. 344, chron. Ch. Maugué et L. Touvet ; RD publ. 1993. 1099 ; JCP 1993. II. 22061 ; Quot. jur. 1993, n°49, p. 6, note M. Deguegue ; D. 1994. 65, obs. P. Bon et P. Terneyre.

En l'espèce, M. Bianchi souffre de troubles neurologiques et d'une paralysie faciale qui imposent son hospitalisation en 1978. Il subit une artériographie vertébrale afin d'observer la circulation du sang dans les artères du cou et du cerveau. A son réveil, il présente une tétraplégie, soit la paralysie des quatre membres généralement causée par une lésion de la moelle épinière.

En l'absence de faute, le Tribunal administratif de Marseille rejette sa demande en réparation. L'affaire est portée devant le Conseil d'Etat alors seule juridiction de recours. La Haute Juridiction ordonne une expertise dont il ressort que la cause de l'accident serait due à une occlusion secondaire provoquée par une bulle d'air ou un caillot libéré au cours du maniement du produit de contraste (substance à visée diagnostique). Le risque est donc inhérent à ce genre d'examen.

Le Conseil d'Etat motive alors sa décision de manière très intéressante en énonçant que « lorsqu'un acte médical nécessaire au diagnostic ou au traitement du malade présente *un risque dont l'existence est connue mais dont la réalisation est exceptionnelle et dont aucune raison ne permet de penser que le patient y soit particulièrement exposé*, la responsabilité du service public hospitalier est engagée si l'exécution de cet acte est la cause directe de dommages sans rapport avec l'état initial du patient comme avec l'évolution prévisible de cet état, et présentant un caractère d'extrême gravité »<sup>706</sup>.

Il en résulte, suivant les conclusions du commissaire du gouvernement, alors pas moins de sept conditions pour bénéficier du régime jurisprudentiel du juge administratif indemnisant l'aléa thérapeutique :

- L'acte médical est nécessaire au diagnostic ou au traitement du malade
- L'acte médical présente un risque
- Le risque est connu mais sa réalisation exceptionnelle
- Le patient n'est pas particulièrement exposé à ce risque
- L'exécution de l'acte est la cause directe du dommage
- Les dommages sont sans rapport avec l'état initial du patient comme avec l'évolution prévisible de cet état
- Les dommages présentent un caractère d'extrême gravité

Les juges constatent en l'espèce que le requérant devait subir ces examens, que ces derniers n'étaient pas sans risque mais que la réalisation de ces derniers était exceptionnelle. Ils observent qu'il n'était pas particulièrement exposé à ce risque, que c'est bien l'acte de diagnostic qui est à l'origine du dommage. Enfin, ils relatent que les dommages sont sans rapport avec l'état initial du patient ; ce dernier devait subir un diagnostic et se retrouve paralyser des quatre membres, ce qui implique pour le moins un caractère d'extrême gravité.

---

<sup>706</sup> CE, 9 avril 1993, *Bianchi*, n°69336, rec. 127.

Le conseiller Serge Daël illustre dans ses conclusions combien l'office du juge administratif était important quand il s'agit de créer un régime jurisprudentiel dans des situations choquantes qui, sans indemnisation, heurteraient des valeurs de justice « communément admises »<sup>707</sup>.

Il y a en effet une disproportion énorme entre l'état initial du patient et le résultat de l'intervention qui ne pouvait laisser les juges indifférents. Ici, nul ne peut défendre que M. Bianchi était un collaborateur occasionnel du service public.

C'est bien une véritable responsabilité sans faute du service public hospitalier qui se dessinait sous la plume des juges du fond. Malgré cela, le juge a entendu enserrer ce régime dans un carcan rigoureux pour indemniser un aléa thérapeutique dont les risques sont connus mais exceptionnels.

***L'indemnisation de l'aléa thérapeutique par la responsabilité sans faute : une responsabilité d'exception.*** Il n'y a rien d'étonnant à ce que la jurisprudence Bianchi n'ait été utilisée qu'à sept reprises<sup>708</sup> entre 1994 et 2000 et écartée vingt-trois fois.

Pour une partie de la doctrine, l'arrêt Bianchi tenait plus d'un « symbole » d'équité qu'une réalité jurisprudentielle durablement palpable<sup>709</sup> ; la porte ouverte étant bien étroite. Le conseiller Serge Daël précisait bien dans ses conclusions que le principe restait la responsabilité pour faute<sup>710</sup>.

L'accès au régime était d'autant plus sinueux que le juge de cassation assurait un contrôle rigoureux de qualification du dommage d'extrême gravité<sup>711</sup>, notamment sur les juges du fond<sup>712</sup>. C'est la raison pour laquelle il rejeta des dommages graves et non extrêmement graves<sup>713</sup> mais aussi des dommages dont le risque n'était pas exceptionnel<sup>714</sup>.

C'est ainsi que l'ancien conseiller Frédéric Thiriez concluait qu'il fallait nécessairement présenter un taux d'incapacité permanente partielle de 70% pour prétendre à la jurisprudence Bianchi.

Une telle rigueur reste à nuancer eu égard au fait que le contentieux médical porté devant le juge administratif est relativement rare. Ainsi, il est difficile de limiter la portée de l'arrêt Bianchi à un symbole dans la mesure où il a été appliqué à sept reprises et que le Conseil d'Etat s'est montré parfois conciliant.

---

<sup>707</sup> S. Daël, RFDA 1993, p. 573.

<sup>708</sup> CE, 25 juillet 2007, n°274682, *Centre hospitalier d'Avignon* ; CE, 15 novembre 2006, n°279273, *Assistance publique à Marseille* ; JCPA 2006, Act. 999 ; CE, 12 juillet 2006, n°271248, *Darfin* ; CE, 7 juillet 2006, n°264217, *Lagorio* ; CE, 17 mai 2006, n°272231, *Hospices civils de Lyon*.

<sup>709</sup> F. Thiriez, *La jurisprudence Bianchi : symbole ou réalité ?* Dr. adm.2001, n°1, p. 9.

<sup>710</sup> S. Daël, RFDA 1993, p. 573.

<sup>711</sup> CE, 13 juin 2001, *Pautrel*, req. n°210035, Lebon T. 1180.

<sup>712</sup> CE, 16 décembre 2013, *Mme Audy*, req. n°354268, Lebon T. ; AJDA 2014. 1014 : « qu'en déduisant que le dommage ne pouvait être regardé comme anormal au regard de l'état de santé du patient comme de l'évolution prévisible de cet état, la cour n'a pas commis d'erreur de droit et a exactement qualifié les faits qui lui étaient soumis ».

<sup>713</sup> CAA, Nantes, 30 décembre 1999, *Centre hospitalier régional d'Orléans*, req. n°95NT00831, Lebon T. 1005, 1010 et 1029 ; CE, 5 juin 2002, *Mme Rodrigues*, req. n°208768, AJDA 2002. 936.

<sup>714</sup> CE, 15 janvier 2001, *AP-HP c/Mlle B*, req. n°195774, rec. 1188.

Pour ce faire, il fallait réunir trois grandes conditions : l'existence d'un dommage d'une extrême gravité (décès ou IPP supérieure à 70%), l'emploi d'une thérapeutique présentant un risque connu mais dont la réalisation est exceptionnelle, un dommage subi sans rapport avec l'état initial du patient, comme avec l'évolution prévisible de cet état.

Cette dernière condition a été l'objet d'un « assouplissement » pour reprendre les termes des commentateurs dans un arrêt du Conseil d'Etat de 2000<sup>715</sup>.

En l'espèce et en matière de prédisposition, la Haute Juridiction pu juger que si celle-ci avait été découverte ensuite, cela n'empêchait pas la jurisprudence Bianchi d'être appliquée quand aucune raison ne permettait de la suspecter<sup>716</sup>.

On se situe bien ici à la limite de la faute et de l'aléa car si les médecins avaient connaissance de la prédisposition, on aurait pu se placer sur le terrain de la faute. L'arrêt Bianchi est d'autant moins symbolique que cette création jurisprudentielle a été reprise et étendue.

## 2) *L'arrêt Joseph-Imbert d'Arles : le prolongement*

Le Conseiller Didier Tabuteau proposait d'élargir « le concept d'aléa strict à celui de la survenue d'un risque dommageable, soit totalement méconnu, il s'agira alors réellement d'un aléa, soit connu, mais de réalisation exceptionnelle et donc non entré dans le champ du consentement de l'acte, sans qu'aucun élément fautif ne puisse être incriminé, à son origine »<sup>717</sup>.

***L'assouplissement de la jurisprudence Bianchi par le Conseil d'Etat.*** Le champ d'application de la jurisprudence Bianchi a été étendu avec l'arrêt Hôpital Joseph-Imbert d'Arles<sup>718</sup> en opérant une « avancée jurisprudentielle que l'esprit, sinon la lettre, de la jurisprudence Bianchi ne permettait peut-être pas »<sup>719</sup>.

Dans ce dernier arrêt, c'est l'intensité de la première condition posée par la jurisprudence Bianchi qui a été réduite. La jurisprudence Bianchi trouvait à s'appliquer pour les actes médicaux nécessaires au diagnostic ou au traitement du malade, et qui présentaient des risques connus mais dont la réalisation

---

<sup>715</sup> P. Bon, D. de Bechillon, *Jurisprudence Bianchi : assouplissement de la condition de préjudice sans rapport avec l'état initial du patient*, D. 2002, p. 449.

<sup>716</sup> CE, 27 octobre 2000, *Centre hospitalier de Seclin*, req. n°208640, D. 2001. 1196, concl. Chauvaux ; AJDA 2001. 307, note M. Deguerge : « la responsabilité sans faute d'un hôpital n'est pas écartée du seul fait que la paraplégie dont un patient s'est trouvé atteint après une intervention chirurgicale est liée à une malformation vasculaire congénitale que le chirurgien ne pouvait suspecter et qui constituait une prédisposition à l'accident survenu ».

<sup>717</sup> D. Tabuteau, *Risque thérapeutique et responsabilité hospitalière*, Boulogne-Billancourt, Berger-Levrault, 1995, p. 189.

<sup>718</sup> CE, sect. 3 novembre 1997, req°153686, Lebon 412 ; RFDA 1998. 90, concl. V. Péresse.

<sup>719</sup> P. Chrestia, *Non, la jurisprudence Bianchi n'était pas applicable. Le Conseil d'Etat à l'origine d'une erreur de diagnostic ?* D. 1998, p. 146.

était exceptionnelle. Or, le juge comme la loi, ne peut régler tous les cas d'espèce par une seule jurisprudence. Dans l'arrêt, l'opération avait une visée religieuse<sup>720</sup>.

Les parents du jeune Djamel M avaient décidé de faire hospitaliser leur fils afin de lui faire subir, dans de meilleures conditions sanitaires, une circoncision pour des motifs religieux. A cette occasion, une anesthésie générale fut pratiquée durant laquelle le jeune garçon fut victime d'un arrêt cardiaque.

A la suite de cet arrêt, il resta dans un profond coma jusqu'à son décès un an plus tard. Une plainte au pénal fut déposée mais aboutit à un non-lieu. C'est ainsi que fut engagée la responsabilité de l'hôpital devant la juridiction administrative.

Assez habilement, la demande fut accueillie par les juges du fond mais sur un terrain différent. Le tribunal administratif tenta de faire jouer le jeu des présomptions par le biais de la faute présumée déjà utilisée dans l'arrêt Dejous<sup>721</sup>.

Cette jurisprudence lui permettait de retenir la responsabilité de la puissance publique, même en l'absence de faute apparente, lorsqu'un acte bénin avait causé des dommages particulièrement graves qui révélaient un fonctionnement défectueux du service public.

Le problème résidait dans le fait que le jeune homme était décédé suite à une anesthésie générale, laquelle est loin de représenter un acte bénin. C'est ainsi que le conseiller Valérie Péresse suggéra à la section du contentieux de se prononcer sur le terrain du risque en utilisant la jurisprudence Bianchi.

Cela n'avait rien d'évident au premier abord pour le juge car il paraissait clair que les conditions d'application de l'arrêt Bianchi n'étaient pas réunies. Nonobstant ce fait, rejeter la requête en indemnisation eut été choquant compte tenu du décès entraîné par l'anesthésie générale et qui est sans commune mesure avec l'état initial du patient.

Le juge administratif a employé un raisonnement qui étendait la jurisprudence Bianchi en considérant d'une part que le fait générateur du dommage était bien l'anesthésie et, d'autre part, que l'hôpital avait accepté une telle intervention, même dépourvue de finalité thérapeutique, car elle était nécessaire à l'acte initial.

Dès lors, il ne s'agissait plus d'un malade mais d'un patient qui a subi un dommage. Rien ne s'opposait alors à ce que des actes médicaux non nécessaires et dépourvus de finalité thérapeutique ne soient incorporés dans le régime jurisprudentiel issu de la décision Bianchi.

---

<sup>720</sup> Ce qui a été d'ailleurs critiqué : « le Conseil d'Etat va à l'encontre d'un autre principe républicain et notamment celui de la laïcité car, en l'espèce, l'opération avait été décidée pour des motifs religieux ». *ibid.*

<sup>721</sup> CE, Ass. 7 mars 1958, rec. 153.

Pour le Conseil d'Etat, « le risque inhérent aux anesthésies générales et les conséquences de cet acte pratiqué sur l'enfant Mehraz répondaient aux conditions susmentionnées ; que ce faisant, la cour n'a pas commis d'erreur de droit alors même que l'acte médical a été pratiqué lors d'une intervention dépourvue de fin thérapeutique »<sup>722</sup>. Ainsi, la boucle jurisprudentielle était achevée et la décision Bianchi était rendue applicable à tous les accidents anesthésiques, quels que soient les motifs. L'arrêt illustre combien le juge peut, quand il l'estime pertinent, arriver à ses fins même en élargissant un régime désigné comme symbolique. L'office du juge administratif s'illustre ainsi par sa souplesse.

***De la nécessité d'une intervention du législateur.*** Nombreux étaient les commentateurs (et non des moindres<sup>723</sup>), et sans doute les magistrats eux-mêmes, à attendre le soutien du législateur.

On critiquait alors « cette hétérogénéité du droit positif, source d'une inégalité difficilement supportable pour les victimes »<sup>724</sup>.

Les juges judiciaires du fond ont eux aussi tenté, de manière incertaine, de trouver un palliatif à l'indemnisation d'un aléa thérapeutique en se fondant sur une obligation de sécurité accessoire à une obligation de moyens. Une telle position ne pouvait trouver grâce aux yeux des juges de la Cour de cassation<sup>725</sup>.

***La reprise partielle de la jurisprudence Bianchi par le législateur.*** La cause aura été entendue et l'article L.1142-1-II du code de la santé publique, issu de la loi du 4 mars 2002, reprit certains termes de l'arrêt Bianchi.

Ce dernier prévoit que « lorsque la responsabilité d'un professionnel, d'un établissement (...) n'est pas engagée, un accident médical, une affection iatrogène ou une infection nosocomiale ouvre droit à la réparation des préjudices du patient (...) lorsqu'ils sont directement imputables à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins et qu'ils ont eu pour le patient des conséquences anormales au regard de son état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci et présentent un caractère de gravité, fixé par décret ».

La disposition paraît bien plus ouverte que l'arrêt Bianchi. Elle demeure pourtant restreinte du fait du contrôle de l'anormalité par le juge administratif et des critères de gravité élevés fixé à 24% du taux d'incapacité permanente partielle par le décret n°2003-214 du 4 avril 2004.

---

<sup>722</sup> CE, sect. 3 novembre 1997, req. n°153686, Lebon. 412.

<sup>723</sup> G. Viney, *Pour une loi organisant l'indemnisation des victimes d'accidents médicaux*, Médecine et Droit, n°24, mai-juin 1997, p. 1 ; A. Demichel, *note sous l'arrêt Bianchi*, 9 avril 1993, Cahiers Hospitaliers, juillet-août, 1994, p. 2.

<sup>724</sup> E. Gouesse, *Réflexions sur l'aléa thérapeutique et son indemnisation*, Les Petites Affiches, 25 janvier 2000, n°17, p. 10.

<sup>725</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 27 mars 2001, n°99-13. 471.

Ce taux demeure bien inférieur aux applications de la jurisprudence Bianchi où il concernait, comme nous l'avons vu, des atteintes extrêmement élevées (supérieures à 70%).

De plus, le critère de la connaissance du risque a été purement et simplement abandonné. Cependant, eu égard au fait que la loi n'est pas rétroactive et compte tenu de la prescription décennale en matière médicale, le régime Bianchi trouvait encore à s'appliquer aux dommages causés par des actes médicaux antérieurs au 4 septembre 2001<sup>726</sup>.

***L'indemnisation de l'aléa thérapeutique : une jurisprudence d'équité.*** En fin de compte, la responsabilité sans faute est une construction humaine ; elle va au-delà des considérations juridiques et se situe plutôt au niveau de l'équité.

Dans l'arrêt Hôpital Joseph Imbert d'Arles<sup>727</sup>, on peut lire dans une chronique que « le terrain classique de la responsabilité hospitalière ne pouvait jouer. Il était toutefois difficile d'en rester là et de refuser toute indemnisation à la mère de la jeune victime sans provoquer ce « sentiment de scandale et d'indignation ».

Quant à l'arrêt Bianchi<sup>728</sup>, et aux arrêts Cts Nguyen, Jouan et Cts Pavant<sup>729</sup>, ils étaient ainsi commentés : « au-delà de cette considération d'opportunité, étayée par le sentiment qu'une solution d'irresponsabilité aurait certainement heurté l'opinion publique, force est de constater qu'il reste difficile de rattacher ce nouveau cas de responsabilité sans faute aux fondements juridiques traditionnels de la responsabilité de la puissance publique »<sup>730</sup>.

Ainsi peut-on affirmer que le droit de la responsabilité hospitalière est bien devenu le terrain privilégié de la responsabilité d'équité de la puissance publique<sup>731</sup>.

Il n'est pas anodin que ces grands arrêts de la responsabilité sans faute en matière médicale aient été rendus peu de temps après l'affaire du sang contaminé qui a profondément marqué l'opinion publique.

Dans un tel contexte, le juge administratif a pensé, sous couvert du principe d'équité, pouvoir assurer une meilleure protection des victimes en consacrant certaines hypothèses de risques. C'est ce qui ressort assez nettement des conclusions du conseiller Serge Daël sur l'arrêt Bianchi : « mis à part quelques îlots,

---

<sup>726</sup> Sur les préjudices consécutifs à un prélèvement d'organes réalisé dans le cadre d'un don entre vifs : TA, Lyon, 26 septembre 2006, *Astier*, req. n°0503570, AJDA 2007. 319, note C. Chaussard ; CE, 19 mars 2010, *Cts Ancey*, req. n°313457, AJDA 2010. 586 ; sur les conditions cumulatives : CE, 24 octobre 2008, *M et Mme C*, n°297994, E. Royer, *La jurisprudence Bianchi précisée*, Dalloz actualité, 5 novembre 2008.

<sup>727</sup> CE, sect, 3 novembre 1997, req. n°153686, Lebon. 412 ; AJDA 1997. 959, chro. Girardo et Raynaud

<sup>728</sup> CE, Ass. 9 avril 1993, req. n°69336, Lebon. 127 est expliqué de la même manière « l'Assemblée semble en fait avoir surtout été sensible à des considérations d'équité ». Mauguë et Touvet, note ss CE, Ass. 9 avril 1993, AJDA 1993. 344.

<sup>729</sup> CE, Ass. 26 mai 1995, req. n°143238, Lebon 221 ; CE, Ass. 26 mai 1995, req. n°143673 et 151798, Lebon 222 ; RFDA 1995. 748, concl. Daël.

<sup>730</sup> Stahl et Chauvaux, chron. ss ces arrêts, AJDA 1995. 496.

<sup>731</sup> C. Chaussard, *La jurisprudence Bianchi appliquée au donneur d'organes*, AJDA 2007, p. 319.

le droit de la responsabilité publique est un droit jurisprudentiel ». Dans le silence des textes, le juge, qui a le devoir de juger, interprète le principe d'égalité au regard des valeurs communément admises. Il est dans une situation assez semblable à celle dans laquelle il dégage les principes généraux du droit. Il est clair que l'évolution des esprits au cours de ces vingt dernières années tend à faire prendre en compte l'indemnisation de la fraction inacceptable du risque thérapeutique<sup>732</sup>.

Une telle responsabilité peut naître uniquement dans un contexte économique et budgétaire favorable comme le précisait le Doyen Hauriou : « toute extension des principes sur lesquels repose la responsabilité de l'Etat doit être surveillée avec soin. L'application des principes anciens, acceptés de tous, entraîne déjà des conséquences budgétaires telles qu'il convient d'y regarder à deux fois avant d'admettre un principe nouveau dont la puissance d'expansion est encore inconnue »<sup>733</sup>.

Aussi, certains commentateurs de l'arrêt Hôpital Joseph Imbert d'Arles craignaient qu'au « nom du principe de l'égalité, le Conseil d'Etat prenne le risque d'engager les finances de l'Etat pour des actes médicaux effectués en dehors de toutes fins thérapeutiques et pour convenance strictement personnelle »<sup>734</sup>.

L'Etat était de plus en plus présent en matière de santé et le budget alloué de plus en plus important, une telle responsabilité était naturellement en voie de développement.

***De la notion de risque à celle, plus générale, de conséquences dommageables.*** Au-delà de l'acte médical en lui-même, cette responsabilité a eu tendance à s'élargir. En matière de transfusions sanguines par exemple, on pouvait engager la responsabilité de l'Etat à raison des activités de réglementation et de contrôle du service public de la transfusion sanguine pour faute simple<sup>735</sup>.

Il restait toutefois à préciser le régime de responsabilité applicable aux prescripteurs des échantillons de sang que sont les hôpitaux et les centres de transfusion sanguine.

Pour le Conseil d'Etat<sup>736</sup>, les hôpitaux et les centres avaient une obligation de résultat de fournir des produits exempts de tout vice. La loi n°93-5 du 4 janvier 1993 relative à la sécurité en matière de transfusion sanguine et de médicament a posé le principe d'une responsabilité sans faute, sans considération pour l'origine des dommages.

---

<sup>732</sup> S. Daël, RFDA 1993, p. 573.

<sup>733</sup> M. Hauriou, sous l'arrêt *Regnaut-Desroziers*, S. 1918-1919. 3. 25.

<sup>734</sup> P. Chrestia, *Non, la jurisprudence Bianchi n'était pas applicable. Le Conseil d'Etat à l'origine d'une erreur de diagnostic ?* art. cité.

<sup>735</sup> CE, 9 avril 1993, *M. D.*, rec. 110.

<sup>736</sup> CE, Ass. 26 mai 1995, *Consorts N'Guyen*, n°143238, rec. 221, comme pour la Cour de cassation : Cass. 1<sup>re</sup> civ, 12 avril 1995, n°92-20.747 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ, 12 avril 1995, n°92-11.950.

Le législateur a créé depuis un service public administratif autonome en matière de transfusion sanguine avec l'Etablissement français du sang<sup>737</sup>, ce qui permet d'unifier la compétence juridictionnelle au profit de la juridiction administrative.

La notion de risque, assez imprécise au demeurant, a eu tendance à disparaître au profit d'une indemnisation pure et simple des conséquences dommageables. C'est ce que laisse à penser le célèbre arrêt Marzouk<sup>738</sup>. Dans ce domaine, l'office du juge s'est complexifié à mesure où un régime équivalent sur les produits défectueux avait été créé par le droit européen et transposé dans le Code civil<sup>739</sup>.

***Le pragmatisme jurisprudentiel : un aiguillon pour le législateur.*** De manière quasi systématique, la jurisprudence a précédé la loi. Ici, le juge administratif a répondu à l'accroissement de l'intervention de l'Etat en matière sanitaire. Il l'a fait par des régimes de responsabilité sans faute qui assuraient sa bonne mise en œuvre tout en permettant un régime d'indemnisation pour les victimes.

« La jurisprudence est nécessairement impressionniste (...). La responsabilité sans faute de l'administration est un moyen de permettre à la puissance publique de poursuivre des activités dans l'intérêt général, malgré certaines atteintes aux intérêts particuliers, parce que ces atteintes, au moins dans les cas les plus graves, pourront être réparées sur le terrain indemnitaire »<sup>740</sup> remarquait justement un conseiller d'Etat.

Globalement, les années 1990 ont été marqués par « une logique de bouleversement conceptuel »<sup>741</sup> du juge administratif. La jurisprudence a été plus que le supplément de la législation comme le soutenait Portalis mais un aiguilleur et une source d'inspiration très précieuse pour le législateur.

Les magistrats ont répondu à des problèmes sociaux qui, par la force des choses, auraient été saisis un jour ou l'autre par le législateur.

***Vers la disparation de la responsabilité sans faute ?*** « En la matière, on pourrait presque affirmer que la responsabilité sans faute n'existe plus pour les établissements publics de santé (...). Parce qu'au-delà du principe consistant à désigner des responsables, cela fait déjà vingt ans que le juge administratif, puis le législateur, ont en réalité consacré des régimes d'indemnisation » observe justement Caroline Lantero<sup>742</sup>.

---

<sup>737</sup> Loi n°98-535 du 1<sup>er</sup> juillet 1998 relative au renforcement de la veille sanitaire et du contrôle de la sécurité sanitaire des produits destinés à l'homme.

<sup>738</sup> CE, 9 juillet 2003, req. n°220437, AJDA 2003. 1946, note M. Deguegue ; v. aussi : CE, 15 juillet 2004, *M. André Dumas*, req. n°252551, AJDA 2005. 274 ; pour des préjudices assez faibles : CAA, Douai, 6 décembre 2005, req. n°04DA00376.

<sup>739</sup> Loi n°98-398 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux.

<sup>740</sup> P. Fombeur, *Les évolutions jurisprudentielles de la responsabilité sans faute*, AJDA 1999, p. 100.

<sup>741</sup> Selon les termes de C. Clément, *La responsabilité sans faute de l'hôpital pour un acte médical non thérapeutique*, RDSS 1998, p. 519.

<sup>742</sup> C. Lantero, *Que reste-t-il des fondements de la responsabilité sans faute des établissements publics de santé ?* RDSS 2015. p. 37.

Il est vrai que l'on a constaté une complexification des régimes de responsabilité sans faute comme l'observe le Professeur Maryse Deguerge : « cette diversification peut se constater suite à la conjonction de deux phénomènes : d'une part, l'adoption de régimes législatifs de responsabilité qui consacrent des cas de responsabilité sans faute, dont certains changent la nature de la responsabilité en une garantie des dommages ; d'autre part, la transposition par le juge, à la matière médicale, de certains risques, éprouvés dans d'autres domaines, qui ne sont pas spécifiques à la thérapeutique »<sup>743</sup>. Entre les régimes législatifs<sup>744</sup> et jurisprudentiels, ce droit a perdu de sa clarté.

L'arrêt Gomez indemnisait l'aléa thérapeutique strict dont les risques étaient inconnus. Puis les arrêts Bianchi et Joseph Imbert d'Arles ont prolongé la notion au profit du risque thérapeutique dont les risques sont connus mais de réalisation exceptionnelle. Les deux forment finalement l'accident médical que désigne la loi et qui suppose un caractère particulièrement grave.

Depuis, la notion de risque thérapeutique est rarement employée au profit de la seule dichotomie faute/aléa thérapeutique.

Dès lors, on peut partager le constat du Vice-Président du Conseil d'Etat : avec la loi du 4 mars 2002, « la responsabilité sans faute ne joue plus qu'un rôle marginal, elle n'existe plus que « par exception ». Comme cela a été souligné, hormis quelques régimes jurisprudentiels qui subsistent »<sup>745</sup>.

D'un autre point de vue, on peut observer que la responsabilité administrative s'est considérablement rapprochée de la responsabilité judiciaire.

---

<sup>743</sup> M. Deguerge, *La responsabilité sans faute en matière médicale en droit administratif française*, in *Actes du colloque sur la responsabilité médicale*, Sfax, Etudes juridiques, 2002, pp. 274-275.

<sup>744</sup> En effet, pas moins de quatre lois ont consacré la responsabilité sans faute dans le domaine médicale, pour les donneurs de sang (loi n°93-5 du 4 janvier 1993 relative à la sécurité en matière de transfusion sanguine et de médicament), pour les vaccinations obligatoires (loi n°75-401 du 26 mai 1975), pour les personnes qui se prêtent aux recherches biomédicales (loi n°88-1138 du 20 décembre 1988 dite loi Huriet), pour les victimes de la contamination par le virus du SIDA suite à une transfusion sanguine (création d'un fonds d'indemnisation suite à l'article 47 de la loi n°91-1406 du 31 décembre 1991, ce qui n'empêche pas la victime de saisir le juge compétent : CE, avis, 15 octobre 1993, *Consorts Jézéquel et Vallée*, rec. 280).

<sup>745</sup> J-M . Sauvé, *Santé et justice : quelles responsabilités ? Dix ans après la loi du 4 mars 2002*, Paris, La Documentation Française, 2013, p. 397.

## C / Une responsabilité de plus en plus proche de la responsabilité civile

La responsabilité médicale hospitalière a été l'objet d'une attention plus tardive.

Celle-ci s'est rapprochée dans les grandes lignes de la responsabilité civile même si nous avons vu que la terminologie était un peu différente. Cette réunion est le fruit de la jurisprudence des deux juridictions (a) mais l'apport du législateur a été déterminant (b).

### a) Une proximité jurisprudentielle

Cette association des jurisprudences est illustrée par des décisions importantes du juge administratif qui ont encouragées le juge civil (1). Les influences vont dans les deux sens mais c'est souvent le juge administratif qui s'inspire du juge civil (2).

#### 1) *Du juge administratif au juge civil*

***Le juge administratif et les infections nosocomiales : une présomption de faute.*** En 1988, le Conseil d'Etat, afin de tempérer la vigueur du régime pour faute lourde encore utilisé, décida en matière d'infections nosocomiales exogènes « que le fait qu'une telle infection ait pu se produire, révèle une faute dans l'organisation ou le fonctionnement du service hospitalier à qui il incombe de fournir au personnel médical un matériel et des produits stériles »<sup>746</sup>.

L'idée du juge administratif, reprise par la suite<sup>747</sup>, était que le patient hospitalisé pour des soins courants ne devait pas être victime d'un dommage grave et anormal sans rapport avec le motif du séjour, quand bien même l'hôpital n'aurait pas commis de faute lourde. Ce seul constat suffit à présumer qu'il y a eut une faute<sup>748</sup> dans l'organisation et le fonctionnement du service.

---

<sup>746</sup> CE, 9 décembre 1988, *Cohen*, n°65807, *Lebon* 431 ; D. 1989, p. 347, obs F. Moderne et P. Bon ; AJDA 1989, p. 405, note J. Moreau ; RCA 1989, Comm.n°70 ; repris par la suite : CE, 31 mars 1995, D. 1999, somm. 385, obs. Penneau, Gazette du Palais, 1998. I. pan. adm. p. 172.

<sup>747</sup> CE, 7 mars 1958, *Dejous*, rec. 158 ; CE, 1 mars 1989, *Bailly*, rec. p. 1166 ; CAA Nancy, 7 mars 1999, *CHG d'Epinal* ; CAA Marseille, 11 janvier 2007, *CH Orange*, n°05MA00487.

<sup>748</sup> A la différence de jurisprudences antérieures qui refusaient l'application du régime de la présomption de faute s'agissant d'actes médicaux. CE, 13 mars 1987, *Mlle Lamour*, req. n°60776 ; CE, 25 mars 1987, *Mme Bouchenna*, req. n°53148.

C'est ainsi que le Professeur François Chabas résumait justement que « la jurisprudence administrative connaît depuis plus longtemps que la jurisprudence civile, un système particulier pour les infections nosocomiales. Ce système, parfois appelé « de la présomption de faute » se ramène en réalité à celui de la faute virtuelle. C'est-à-dire que le juge déduit l'existence d'une faute du fait même que le dommage s'est produit »<sup>749</sup>.

L'arrêt est aussi intéressant dans la mesure où les conclusions de l'expert ont été préférées à celle du commissaire du gouvernement. L'expert estimait en l'état que « l'affection myéломéningée n'a pu se développer qu'à partir des manœuvres radiologiques ou chirurgicales qui l'ont immédiatement précédée, et dans des conditions d'asepsie parfaite, l'infection ne serait pas produite »<sup>750</sup> mais qu'il n'en résultait pas pour autant une faute lourde de l'établissement.

A l'inverse, le commissaire du gouvernement en rappelant qu'il n'est pas « possible d'exiger des hôpitaux une asepsie parfaite, qui n'est d'ailleurs pas réalisable » avait justement pressenti l'obligation de sécurité de résultat qui allait peser implicitement sur les hôpitaux<sup>751</sup>.

***De la difficulté de définir les infections nosocomiales.*** Le juge administratif a été saisi d'un sujet qui demeure particulièrement sensible.

La première difficulté réside dans la définition des infections nosocomiales qui n'a jamais été clairement proposée par le législateur, lequel ne souhaite sans doute pas se prononcer sur une définition médicale. Une circulaire du 29 décembre 2000 nous invite à les considérer d'une manière assez large : « les infections nosocomiales sont des infections contractées dans un établissement de santé »<sup>752</sup>.

La définition est assez ouverte tout comme ses aspects pratiques ; il a été précisé que « pour les infections du site opératoire, on considère comme nosocomiales les infections survenues dans les 30 jours suivant l'intervention, ou, s'il y a mise en place d'une prothèse ou d'un implant, dans l'année qui suit l'intervention »<sup>753</sup>. Ici, il n'est nullement précisé la nature du germe, son mode d'acquisition, le lieu où il a été contracté.

Dans les années 2000, les pouvoirs publics ont fait de la lutte contre les infections nosocomiales une priorité et les résultats ont été plutôt encourageants<sup>754</sup>.

---

<sup>749</sup> F. Chabas, *Les infections nosocomiales, responsabilité en droit privé et en droit public*, Gazette du Palais, 21-23 avril 2002, n°111 à 113.

<sup>750</sup> C. Bergoignan-Esper, P. Sargos, *Les grands arrêts du droit de la santé*, Paris, Dalloz, 57-58, p. 322.

<sup>751</sup> Ibid.

<sup>752</sup> n°DGS/DHOS/E2/2000/645 relative à l'organisation de la lutte contre les infections nosocomiales dans les établissements de santé .

<sup>753</sup> Ministère de l'Emploi et de la Solidarité, Comité Technique des Infections Nosocomiales (CTIN), *100 recommandations pour la surveillance et la prévention des infections nosocomiales*, 2<sup>e</sup> éd, 1999.

<sup>754</sup> Office Parlementaire d'évaluation des politiques de santé, *Prévenir les infections nosocomiales par l'amélioration de l'hygiène et de la qualité des soins à l'hôpital*, Rapport, juin 2006.

Avant cela, le problème avait été régulièrement soumis aux juridictions mais la jurisprudence, loin d'être harmonisée, semblait fluctuante. Le régime juridique oscillait entre une responsabilité de droit privé et de droit public<sup>755</sup>. On a pu observer dans la partie précédente que le juge administratif avait une liberté créative beaucoup plus importante que le juge civil comme le démontre l'élaboration entièrement prétorienne d'une responsabilité sans faute.

Cette limitation se fit ressentir à mesure où le juge civil était confronté aux mêmes problématiques que le juge administratif<sup>756</sup>. Le conseiller Pierre Sargos proposait sur le fondement de l'article 1135 du code civil combiné avec l'article 1147 d'envisager un « coin » dans l'obligation de moyens inhérente au contrat médical (l'article 1147 est actuellement l'article 1231-1 du Code civil<sup>757</sup>).

Ce coin impliquerait le recours à la « notion d'obligation de résultat » qui ne devait pas être confondue avec la notion de sécurité car « il est des obligations de sécurité qui sont seulement de moyens, et d'autres qui sont de résultat »<sup>758</sup>.

Comme en témoigne le titre de l'article, ce « coin » n'était rien d'autre qu'une issue pour le juge civil pour indemniser certains accidents médicaux au premier rang desquels on trouve les infections nosocomiales quand la preuve d'une faute est très difficile à apporter<sup>759</sup>.

***La reprise et l'élargissement de la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière d'infections nosocomiales par le juge judiciaire.*** C'est pour toutes ces raisons que, le 26 mai 1996<sup>760</sup>, la Cour de cassation avait posé une présomption de faute à la charge des cliniques en cas d'infection contractée par un patient lors des interventions pratiquées dans une salle d'opération<sup>761</sup> ou dans une salle d'accouchement<sup>762</sup>.

---

<sup>755</sup> F. Chabas, *Les infections nosocomiales, responsabilité en droit privé et en droit public*, Gazette du Palais, 21-23 avril 2002, n°111 à 113.

<sup>756</sup> G. Viney et P. Jourdain, *L'indemnisation des accidents médicaux : que peut faire la Cour de cassation ?* JCP 1997. I. 4016.

<sup>757</sup> Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

<sup>758</sup> P. Sargos, *Réflexions sur les accidents médicaux et la doctrine jurisprudentielle de la Cour de cassation en matière de responsabilité médicale*, D. 1996, Chron. p. 365.

<sup>759</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 février 1991, RDSS 1991, p. 86, obs G. Mémeteau : « L'infection ne démontre pas à elle seule que la clinique ait manqué à son obligation de mettre en œuvre les mesures qui lui incombaient en vue de prévenir la survenance d'une telle complication ».

<sup>760</sup> CE, 21 mai 1996, *Bonnici c/Clinique Bouchard et autre*, Bull. civ. I, n°219 ; Resp. civ. et ass. 1996. comm. 265 et chron. 29, H. Groutel.

<sup>761</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 21 mai 1996, Bull. civ. I, n° 219 ; D. 1997, Somm. p. 287, obs. D. Mazeaud ; D. 1997, Somm. p. 320, obs. J. Penneau ; JCP 1996, I, n° 3986, n° 24, obs. G. Viney ; RTD civ. 1996, p. 913, obs. P. Jourdain ; Rev. praticien 1997, p. 32, obs. F. Chabas ; Chron. H. Groutel, Resp. civ. et ass. juillet 1996, n° 29.

<sup>762</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 juin 1998, Bull. civ. I, n° 210 ; JCP 1999, II, n° 10122, note I. Denis-Chaubet.

Un tel arrêt présentait, aux yeux des commentateurs, une innovation majeure<sup>763</sup>. Il constituait « une brèche dans le principe selon lequel la responsabilité médicale n'est engagée qu'en cas de faute prouvée »<sup>764</sup> car il se rapprochait de l'arrêt Cohen du Conseil d'Etat.

La Cour est allée plus loin et le juge civil décida dans trois arrêts rendus le 29 juin 1999 dénommés « staphylocoques dorés<sup>765</sup> » (où le conseiller Pierre Sargos était le rapporteur) que « le contrat d'hospitalisation et de soins conclu entre un patient et un établissement de santé met à la charge de ce dernier, en matière d'infection nosocomiale, une obligation de sécurité de résultat dont il ne peut se libérer qu'en rapportant la preuve d'une cause étrangère »<sup>766</sup>.

La difficulté provient du fait que la cause étrangère est entendue d'une manière limitée : faute de la victime, le fait d'un tiers ou la force majeure. Cette obligation est à la charge de la clinique in solidum avec le chirurgien ou du médecin quand il exerce en activité libérale<sup>767</sup>.

Il n'en demeure pas moins que le caractère nosocomial n'est pas présumé et qu'il « appartient au patient ou à ses ayants droit de démontrer le caractère nosocomial<sup>768</sup>. Pour ce faire, la victime peut apporter la preuve qu'elle n'était pas porteuse du germe avant l'hospitalisation, encore faut-il avancer qu'il existe un lien de causalité entre l'infection et l'acte de soins<sup>769</sup>.

Il se n'agit ni plus ni moins de favoriser l'indemnisation aux victimes d'accidents médicaux fortement inspirée de l'article 1135 du code civil (devenu article 1194<sup>770</sup>) « les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ».

---

<sup>763</sup> P. Jourdain, *La présomption de faute des cliniques en cas d'infection contractée au cours d'une opération*, RTD Civ. 1996. 913 : « En tout cas, la présomption de faute mise à la charge des cliniques constitue une véritable innovation puisque, dans les cas d'infection contractée à l'occasion de soins médicaux, la Cour de cassation continuait jusque-là à affirmer le principe de l'obligation de moyens et à exiger la preuve d'une faute ».

<sup>764</sup> Ibid.

<sup>765</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 29 juin 1999, CPAM de la Seine-Saint-Denis c/ Henry et autres ; Aebi c/ Marek et autres ; Follet c/ Friquet et autres, à paraître au Bulletin ; D. 1999. J. 559, note D. Thouvenin et Somm.395, obs. J. Penneau ; JCP 1999. II. 10139, rapp. P. Sargos ; D. affaires, 1999. 1359, obs. J. F. ; Defrénois, 1999.994, obs. D. Mazeaud ; S. Hocquet-Berg, *Commentaire des arrêts rendus par la première chambre civile de la Cour de cassation le 29 juin 1999 en matière d'infection nosocomiale*, Gazette du Palais, 6 avril 2000, n°97, p. 13.

<sup>766</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 29 juin 1999, CPAM de la Seine-Saint-Denis, n°97-14254 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ, 29 juin 1999, arrêt n° 97-15818.

<sup>767</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 29 juin 1999, arrêt n°97-21903 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ, 13 février 2001, JCP 2000. IV. 1639 ; Dr. et patr. 2001, n°95, p. 105, obs. F. Chabas.

<sup>768</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 27 mars 2001, n°99-17.672, Bull. civ .I, n°87 ; RTD civ 2001, p. 596, note P. Jourdain ; S. Hocquet-Berg, RCA n°5, mai 2005, Comm. 159.

<sup>769</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 1<sup>er</sup> mars 2005, n°03-16.789.

<sup>770</sup> Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

Le Professeur Patrice Jourdain ne s'y trompe pas « cette jurisprudence de la Cour de cassation trouve une justification non seulement dans l'évidente volonté de faciliter l'indemnisation des nombreuses victimes d'infections nosocomiales mais encore certainement dans le souci d'en prévenir les risques par la menace d'une responsabilité systématique devant inciter les établissements et les praticiens à respecter les réglementations et, au-delà, à prendre toutes les mesures propres à éviter les infections. (...) C'est peut-être à la naissance d'un droit des accidents médicaux que nous assistons aujourd'hui »<sup>771</sup>.

Ces règles nouvelles ont été introduites car la faute n'avait pas pu être établie ; elles constituaient ainsi un dérivé du contrat<sup>772</sup>. Le Professeur Jean Penneau a écrit un commentaire très intéressant sur ces arrêts. Il estimait en premier lieu que la Cour de cassation est allée bien plus loin que le juge administratif<sup>773</sup> en adoptant une position infiniment plus stricte que le Conseil d'Etat<sup>774</sup>.

Il soutenait qu'il est « tout à fait opposé à la démarche suivie par la Cour de cassation dont ce n'est pas le rôle de définir des obligations contrairement à leur nature, dans le seul but - ou au risque - d'instituer un système de garantie qu'il n'appartient qu'au législateur d'instituer »<sup>775</sup>.

La remarque est on ne peut plus lucide et, venant d'une référence dans le domaine, loin d'être futile. En effet, l'office du juge en droit de la responsabilité médicale a été longtemps un succédané du législateur. Afin de garantir aux victimes une indemnisation appropriée, tant le juge administratif que le juge civil, ont tenté de créer ex nihilo des régimes jurisprudentiels. Ils l'ont fait pour colmater les brèches législatives en essayant d'une manière plus ou moins équilibrée de les associer de manière cohérente au fil de leur jurisprudence.

Dans la même idée, le Professeur François Chabas notait que « la responsabilité administrative est celle du service ; en droit privé, elle est celle d'une personne (personne morale ou personne physique). S'il paraît presque normal que l'obligation de sécurité pèse sur le médecin libéral lorsqu'il reçoit dans son cabinet<sup>776</sup>, en revanche, on comprend difficilement pourquoi le médecin est responsable in solidum avec la clinique dans laquelle il officie et qui seule peut exécuter les obligations relatives à l'asepsie »<sup>777</sup>.

---

<sup>771</sup> P. Jourdain, *Infections nosocomiales : le médecin et l'établissement de santé sont tenus d'une obligation de sécurité de résultat*, RTD Civ. 1999. 841.

<sup>772</sup> v. aussi : Cass. 1<sup>re</sup> civ, 12 avril 1995, Cts Martial c/ CRTS de l'hôpital Purpan, JCP 1995, II, n° 22467, note P. Jourdain ; Contrats, conc., consom. 1995, chron. 9, note L. Leveneur ; JCP 1995, I, n° 3853, n° 9 s., obs. G. Viney ; D. 1995, IR p. 130.

<sup>773</sup> N. Petroni-Maudière, *L'institution d'une obligation de sécurité de résultat à la charge du médecin ou le risque d'une rupture des équilibres fondamentaux du droit de la responsabilité médicale*, RGDM, 2001, n°6, p. 175.

<sup>774</sup> J. Penneau, *Responsabilité en cas d'infection nosocomiale*, D. 1999, p. 395.

<sup>775</sup> Ibid.

<sup>776</sup> V. en ce sens : JCP Responsabilité civile et assurances n° 2, Février 2016, alerte 4.

<sup>777</sup> F. Chabas, *Les infections nosocomiales, responsabilité en droit privé et en droit public*, art. cité.

On peut nuancer toutefois l'idée qu'il existe une différence notable entre les deux juridictions. Même si le Conseil d'Etat a eu l'occasion de rappeler la jurisprudence Cohen<sup>778</sup>, il a affirmé plus tard que cette présomption subsistait alors même que les médecins n'auraient commis aucune faute, notamment en matière d'asepsie<sup>779</sup>.

Une telle position se rapproche d'une présomption quasiment irréfragable qui rappelle beaucoup celle du juge judiciaire.

### ***La loi du 4 mars 2002 et la fin des incertitudes jurisprudentielles en matière d'infections nosocomiales.***

La loi du 4 mars 2002 aura heureusement permis de mettre fin aux incertitudes. Elle n'a cependant pas donné de définition de l'infection nosocomiale. Sur la base d'une circulaire de 2000, on peut estimer de manière lapidaire qu'il s'agit d'une « infection contractée dans un établissement de santé »<sup>780</sup>.

La juridiction administrative a longtemps fait une distinction entre les infections nosocomiales endogènes<sup>781</sup> et les infections nosocomiales exogènes<sup>782</sup> estimant que seules ces dernières ouvraient droit à réparation. Le juge civil a lui toujours refusé de telles distinctions<sup>783</sup>.

Toujours est-il que cette distinction a été abandonnée ; la loi a fait « peser sur l'établissement de santé la responsabilité des infections nosocomiales, qu'elles soient exogènes ou endogènes, à moins que la preuve d'une cause étrangère ne soit apportée »<sup>784</sup>.

Ainsi, c'est souvent le juge administratif, contraint parfois par la loi, qui s'est aligné sur le juge judiciaire.

## *2) Du juge civil au juge administratif*

En matière d'indemnisation, il est souvent écrit que le juge administratif a été influencé par son homologue judiciaire.

La doctrine administrativiste concède que « cela est vrai, historiquement. Cette influence a été observée, par exemple, en ce qui concerne la date d'évaluation du préjudice. (...) Une évolution importante, conduisant à une amélioration de la situation de la victime, a été opérée depuis trois arrêts du 21 mars

---

<sup>778</sup> CE, 31 mars 1999, *Assistance publique à Marseille*, n°181709 RFDA 1999, p. 699.

<sup>779</sup> CE, 31 mars 1999, *CPAM du Vaucluse*, n°181735 ; pour une application par les juges du fond CAA, Paris, 12 juillet 2000, n°98PA04157, CAA, Nancy, 4 juillet 2002, n°97NC02368.

<sup>780</sup> N°2000-645 du 25 décembre 2000 relative à l'organisation de la lutte contre les infections nosocomiales dans les établissements de santé.

<sup>781</sup> Le malade s'infecte avec ses propres germes ou à partir de l'environnement où il les a dispersés

<sup>782</sup> On en distingue le plus souvent trois sortes : les hétéro-infections : infections croisées entre malades ; les xéno-infections : infections endémiques ou épidémiques issues de la population extra-hospitalière (visiteurs, malades, personnels) ; les exo-infections : infections liées à l'environnement (eau, air, l'alimentation et le matériel).

<sup>783</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ, 4 avril 2007, n°04-17.491 : la responsabilité de plein droit pesant sur le médecin et l'établissement de santé en matière d'infection nosocomiale n'est pas limitée aux infections d'origine exogène ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ, 4 juin 2007, n°06-10812, Bull. civ. I, n°B233 ; D. 2007, p. 1870.

<sup>784</sup> CE, 10 octobre 2011, *Centre hospitalier universitaire d'Angers*, n°328500.

1947<sup>785</sup>. Désormais, en ce qui concerne les dommages d'ordre corporel, la date est fixée au jour de la décision juridictionnelle »<sup>786</sup>.

Dans un autre domaine, le juge civil a toujours été soucieux de s'assurer que le malade a reçu une information des suites possibles d'un acte thérapeutique ou d'une expérimentation<sup>787</sup> et ce bien avant l'affirmation explicite du code de déontologie médicale<sup>788</sup>. Cette information a été étendue aux risques exceptionnels.

Il en a fait un principe cardinal du droit médical. En 1997<sup>789</sup>, il a estimé que c'était aux professionnels de santé de prouver qu'ils avaient bien respecté cette obligation.

Le juge administratif s'est montré lui assez timide sur l'étendu de ce devoir d'information. Il a longtemps considéré qu'il ne portait pas sur les risques exceptionnels<sup>790</sup>.

Un assouplissement a été apporté pour le cas particulier de la chirurgie esthétique pour laquelle l'obligation d'information portait sur les risques graves mais également sur l'ensemble des risques connus<sup>791</sup>. Ainsi, jusque dans les années 90, le juge civil tenait la même position que son homologue. Pour le juge administratif, les hôpitaux publics n'avaient pas d'obligation d'informer leurs patients des risques ayant un caractère exceptionnel mais seulement des risques courants<sup>792</sup>.

Le juge civil a par la suite fait évoluer sa jurisprudence en ce qui concerne les risques exceptionnels de l'acte thérapeutique, la charge de la preuve qui incombe aux professionnels de santé et l'appréhension de l'absence d'information en matière de perte de chance.

**La transposition des risques exceptionnels à l'information.** Une fois n'est pas coutume, ce sont les forces vives des juges du fond qui ont interpellé la haute juridiction sur la nécessité d'élargir ce devoir d'information de manière équivalente à celle du juge judiciaire.

La cour administrative d'appel de Paris a estimé que si un risque était connu, le seul fait que sa réalisation soit exceptionnelle n'exonèrait pas le médecin de son devoir d'information<sup>793</sup>. Cette position n'était pas conforme à la jurisprudence du Conseil d'Etat mais elle rappelait la jurisprudence de la Cour de cassation rendue quelques mois plus tôt.

---

<sup>785</sup> CE, Ass. 21 mars 1947, *Cie générale des eaux, Dame Lefèvre, Dame Aubry*.

<sup>786</sup> M. Sousse, *l'évaluation du préjudice*, Travaux de l'AFDA – 6, colloques et débats, LexisNexis : Actes du colloque organisé les 7 et 8 juin 2012 par l'Association française pour la recherche en droit administratif à l'Université Toulouse 1 Capitole, Paris, 2013, 222 pages, p. 187.

<sup>787</sup> CA, Aix-en-Provence, 22 octobre 1906, *Coconni c./ Chini*, D. P. 1907-2-41.

<sup>788</sup> Article 35 du décret n° 95-1000 du 6 septembre 1995 : « le médecin doit à la personne qu'il examine, qu'il soigne ou qu'il conseille, une information loyale, claire et appropriée sur son état, les investigations et les soins qu'il propose ».

<sup>789</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, février 1997, Bull. civ. I, n°75, R 1997, p. 271.

<sup>790</sup> CE, 21 juillet 1972, *Dame Rabus*, n°79464, rec. p. 594 ; CE, *Epoux Fourteau*, n°95790, rec. 222.

<sup>791</sup> CE, 15 mars 1996, *Mademoiselle Durand*, n° 136692 : « en matière de chirurgie esthétique le praticien est tenu d'une obligation d'information particulièrement étendue à l'égard de son client ».

<sup>792</sup> CE, 9 janvier 1970, n°73067, *Sieur Carteron* ; CE, 9 avril 1986, n°47246, *Ciesla*, rec. 85 ; CE, 1 mars 1989, n°67461, *Gélineau*, rec. 657.

<sup>793</sup> CAA Paris, 9 juin 1998, *Guilbot*, n°95PA03660.

Le commissaire du gouvernement de la cour administrative d'appel de Paris a, dans ses conclusions, clairement indiqué que « la Cour de cassation a franchi un pas décisif que nous allons vous demander de franchir à votre tour, en reconnaissant le droit à l'information du patient des risques »<sup>794</sup>.

La Haute Juridiction a fait sienne l'interprétation de la cour d'appel en estimant que « la seule circonstance que les risques ne se réalisent qu'exceptionnellement ne dispense pas les praticiens de leur obligation »<sup>795</sup>. Les juridictions administratives ont donc transposé la jurisprudence de la Cour de cassation aux hôpitaux publics.

De manière identique au juge judiciaire, les seules possibilités d'échapper à cette obligation sont l'urgence<sup>796</sup>, l'impossibilité ou le refus du patient d'être informé tout comme la preuve de cette information incombe aux professionnels de santé.

**La transposition du renversement de la charge de la preuve.** Globalement, le juge administratif est prudent dans ce contentieux. C'est la raison pour laquelle il n'a jamais énoncé explicitement que la charge de la preuve du devoir d'information incombait aux professionnels de santé. Ce qui laissait planer une ambiguïté.

C'est pourtant ce que le juge civil a affirmé sans ambages dans le célèbre arrêt Hédreul dont les médecins gardent un souvenir marquant<sup>797</sup>. Il a précisé toutefois que la preuve pouvait être établie par tous moyens<sup>798</sup> même si les présomptions ont naturellement leurs limites<sup>799</sup>.

La position du juge administratif laissait supposer que chaque partie devait essayer d'apporter la preuve de ce qu'elle allègue.

Une position médiane soutenue par une doctrine civiliste éminente : « ne pourrait-on laisser au juge le soin de demander à l'une ou à l'autre d'apporter les preuves dont elles disposent et de se faire une opinion au vu de ces preuves, quitte d'ailleurs à traiter plus sévèrement, en cas de doute, celle qui possédait la meilleure aptitude à la preuve ? » suggérait le Professeur Geneviève Viney<sup>800</sup>.

---

<sup>794</sup> E. Corouge, *Devoir d'information du malade et responsabilité hospitalière*, RFDA 2000, 636, sur CAA de Paris, 9 juin 1998, *Guilbot*.

<sup>795</sup> CE, 5 janvier 2000, *Consorts Telle*, n°181899, rec. 5, concl. D. Chauvaux ; Dr. adm. 2000, com. 46, note C. Esper ; RFDA 2000, p. 641, concl. D. Chauvaux ; CE, 29 avril 2015, n° 368621.

<sup>796</sup> CE, 6 décembre 1978, *Giral*, Lebon, tables, p. 935 ; D. 1979. IR. 111, obs. F. Moderne ; RD sanit. soc. 1979. 511, note P. Soler Couteaux ; CE, 10 janvier 1979, *Epoux Tarrabia* et *Centre hospitalier de Lourdes*, RD sanit. soc., p. 511, note P. Soler ; CE, 19 mai 1983, *M. Moudjahed*, n°33587 ; CE, 17 février 1988, *Mme Morette Borny*, rec. 73.

<sup>797</sup> P. Biclet, *Qui sème le vent*, *Medecine & Droit*, 1997, n°23, p. 1.

<sup>798</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 octobre 1997, *Guyomar c/ Lelay*, Bull. civ. I, n° 278, p. 188 ; JCP 1997. II. 22942, rapp. P. Sargos ; RD sanit. soc. 1998. 68, note M. Harichaux ; *Medecine & droit* 1997, n° 27, p. 1, note P. Sargos ; JCP 1997. I. 4068, p. 508, chron. G. Viney.

<sup>799</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 26 janvier 1999, *Medecine & droit* 1999, n° 35, p. 31, obs. P. B.

<sup>800</sup> G. Viney, JCP 1997. I. 4068, p. 509.

A l'inverse, aucun arrêt du Conseil d'Etat n'a affirmé ce renversement de la charge de la preuve de manière catégorique ; la Haute-Juridiction concédant « qu'elle n'a jamais nettement tranché la question, se contentant de relever en l'état du dossier que le défaut d'information n'est pas prouvé »<sup>801</sup>.

Pourtant, le conseiller Braibant avait dans le passé signalé que la solution était trop rigoureuse car « elle met à la charge du malade la preuve d'un fait négatif qu'il lui est pratiquement impossible d'apporter »<sup>802</sup>. Dès lors, il est préférable de « ne pas poser en cette matière des règles rigides de preuve et tenir compte dans chaque cas des circonstances de l'ensemble de l'affaire, en utilisant au besoin les ressources de la procédure inquisitoire »<sup>803</sup>.

Le ton du Conseil d'Etat est policé. La haute juridiction ne dit pas directement que c'est une obligation des professionnels de santé comme l'ont fait les juges du fond<sup>804</sup>. Elle affirme plus subtilement que l'hôpital n'a pas prouvé que le patient avait été effectivement informé<sup>805</sup>. Néanmoins, le juge administratif est aujourd'hui plus ferme en affirmant qu'il appartient aux établissements de santé d'établir que cette information a été délivrée<sup>806</sup>.

Il a aussi spécifié que cette preuve pouvait être apportée par tous moyens tels des courriers adressés au patient<sup>807</sup>, des attestations du patient sur la nature et l'étendue de l'information reçue<sup>808</sup>. Etant entendu que l'information devait être délivrée directement au patient et non par le biais d'un intermédiaire sauf si cela avait été expressément demandé.

Par suite, comme le juge judiciaire, il a associé l'indemnisation du défaut d'information à la perte d'une chance.

**La transposition de la perte de chance<sup>809</sup> au contentieux du devoir d'information.** L'utilisation de la perte de chance est un moyen de limiter les conséquences indemnitaires du défaut d'information.

Le juge administratif ou civil va « évaluer la fraction de ce dommage imputable à la perte de chance en procédant à un rapprochement entre, d'une part, les risques inhérents à l'intervention et, d'autre part, les

---

<sup>801</sup> EDCE, n° 49, 1998, p. 310.

<sup>802</sup> Dans ses ccl sur CE, 7 février 1969, *M'Barek*, rec. 87.

<sup>803</sup> Ibid

<sup>804</sup> CAA, Paris, 9 juin 1998, *Guilbot*, n°95PA03660 ; « que l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris n'apporte pas la preuve qui lui incombe que M. G. a été informé de ce risque de paraplégie ».

<sup>805</sup> CE, 5 janvier 2000, *Assistance publique-Hôpitaux de Paris*, n°198530 : « l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris n'établissait pas que l'intéressé avait été informé des risques de l'intervention » ; CE, 5 janvier 2000, *Consorts Telle*, n°181899, rec. 5 : Une attestation postérieure du médecin « n'est pas de nature à établir que les praticiens se sont acquittés de leur obligation d'information ».

<sup>806</sup> CE, 28 juillet 2011, *Mme Le Flohic*, n°331126.

<sup>807</sup> CAA, Paris, 10 juin 2010, n°09PA04044 : « qu'il résulte de l'instruction, et notamment de deux courriers produits au dossier émanant du professeur ayant opéré Mme A et préalables à l'intervention, que celle-ci a été informée des risques liés à l'opération et notamment du risque de paraplégie ».

<sup>808</sup> CE, 14 novembre 2011, n°337715 : « que cette attestation faisait état de l'entretien individuel que la patiente avait eu avec le praticien qui allait réaliser l'intervention ; qu'en estimant, au vu de ces éléments, que le centre hospitalier établissait lui avoir délivré l'information prévue par l'article L. 1142-1 du code de la santé publique, la cour n'a pas commis d'erreur de droit ».

<sup>809</sup> S. Boussard, *Les vicissitudes de la perte de chance dans le droit de la responsabilité hospitalière*, RFDA 2008. 1023.

risques en cas de renoncement à ce traitement »<sup>810</sup> alors que les juridictions administratives condamnaient auparavant l'hôpital à réparer l'intégralité du préjudice<sup>811</sup>.

Depuis, la jurisprudence est abondante et elle s'est complexifiée du point de vue de la causalité.

Du reste, la tendance générale est à une indemnisation plus favorable aux victimes avec le développement d'un préjudice d'impréparation, à l'éventualité de la réalisation de risques postopératoires<sup>812</sup> alors même que l'intervention était impérieusement requise<sup>813</sup>.

La Cour de cassation a, elle aussi, rappelé que « la lésion de ce droit subjectif entraîne un préjudice moral résultant d'un défaut de préparation psychologique aux risques encourus et du ressentiment éprouvé à l'idée de ne pas avoir consenti à une atteinte à son intégrité corporelle »<sup>814</sup>.

La terminologie du juge civil laisse à penser que l'indemnisation est quasi automatique alors que les juridictions administratives considèrent que « l'existence d'un tel préjudice ne se déduit pas de la seule circonstance que le droit du patient d'être informé des risques de l'intervention a été méconnu et il appartient à la victime d'en établir la réalité et l'ampleur »<sup>815</sup>.

Pour le juge administratif, la perte de chance ne peut s'appliquer quand l'intervention était impérieusement requise<sup>816</sup>. Le juge administratif a cependant considérablement assoupli cette exigence en estimant « qu'indépendamment de la perte d'une chance de refuser l'intervention, le manquement des médecins à leur obligation d'informer le patient des risques courus ouvre pour l'intéressé, lorsque ces risques se réalisent, le droit d'obtenir réparation des troubles qu'il a pu subir du fait qu'il n'a pas pu se préparer à cette éventualité, notamment en prenant certaines dispositions personnelles »<sup>817</sup>.

Une telle approche semblait en adéquation avec le juge civil dans la mesure où ce préjudice est établi si le risque inhérent à l'acte d'investigation, de traitement ou de prévention s'est réalisé<sup>818</sup>.

Partant de ce constat, la doctrine a présenté d'emblée l'arrêt Consorts Telle comme un « alignement de la jurisprudence administrative sur la jurisprudence judiciaire »<sup>819</sup>.

---

<sup>810</sup> CE, 5 janvier 2000, *Assistance publique-Hôpitaux de Paris*, n°198530 ; Raisonement similaire que le juge judiciaire sur la perte de chance : Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 février 1990, *Jugnet c/ Hérard et autres*, Bull. civ. I, n° 39, p. 30 ; D. 1991, somm. p. 183, obs. J. Penneau.

<sup>811</sup> CE, 17 février 1988, n°71974, C.H.R Nancy.

<sup>812</sup> On parle d'un « préjudice d'impréparation » : M. Penneau, note sous CA, Angers, 11 septembre 1998, D. 1999. 46, note M. Penneau ; RDSS 1999. 508, obs. L. Dubouis ou d'un préjudice né de la seule violation du droit à l'information : S. Porchy-Simon, JCP 12 juillet 2010, p. 1455 voire d'un droit à la personnalité : M. Bacache, note, D. 2014. 594.

<sup>813</sup> CE, 10 octobre 2012, *B. et Mme Lemaître*, n°350426, Lebon 357 ; AJDA 2012. 2231, note Lantero ; RD publ. 2013. 496, chron. Pauliat.

<sup>814</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ. 1 juillet 2012, n°11-17.510.

<sup>815</sup> CAA, Paris, 6 mars 2014, n°13PA02618.

<sup>816</sup> CE, 24 septembre 2012, *Hôpital Edouard-Herriot*, n° 339285, au Lebon ; AJDA 2012. 1828.

<sup>817</sup> CE, 10 octobre 2012, *M. B. et M<sup>me</sup> Lemaître*, Lebon 357 ; AJDA 2012. 1927.

<sup>818</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 23 janvier 2014, n°12.22.123 : « la perte de chance présente un caractère direct et certain chaque fois qu'est constatée la disparition d'une éventualité favorable ».

<sup>819</sup> P. Bon, *Devoir d'information du médecin : alignement de la jurisprudence administrative sur la jurisprudence judiciaire*, RFDA 2000, p. 654.

Le Professeur Pierre Bon précisait que le juge administratif ne perd jamais de vue en matière de contentieux de la responsabilité la jurisprudence judiciaire<sup>820</sup>.

Le Conseil d'Etat a donc « suivi une voie récemment ouverte par la Cour de cassation (...) la section du contentieux n'a pu rester insensible, même si cela ne pouvait déterminer la solution adoptée, au caractère opportun d'une unification des jurisprudences dans un domaine régi tout autant par le droit civil que par le droit administratif »<sup>821</sup>.

Il est toutefois à regretter que ce défaut d'information ait pris une telle ampleur<sup>822</sup> et suscité tant de débats. Il paraît assez inquiétant qu'il occupe une place aussi importante dans le contentieux<sup>823</sup> alors qu'il ne s'agit pas d'une faute médicale à proprement parler mais d'une érosion dans la relation de confiance que doivent entretenir le médecin et le patient.

« Il faudra sans doute du temps pour que leur droit à l'information s'exerce dans des conditions satisfaisantes et que les deux ordres de juridiction aient apporté une réponse claire aux problèmes juridiques que pose sa mise en œuvre » affirmait le Professeur Louis Dubouis<sup>824</sup>.

Le législateur a depuis contribué à clarifier ce contentieux.

#### b) Une proximité légale

La très attendue loi du 4 mars 2002 dite loi Kouchner est une des lois fondamentales du droit de la santé<sup>825</sup>. Elle a apporté un changement considérable à cet état de droit, tout en maintenant les principes fondamentaux de la jurisprudence<sup>826</sup>.

**Une loi volumineuse.** L'appellation de la loi est explicite, tout comme son contenu ; il s'agit de donner au droit médical un cadre légal et de redessiner le système de santé dans son ensemble.

Le volume de ladite loi en témoigne, elle est composée de 126 articles. Cette loi « touffue et proluxe »<sup>827</sup> est structurée en cinq parties : 1/ La solidarité envers les personnes handicapées 2/ La

---

<sup>820</sup> Ibid, note 6 : La preuve en est donnée par les Réflexions du Conseil d'Etat sur le droit de la santé (EDCE, n° 49, 1998, p. 227 et s.) qui, à propos de l'information médicale des patients, font une large place à la jurisprudence judiciaire (v. p. 305-311).

<sup>821</sup> M. Guyomar, P. Collin, *L'obligation d'information du médecin à l'égard de son patient s'étend à tous les risques connus liés à l'acte devant être pratiqué*, AJDA 2000, p. 137.

<sup>822</sup> N. Albert, *Obligation d'information médicale et responsabilité*, RFDA 2003, p. 353.

<sup>823</sup> En cause dans la moitié des procédures engagées : commentaires du code de déontologie médicale, Conseil national de l'ordre des médecins, éd. 1996, p. 144, cité par L. Dubouis, note sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 février 1997, RD sanit. soc. 1997. 290.

<sup>824</sup> L. Dubouis, *Le droit du patient à l'information : harmonisation des jurisprudences civile et administrative et problèmes de mise en œuvre*, RDSS 2000, p. 357.

<sup>825</sup> Loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à qualité du système de santé

<sup>826</sup> P. Malaurie, *La responsabilité civile médicale*, Defrénois, 15 décembre 2002, n°23, p. 1516.

<sup>827</sup> Y. Lambert-Faivre, *La loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. La solidarité envers les personnes handicapées*. D. 2002, p. 1217.

démocratie sanitaire 3/ La qualité du système de santé 4/ La réparation des conséquences des risques sanitaires 5/ Les dispositions relatives à l'Outre-Mer.

Le titre Ier n'était nullement prévu à l'origine mais faisait suite à l'émoi et aux débats tumultueux entraînés par la jurisprudence Perruche de la Cour de cassation du 17 novembre 2000<sup>828</sup>, réitérée plusieurs fois<sup>829</sup>. Avec beaucoup d'âpreté, le législateur a entendu neutraliser les effets de cette jurisprudence en déclarant que « nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance ».

Cela n'excluait pas pour autant l'indemnisation de la personne née avec un handicap lorsque « l'acte fautif a provoqué directement le handicap ou l'a aggravé, ou n'a pas permis de prendre les mesures susceptibles de l'atténuer » ou l'indemnisation des parents au titre de leur seul préjudice lorsque l'enfant est né « avec un handicap non décelé pendant la grossesse à la suite d'une faute caractérisée »<sup>830</sup>.

Le débat n'a plus grand intérêt aujourd'hui mais il est étonnant que le législateur intervienne d'emblée contre une jurisprudence alors que ladite loi avait pour but de promouvoir les droits des malades.

Cette confrontation entre ces deux sources du droit n'est pas anodine. La question est d'autant moins insignifiante qu'elle entraîne nécessairement une superposition du régime jurisprudentiel et du régime législatif ; ce qui soulève un débat sur la date à compter de laquelle les jurisprudences antérieures s'effacent au profit des dispositions législatives<sup>831</sup>.

En fin de compte, seuls quelques articles épars mais non moins importants traitent de la responsabilité médicale car la loi concerne majoritairement le fonctionnement du système de santé.

***La synthèse des jurisprudences des cours suprêmes par la loi.*** Le titre II de la loi sur la démocratie sanitaire est particulièrement éloquent puisqu'il comporte un chapitre sur les droits de la personne.

La doctrine a trouvé dans cette loi une consécration légale des droits du malade qui entérine finalement un mouvement jurisprudentiel initié par la Cour de cassation et repris par le Conseil d'Etat<sup>832</sup>.

---

<sup>828</sup> Cass. Ass. 17 novembre 2000, n°99-13701.

<sup>829</sup> Cass. Ass. plén, 13 juillet 2001, trois arrêts : D. 2001, p. 2325, note P. Jourdain.

<sup>830</sup> Article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles.

<sup>831</sup> O. Smallwood, *Le juge et le staphylocoque*, Revue droit & santé n°22, mars 2008, pp. 204 à 206, CAA, Bordeaux, 2 octobre 2007, n°06BX00135 ; 18 décembre 2007, n°05BX01338 ; 18 décembre 2007, n°05BX00824 : Sur le terrain du droit de la responsabilité, il convient dès lors de constater que les faits compris entre le 22 avril et le 4 septembre 2001 relèvent assurément du régime prétorien ante legem dégagé par le juge administratif, alors que les faits du 5 au 8 septembre 2001 doivent donner lieu à l'application du régime légal issu de la loi du 4 mars 2002 ; T. Olson, *L'entrée en vigueur des dispositions de la loi du 4 mars 2002 et du 30 décembre 2002*, Conclusions sur CE, 13 juillet 2007, Office national d'indemnisation des accidents médicaux, n°293196 et CE, 13 juillet 2007, *Centre hospitalier d'Eaubonne-Montmorency*, n°299693, RFDA 2008, p. 337 ; C. Alonso, *Infections nosocomiales : A qui la faute ?* sous CE, 21 mars 2011, *Centre hospitalier de Saintes*, n°334501, Petites Affiches, 22 juin 2011, n°123, p. 13 ; v. aussi Cass. 1<sup>re</sup> civ, 10 avril 2013, n°12-14219.

<sup>832</sup> M. Lannoy, *corps à corps : la personne humaine en droit de la responsabilité hospitalière*, RDSS 2015, p. 117.

Ces droits avaient d'ailleurs été rappelés par la charte du patient hospitalisé issue d'une circulaire<sup>833</sup> et par la déontologie des professionnels de santé<sup>834</sup>.

Aussi, la personne malade a droit au respect de sa dignité<sup>835</sup>, ce que la Cour de cassation a longtemps clairement affirmé<sup>836</sup>, tout comme le Conseil d'Etat<sup>837</sup>. Cela implique que « nul ne peut faire l'objet de discriminations dans l'accès à la prévention et aux soins »<sup>838</sup>.

Par ailleurs, la loi dispose désormais que « toute personne prise en charge par un professionnel, un établissement, un réseau de santé ou tout autre organisme participant à la prévention et aux soins a droit au respect de sa vie privée et au secret des informations la concernant »<sup>839</sup>.

Encore une fois, c'est un principe sur lequel, sur la base du Code pénal, la Cour de cassation n'a jamais transigé<sup>840</sup>.

Ensuite, le législateur a unifié l'ensemble de la jurisprudence sur le droit à l'information en ces termes : « toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé. Cette information porte sur les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus. Lorsque, postérieurement à l'exécution de ces investigations, traitements ou actions de prévention, des risques nouveaux sont identifiés, la personne concernée doit en être informée, sauf en cas d'impossibilité de la retrouver »<sup>841</sup>.

C'est la transcription pure et simple de la jurisprudence de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat à la seule différence que la loi n'impose une information que sur les risques fréquents ou graves normalement prévisibles et non les risques exceptionnels de manière générale sauf quand ceux-ci sont prévisibles et scientifiquement connus. Enfin, la pratique de la responsabilité médicale a été grandement facilitée par un accès direct au dossier médical<sup>842</sup>.

---

<sup>833</sup> N°95-22 du 6 mai 1995.

<sup>834</sup> J. Moret-Bailly, *Les rapports entre la loi et les déontologies des professions de santé après la loi du 4 mars 2002*, RDSS 2003, p. 581.

<sup>835</sup> Article L. 1110-2 du CSP.

<sup>836</sup> Req. 28 janvier 1942, *Parcelier c/ Teyssier*, DC 1942. 63.

<sup>837</sup> CE, 19 septembre 2014, n° 361534, D. 2014. 2053.

<sup>838</sup> Article. L. 1110-3 du CSP.

<sup>839</sup> Article. L. 1110-4 du CSP.

<sup>840</sup> Crim. 19 décembre 1885, *Watelet*, Bull.crim, n°363 ; S. 1886. I, rapp.Talon ; Crim. 20 décembre 1967, *Theaux*, Bull. n°338, D. 1968, Somm, p. 67 même si le principe a ses limites : Cass. 1<sup>re</sup> civ, 15 juin 2004, n°0102338, Bull. civ. I, n°171 ; D. 2004, p. 2682, D. Duval-Arnould, *Le juge civil face au secret médical*.

<sup>841</sup> Article L. 1111-2 du CSP.

<sup>842</sup> Article L. 1111-7 du CSP : « Toute personne a accès à l'ensemble des informations concernant sa santé détenues par des professionnels et établissements de santé, qui sont formalisées et ont contribué à l'élaboration et au suivi du diagnostic et du traitement ou d'une action de prévention, ou ont fait l'objet d'échanges écrits entre professionnels de santé (...) ».

*Le rappel par la loi de principes qui dépassent la dualité de juridictions.* Sur le volet de la responsabilité, on trouve désormais dans le code de la santé publique les principes généraux entourant les risques sanitaires résultant du fonctionnement du système de santé.

L'article 1142 du code de la santé publique est la nésence de la loi ; il dispose d'une manière opaque mais claire que « les professionnels de santé mentionnés à la quatrième partie du présent code, ainsi que tout établissement, service ou organisme dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins ne sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute ».

Entendons ainsi et cela n'a jamais été contesté par les juridictions que la responsabilité médicale est par principe une responsabilité pour faute<sup>843</sup>.

Une partie de la doctrine a bien cerné qu'il s'agissait de mettre un « frein à la prolifération de l'obligation de sécurité de résultat (...) un tel essor avait pu faire craindre une évolution vers une responsabilité sans faute, certes non généralisée, mais s'appliquant à des domaines de plus en plus variés et de plus en plus larges »<sup>844</sup>.

Autour de la faute, elle a stabilisé<sup>845</sup> les jurisprudences administrative et judiciaire dont l'appréhension de la faute médicale est assez large<sup>846</sup>.

Toutefois, il n'y a pas de précision sur la vraie nature du lien entre le médecin et le patient. Celle-ci est encore aujourd'hui contractuelle, parfois délictuelle ou simplement autonome<sup>847</sup>.

Pour le Professeur Sophie Hocquet-Berg, il apparaît que l'existence ou non d'un contrat entre le patient et le professionnel de santé ne présente désormais guère d'intérêt<sup>848</sup> dans la mesure où la loi, indépendamment de l'existence ou non d'un contrat ou du lieu d'exercice, induit une autonomisation de la matière.

---

<sup>843</sup> Principe affirmé par l'arrêt Mercier : civ. 20 mai 1936, DP 1936. 1. 88, rapp. Jossierand et concl. Matter note de E. Pilon ; RTD civ. 1936. 691, obs. Demogue.

<sup>844</sup> D. Berthiau, *La faute dans l'exercice médical depuis la loi du 4 mars 2002*, RDSS 2007, p. 772.

<sup>845</sup> Pour reprendre le terme de D. Truchet, *La faute et la loi du 4 mars 2002 en matière de responsabilité des établissements publics de santé*, RDSS 2015, p. 14.

<sup>846</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 5 mars 2015, n° 14-13292, M. Bacache, JCP, n° 19-20, mai 2015, p. 564.

<sup>847</sup> Pour M. Girer, *contribution à une analyse rénovée de la relation de soins : essai de remise en cause du contrat médical*, pref. G. Mémeteau, collection Thèses, Bordeaux, Les Etudes Hospitalières, 2010, 810 p, p. 717 : « finalement, la loi du 4 mars 2002 n'a pas répondu à une logique d'analyse du contenu de la relation de soins. Une réforme d'ensemble, identique à la réflexion menée sur la véritable nature du contrat de travail lors de l'adoption de la loi relative aux accidents du travail, aurait permis d'éclaircir de nombreux points encore flous et de faire pencher définitivement la relation de soins dans la sphère des relations statutaires ».

<sup>848</sup> S. Hocquet-Berg, B. Py, *La responsabilité du médecin*, Paris, Heures de France, 2006, p. 15.

Effectivement, le législateur savait pertinemment que les jurisprudences de la Haute Juridiction visant à indemniser les accidents médicaux avaient tendance à s'é mousser<sup>849</sup>. Il a ainsi fait suite aux nombreux projets de réforme relatifs à l'indemnisation des accidents médicaux<sup>850</sup>.

La loi prévoit désormais que « lorsque la responsabilité d'un professionnel, d'un établissement (...) n'est pas engagée, un accident médical, une affection iatrogène ou une infection nosocomiale ouvre droit à la réparation des préjudices du patient (...) lorsqu'ils sont directement imputables à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins et qu'ils ont eu pour le patient des conséquences anormales au regard de son état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci et présentent un caractère de gravité ».

Les assureurs avaient fait pression pour faire rentrer les infections nosocomiales dans le champ de la solidarité nationale<sup>851</sup>. Parmi ces régimes de responsabilité sans faute, la loi indique à l'article L.1142-1 du code de la santé publique que « les établissements, services et organismes susmentionnés sont responsables des dommages résultant d'infections nosocomiales, sauf s'ils rapportent la preuve d'une cause étrangère ». Le législateur valide ici les jurisprudences administrative<sup>852</sup> et judiciaire<sup>853</sup> qui avaient été d'un grand soutien pour les victimes<sup>854</sup>. Le constat est d'autant plus éloquent que l'indemnisation est grandement facilitée par l'assurance obligatoire en responsabilité médicale imposée par la loi à tous les professionnels de santé<sup>855</sup>.

Cette loi n'est pas exempte de critiques, sur le fond<sup>856</sup> comme sur la forme<sup>857</sup>, mais elle aura contribué à clarifier et à marquer du sceau législatif des jurisprudences déjà bien ancrées.

**Une loi d'équilibre.** La loi a marqué un tournant décisif en solidifiant cet agrégat de solutions jurisprudentielles dégagées par les juridictions administratives et judiciaires indépendamment du droit privé et du droit public.

---

<sup>849</sup> Entre les accidents imputables aux vaccinations obligatoires (CE, Ass. plénière, 7 mars 1958, *Secrétaire d'Etat à la Santé publique c/ Sieur Dejous*, Lebon, p. 153), les actes de soins courants (pour une injection intraveineuse CE, 23 février 1962, *Sieur Meier*, Lebon, p. 122) ; pour des exercices de rééducation (CE 19 mai 1976, *Centre hospitalier régional de Poitiers*, Lebon, p. 266), les défauts d'asepsie (CE, 9 décembre 1988, *Cohen*, Lebon, p. 421, préfiguré par la décision Savelli du Conseil d'Etat du 18 novembre 1960, Lebon, p. 640), il été difficile de percevoir les limites et de saisir l'unité réelle de toutes ces présomptions.

<sup>850</sup> V. Y. Lambert-Faivre, *Droit du dommage corporel*, 4<sup>e</sup> éd, Paris, Dalloz, 2000, n° 566 à 641.

<sup>851</sup> Y. Lambert-Faivre, *La responsabilité médicale : la loi du 30 décembre modifiant la loi du 4 mars 2002*, D. 2003, p. 361.

<sup>852</sup> CE, 9 décembre 1988, *Cohen*, Lebon, p. 431.

<sup>853</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 29 juin 1999, JCP 1999, II, n° 10138, rapport P. Sargos.

<sup>854</sup> Y. Lambert-Faivre, *la loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, III L'indemnisation des accidents médicaux*, D. 2002, p. 1367.

<sup>855</sup> Article L. 1142-2 CSP.

<sup>856</sup> Sur le seuil d'indemnisation très élevé qui « exclut trop de victimes » et sur « la confusion entre incapacité fonctionnelle et incapacité professionnelle ». v. Y. Lambert-Faivre, *la loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, III L'indemnisation des accidents médicaux*, art. précité.

<sup>857</sup> Sur le fait que le texte n'ai pas été assez débattu au Parlement ou que le Conseil constitutionnel n'ait pas été saisi : M. Cormier, *La loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, RDSS 2002, p. 641.

C'est la raison pour laquelle il est très intéressant d'analyser de manière empirique les relations entre contentieux et jurisprudence<sup>858</sup>. Indépendamment de la juridiction, « les actions tendant à mettre en cause la responsabilité des professionnels de santé ou des établissements de santé publics ou privés à l'occasion d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins se prescrivent par dix ans à compter de la consolidation du dommage »<sup>859</sup>.

***Quelle réforme pour la responsabilité médicale ?*** Si l'on doutait encore de la spécificité de la responsabilité médicale, on peut remarquer au besoin que la plupart des projets de réforme de la responsabilité civile font un cas à part de celle-ci.

Le 13 mars 2017, l'ancien ministre de la Justice, Jean-Jacques Urvoas, a présenté un projet de réforme de la responsabilité civile à l'Académie des sciences morales et politiques. Le garde des sceaux suggérait « l'adoption de règles particulières, adaptées à sa spécificité, pour en élaborer un véritable droit commun. Ce droit commun du dommage corporel se traduit par des règles tenant tant aux conditions de la responsabilité qu'à ses effets, distinctes de celles applicables au dommage matériel. L'ensemble de ces règles vise à favoriser la réparation du dommage corporel, et ce conformément au principe de réparation intégrale. Il en est ainsi notamment de la présomption d'imputabilité posée à l'article 1240, de la limitation de l'exonération partielle à la faute lourde de la victime au second alinéa de l'article 1254, de la restriction au dommage matériel de l'obligation de prendre les mesures propres à en éviter l'aggravation à l'article 1263, de la fixation des dommages et intérêts poste par poste de préjudice à l'article 1269, de la suppression de la possibilité pour les tiers payeurs d'exercer leur recours sur les postes de préjudices extrapatrimoniaux, etc. ».

Par ailleurs « il est notamment prévu de consacrer la nomenclature dite *Dintilhac*, liste non limitative des différents postes de préjudices indemnisables, et de créer à destination des praticiens une base de données jurisprudentielle à partir de laquelle serait élaboré un référentiel indicatif d'indemnisation.

Aux mêmes fins d'harmonisation des modalités d'indemnisation des victimes de préjudices résultant d'un dommage corporel, il est également prévu que l'indemnisation de la perte de gains professionnels, de la perte de revenus des proches ou de l'assistance d'une tierce personne aura lieu sous forme de rente, indexée sur un indice fixé par voie réglementaire et lié à l'évolution du salaire minimum »<sup>860</sup>.

Le projet ne comporte rien de révolutionnaire ; il suscite même davantage d'interrogations.

---

<sup>858</sup> C. Béroujon, *Pour une analyse empirique des relations entre contentieux et jurisprudence*, RTD civ. 1993, p. 94 : « Pour sa part, l'analyse matérielle des sommaires révèle une polarisation sur certaines questions juridiques, ainsi que des phénomènes de concordance temporelle entre débats évoqués en jurisprudence et objets des réformes législatives ».

<sup>859</sup> Article L.v1142-28 du CSP ; la notion de consolidation est importante : CE, 5 décembre 2014, n°354211

<sup>860</sup> J.-J. Urvoas (entretien av.), *Le projet de réforme de la responsabilité civile est une œuvre collective portée par la Chancellerie*, Gazette du Palais, Mardi 14 mars 2017, n°11, p. 12.

La plupart des propositions de la réforme ont déjà été mises en œuvre par les magistrats : l'impossibilité pour les tiers payeurs d'exercer leur recours sur les postes de préjudices extrapatrimoniaux, la consécration de la nomenclature *Dintilhac* (qui doit selon nous rester ouverte), l'élaboration d'un référentiel indicatif national d'indemnisation.

Abstraction faite des cas cités, quelques éléments nous interpellent comme l'obligation de limiter son préjudice, conformément à la jurisprudence des autres pays européens<sup>861</sup>. La Cour de cassation y est franchement hostile<sup>862</sup> ; la proposition peut entraîner un nouveau bris de jurisprudence après l'affaire Perruche. Pour autant, l'article 1254 de l'avant-projet précise que « le manquement de la victime à ses obligations contractuelles, sa faute ou celle d'une personne dont elle doit répondre sont partiellement exonérateurs lorsqu'ils ont contribué à la réalisation du dommage. En cas de dommage corporel, seule une faute lourde peut entraîner l'exonération partielle ». Cette précision tempère considérablement la vigueur de la proposition initiale.

Un projet doit suivre le processus législatif et celui-ci a été plusieurs fois modifié depuis 2016 et il n'est pas certain qu'il survive aux échéances électorales.

***Pour une autonomie de la responsabilité médicale.*** On se souvient que l'obligation de sécurité avait cristallisé l'opposition d'une majorité de la doctrine, jugeant à l'envi la construction jurisprudentielle de « monstre juridique »<sup>863</sup>, laquelle dévoyait la notion économique originelle du contrat liée à la volonté des parties.

Le projet de réforme de la responsabilité civile présenté le 13 mars 2017 prévoit à l'article 1333-1 que « les préjudices résultant d'un dommage corporel sont réparés sur le fondement des règles de la responsabilité extracontractuelle, alors même qu'ils seraient causés à l'occasion de l'exécution du contrat. Toutefois, la victime peut invoquer les stipulations expresses du contrat qui lui sont plus favorables que l'application des règles de la responsabilité extracontractuelle »<sup>864</sup>.

Dans cette optique, le dommage corporel serait soumis de manière quasi exclusive à la responsabilité extracontractuelle comme le suggérait le rapport Terré<sup>865</sup>.

---

<sup>861</sup> L. Ferry et D. Lapillonne, *Réforme de la responsabilité civile : influences des principes issus de la Common law*, JCP Entreprises et affaires, 17 novembre 2016. 1598, n° 6.

<sup>862</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 19 juin 2003, n° 00-22.302 et n° 01-13.289, Bull. civ. II, n° 203 ; D. 2003. 2326, note J.-P. Chazal.

<sup>863</sup> C. Bloch, *L'obligation contractuelle de sécurité*, Aix-en-Provence, PUAM, 2002, n°1 à 7, n°7.

<sup>864</sup> [http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet\\_de\\_reforme\\_de\\_la\\_responsabilite\\_civile\\_13032017.pdf](http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf), p. 2.

<sup>865</sup> Art. 3 du projet Terré, février 2012, disponible sur [www.courdecassation.fr/IMG/reforme-droit-RC.pdf](http://www.courdecassation.fr/IMG/reforme-droit-RC.pdf).

Pourtant, selon le groupe de travail dirigé par le Professeur Geneviève Viney lors de l'avant-projet Catala de 2005, il est « souhaitable de permettre [aux victimes d'un dommage corporel] d'opter en faveur du régime qui leur est le plus favorable, à condition toutefois qu'elles soient en mesure d'apporter la preuve des conditions exigées pour justifier le type de responsabilité qu'elles invoquent »<sup>866</sup>.

N'est-il pas préférable de conserver ici cette responsabilité autonome *sui generis*, rétive à l'un des deux carcans de la responsabilité civile ? On a peut-être exagéré la place de l'obligation de sécurité résultat en droit médical. A dire vrai, elle ne concerne que des domaines particuliers comme la responsabilité du fait des produits et appareils de santé défectueux à l'hôpital<sup>867</sup> ou en clinique (notamment pour les transfusions sanguines<sup>868</sup>), les infections nosocomiales<sup>869</sup>.

Les professionnels de santé restent, dans le sillage de l'arrêt *Mercier*, toujours soumis à une obligation de moyens, même lorsqu'ils posent un appareil sur un patient<sup>870</sup>. A l'inverse des autres contentieux<sup>871</sup>, cette obligation reste assez circonscrite en droit de la santé.

Il est difficile de se prononcer sur une réforme du droit du dommage corporel qui semble s'orienter vers une uniformisation des outils<sup>872</sup> avec un droit complètement autonome.

Ni le lien juridique patient/médecin, ni la notion de causalité ne sont éclaircies dans le projet de réforme de la responsabilité civile (mars 2017) comme le soutient une partie de la doctrine<sup>873</sup>.

Ce qui laisse finalement - et sans doute heureusement - le champ libre à l'office du juge.

La consolation est légère tant on aurait espéré un projet de réforme salubre affirmant sans détour la fin de l'éclatement de la responsabilité médicale entre deux ordres au profit des juridictions judiciaires.

Cela d'autant plus que l'équilibre entre solidarité et responsabilité est déjà plus complexe qu'il n'y paraît, qui plus est dans un « droit de la tragédie »<sup>874</sup>.

---

<sup>866</sup> G. Viney, *Exposé des motifs*, in P. Catala (dir.), « Rapport sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription », Doc. fr., 2005, p. 163 ; L'avis était repris par un rapport d'information du Sénat (Rapport d'information n° 558 (2008-2009) de MM. A. Anziani et L. Béteille, fait au nom de la commission des lois, déposé le 15 juillet 2009 : Recommandation n° 7 - Consacrer le principe du non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle, en l'assortissant d'une exception au profit des victimes de dommages corporels.

<sup>867</sup> M. Deguegue, *La responsabilité du fait des produits et appareils de santé défectueux à l'hôpital*, AJDA 2003, p. 1946.

<sup>868</sup> J. Penneau, *Obligation de sécurité de résultat d'une clinique qui fournit les produits utilisés sur un patient*, D. 2001, p. 3085.

<sup>869</sup> A. Vignon-Barrault, *Manquement à une obligation de sécurité de résultat – contrat d'hospitalisation et de soins*, RDSS 2009, p. 359.

<sup>870</sup> J. Penneau, *Le médecin n'est tenu que d'une obligation de moyens même lorsqu'il procède à la pose d'un appareil sur la personne du patient*, D. 2004, p. 600.

<sup>871</sup> B. Lardy-Pélissier, *L'irrésistible progression de l'obligation de sécurité de résultat en droit du travail*, Revue droit du travail 2006, p.23

<sup>872</sup> M-C de Montecler, *Vers une uniformisation de l'indemnisation du préjudice corporel*, AJDA 2017, p. 549.

<sup>873</sup> A. Bernard-Roujou de Boubée, *Responsabilité médicale et avant-projet de réforme de la responsabilité civile : quels enjeux ?* D. 2017, p. 337.

<sup>874</sup> Selon les termes du Professeur F. Demichel, citée par G. Memeteau, *Le juge ignorant la médecine ?* Gazette du Palais, 08 février 2014 n° 39 in Recueil bimestriel, janvier/février 2014, p. 160.

## Conclusion du chapitre 2

Le Conseil d'Etat a joué un rôle prépondérant dans l'élaboration d'un droit public de la responsabilité médicale en s'inspirant des principes affirmés par le juge civil même s'il s'en distingue.

Depuis, ce droit est de plus en plus conditionné par des règles écrites. Le Professeur Chapus soulignait que « le code de justice administrative à l'originalité de comporter un titre préliminaire qui, en dix articles, est comme la déclaration des principes de la jurisprudence administrative »<sup>875</sup>.

**Le pouvoir créateur du juge administratif.** L'autorité du juge administratif demeure encore vive et « il est peu d'institutions publiques françaises qui jouissent à l'étranger du même prestige que le Conseil d'Etat : il en est peu aussi qui soient si mal connues de nos compatriotes et au sein même de l'administration combien d'erreurs et d'idées fausses pourraient être relevées » regrettait déjà le doyen Auby<sup>876</sup>.

C'est d'autant plus dommageable que la place du juge a eu tendance à s'affermir ; des grands noms du droit administratif avaient suggéré que le juge administratif français était un juge qui gouverne<sup>877</sup>.

La doctrine a joué un rôle notable dans le renforcement de la jurisprudence administrative qu'elle n'hésite plus à désigner comme un pouvoir normatif<sup>878</sup>.

Dans le cadre de ses attributions de commentateurs ou d'interprètes, elle semble plus volontiers faire référence à des jurisprudences de la haute juridiction ou à des commentaires doctrinaux plutôt qu'aux dispositions de la loi. Vieux réflexe sans doute que le temps n'a pas altéré.

La juridiction administrative a aussi connu son lot de réformes pressées par les problématiques modernes ; le juge a été de plus en plus sollicité et ce, dans des domaines de plus en plus larges. C'est pour cette raison que son office s'est, au fil des attentes, considérablement étendu<sup>879</sup>.

---

<sup>875</sup> R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 13<sup>e</sup> éd, Paris, Montchrestien, 2008, p. 833.

<sup>876</sup> J-M. Auby, *Revue internationale de droit comparé*, vol. 4, 1952, p. 797.

<sup>877</sup> J. Rivero, *Le juge administratif français : un juge qui gouverne ?*, Recueil Dalloz-Sirey, 1951, p. 23.

<sup>878</sup> B. Seiller, *Le juge administratif officialise enfin son propre pouvoir normatif*, JCP éd. G, n°39, 26 septembre 2007, II 10160 :

<sup>879</sup> « Au fond, si l'on veut dépeindre à grands traits les modifications de la place du juge administratif dans la société actuelle depuis trente ans, on peut dire que d'abord, on a, sous la menace de l'encombrement, touché à sa structure avec, entre autres, l'instauration des cours administratives d'appel au nombre de huit, qu'ensuite on est passé à une redéfinition radicale de son champ de vision du droit, en poussant son investigation au-delà des actes annulés, au-delà de la condamnation, pour s'assurer, sur requête, que l'administration exécute bien la décision prise (par injonction ou astreinte) et qu'enfin on a transformé profondément les référés de manière à donner rapidement, provisoirement et par ordonnance, plus d'assurance immédiate aux justiciables ». Intro G. Darcy, *Regard elliptique sur l'office du juge*, conclusion in colloque « L'office du juge », Colloque organisé par le Professeur Gilles Darcy, le Doyen Véronique Labrot et Mathieu Doat, Paris, Palais du Luxembourg les 29 et 30 septembre 2006, [http://www.senat.fr/colloques/office\\_du\\_juge/office\\_du\\_juge\\_mono.html](http://www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge_mono.html) ; v. aussi <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Communiqués/Rapport-public-2015>

A cet accroissement des compétences, on exige une plus grande célérité dans le traitement des affaires<sup>880</sup>. Son office a été enrichi pour s'orienter en ce sens<sup>881</sup>. L'attente de justice est telle que le Conseil d'Etat lui-même incite à recourir aux modes alternatifs de règlements des conflits<sup>882</sup>.

La Haute Juridiction aura tout de même permis de créer un régime parallèle de responsabilité médicale pour les établissements hospitaliers, teinté par un souci permanent d'équité pour favoriser une meilleure indemnisation des victimes. Ce régime, oscillant entre responsabilité pour faute<sup>883</sup> et sans faute, voire pour risque<sup>884</sup> était particulièrement riche.

Le juge administratif distingue encore la faute médicale de la faute dans l'organisation et le fonctionnement du service, cette dernière catégorie revêt d'ailleurs aujourd'hui des formes très variées<sup>885</sup>. C'est la raison pour laquelle il a fait preuve d'autant d'innovations avec une réussite relative marquée par une volonté très nette d'affirmer la responsabilité des professionnels de santé tout en précisant que le patient a lui aussi des obligations<sup>886</sup>.

Son office est toujours en mouvement et soumis à des influences extérieures<sup>887</sup>. Par ailleurs, il est régulièrement interrogé pour répondre à des questions sociétales sensibles<sup>888</sup>, notamment autour de l'obstination déraisonnable<sup>889</sup>.

***De l'importance de comprendre le cheminement intellectuel du juge.*** On ne saurait trop conseiller, pour comprendre la profondeur de la jurisprudence administrative, de lire les rapports qui ont précédés les jugements.

Ces derniers sont souvent plus riches que la décision elle-même ; celle-ci est replacée dans un contexte et une perspective jurisprudentiels que la décision à nue ne laisse pas toujours apparaître.

---

<sup>880</sup> N. Poulet-Gibot Leclerc, *Quelques remarques sur la montée du contentieux administratif et l'évolution de la juridiction administrative*. In « Mélanges en l'honneur de Claude Lombois. Apprendre à douter », Limoges, éd. PULIM, 2004, p. 499 : « Caractérisée par sa stabilité, la juridiction administrative fait l'objet, depuis une quinzaine d'années, d'un mouvement de réformes continu mais en voie d'accélération. (...) Le renforcement de la justice administrative dans le sens de la célérité »

<sup>881</sup> « Ses compétences se sont enrichies, notamment avec la reconnaissance d'un pouvoir d'injonction et d'un pouvoir d'astreinte ». *ibid.* p.500.

<sup>882</sup> Rapport du Conseil d'Etat, *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, Paris, La Documentation Française, 1993 – F. Ducarouge, *Le juge administratif et les modes alternatifs de règlement des conflits : transaction, médiation, conciliation et arbitrage en droit public français*, RFDA 1996, p. 86.

<sup>883</sup> A. Saint-Martin, *Erreur de diagnostic et faute*, Revue droit & santé n°30, juillet 2009, pp. 308-311.

<sup>884</sup> H. Rihal, *La responsabilité sans faute, mode de réparation du risque subi par l'utilisateur de l'hôpital ou causé au tiers par un malade*, RDSS 2015, p. 33.

<sup>885</sup> A. Turpin, *De la faute dans l'organisation et le fonctionnement d'un centre hospitalier : vers toujours plus de rigueur du juge administratif*, Revue droit & santé n°22, mars 2008, pp. 195 à 196.

<sup>886</sup> V. Vioujas, *La négligence du patient, cause exonératoire de la responsabilité hospitalière*, JCP éd. Administrations et Collectivités territoriales n°51, 16 décembre 2013, 2364 sous CAA Nancy, 13 juin 2013, n°12NC01478.

<sup>887</sup> U. Bick, *Jurisprudence de la cour administrative fédérale d'Allemagne*, RFDA 2015, p. 429.

<sup>888</sup> V. Vioujas, *La justiciabilité des décisions médicales devant le juge administratif*, JCP. ed. Administrations et Collectivités territoriales, n°23, 9 juin 2014, 2183.

<sup>889</sup> C. Chamot, *La notion d'obstination déraisonnable en matière de réanimation néonatale*, Conclusions sur CAA Marseille, 12 mars 2015, *Centre Hospitalier d'Orange*, n°10MA03054, RFDA 2015, p. 574 ; sur la fin de vie : D. Truchet, AJDA, 2014, p. 1669, Note sous CE, 24 juin 2014, n° 375081.

En effet, en prenant l'exemple du conseiller Céline Chamot dont les conclusions sont régulièrement publiées à la Gazette du Palais lorsqu'elles sont reprises dans la décision, on observe que les rapports : 1/ font souvent état de la jurisprudence de la Cour de cassation<sup>890</sup> 2/ précisent des notions difficiles comme la perte de chance<sup>891</sup> ou la faute caractérisée<sup>892</sup> et ce de manière très détaillée<sup>893</sup> 3/ s'inscrivent parfaitement dans le cadre jurisprudentiel en faisant des renvois à d'autres rapports<sup>894</sup> 4/ n'hésitent pas à critiquer le rapport d'expertise et à l'approfondir<sup>895</sup>.

Ainsi, on peut y observer toute l'étendue de l'office du juge administratif ; sa palette de couleurs offre une impressionnante gamme de teintes et de nuances.

---

<sup>890</sup> C. Chamot, *Information et consentement éclairé du patient : l'importance de l'entretien individuel dans les règles d'administration de la preuve*, sur CAA Marseille, 2<sup>e</sup> ch., 13 février 2014, n° 11MA02696, *Centre hospitalier de Draguignan c/ M. W.*, Gazette du Palais, 13 mars 2014, n°72, p. 12 : « la Cour de cassation affirme expressément ce principe ».

<sup>891</sup> C. Chamot, *Perte de chance d'éviter l'aggravation de l'état de santé : quand les experts et le juge ne l'entendent pas de la même manière*, sur CAA Marseille, 12 novembre 2014, n° 13MA00553, *M. A. c/ Assistance publique à Marseille*, M. Vanhullebus, prés., M<sup>me</sup> Carassic, rapp., M<sup>me</sup> Chamot, rapp. publ., Gazette du Palais, 18 décembre 2014, n°352, p. 11.

<sup>892</sup> C. Chamot, *La responsabilité de l'hôpital pour faute caractérisée dans un acte de diagnostic anténatal*, sur CAA Marseille, 2<sup>e</sup> ch., 7 janvier 2015, n° 13MA03045, *CH de Draguignan c/ Consorts N.*, M. Vanhullebus, prés., M<sup>me</sup> Menasseyre, rapp., M<sup>me</sup> Chamot, rapp. publ. ; M<sup>c</sup> Levitan, av., Gazette du Palais, 26 mars 2015 n°85, p. 13.

<sup>893</sup> « La notion de faute caractérisée renvoie à une élévation du seuil au-delà duquel la responsabilité de l'établissement de santé est engagée, compte tenu de ce que la technicité et des difficultés des opérations de diagnostic anténatal autorisent une certaine marge d'erreur. (...) La jurisprudence du Conseil d'État et des cours vous permet d'appréhender cette notion. Dans une décision du Conseil d'État du 19 février 2003 (CE, 19 février 2003, n° 247908, *M. et M<sup>me</sup> M.*) la faute caractérisée au sens de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 4 mars 2002 est retenue dans un cas d'inversion de résultats d'analyse entre deux parturientes, mais sans être définie plus avant. Par la suite, elle sera définie, sans être retenue au fond, par référence aux critères d'intensité ». *ibid.*

<sup>894</sup> C. Chamot, *La responsabilité du centre hospitalier en cas d'absence injustifiée du médecin de garde lors d'un accouchement dystocique*, sur CAA Marseille, 2<sup>e</sup> ch., 19 juin 2014, n° 13MA04142, *M. et M<sup>me</sup> S.*, M. Duchon Doris, prés., M<sup>me</sup> Carassic, rapp., M<sup>me</sup> Chamot, rapp. publ., Gazette du Palais, 11 septembre 2014, n°254, p. 8 : « Dans ses conclusions sur la décision *G.*, Terry Olson donne pour exemple de motif légitime d'absence du médecin, le cas où il est « retenu auprès d'une patiente dont l'état présentait un degré de gravité supérieure ». Compte tenu de l'ancienneté du texte imposant à la sage-femme d'appeler un médecin en cas d'accouchement dystocique, les solutions anciennes relatives à l'empêchement du médecin restent pertinentes ».

<sup>895</sup> C. Chamot, *L'accouchement du siège par voie basse, un accouchement potentiellement dystocique*, sur CAA Marseille, 2<sup>e</sup> ch., 7 janvier 2015, n° 13MA01187, *Centre hospitalier de Digne-les-Bains c/ Consorts D.*, M<sup>me</sup> Menasseyre, rapp., M<sup>me</sup> Chamot, rapp. publ. ; M<sup>c</sup> Maury, av., Gazette du Palais, 19 février 2015, n°50, p. 7 : « Mais l'expert ne précise à aucun moment s'il se réfère là à des données, recommandations ou bonnes pratiques communément admises, dont le non-respect pourrait vous conduire à retenir une faute autrement que par une analyse rétrospective des événements. Nous avons pour notre part trouvé des études et monographies consacrées à l'accouchement du siège par voie basse qui mentionnent la nécessité de la présence d'un opérateur expérimenté ».

## Conclusion du Titre I

Le droit de la santé a été l'occasion pour le juge d'une montée en puissance<sup>896</sup>. Reste que ce contentieux, dans son ensemble, est toujours d'une appréhension délicate car les attentes humaines et les difficultés scientifiques sont prégnantes<sup>897</sup>.

Cette réalité n'est pas nouvelle et le droit de la santé a souvent été une matière opportune pour le juge de porter son étendard, en faisant valoir, d'une part, sa puissance créative avec la construction de la jurisprudence de la responsabilité médicale et, d'autre part, en mettant en exergue son autorité dans les confrontations avec le législateur.

**Le juge créateur.** Bien que la loi soit la première source du juge, il peut prendre des libertés vis-à-vis d'elle en fonction des circonstances ; les terminologies latines *Secundum legem*, *prater legem*, *contra legem* sont à ce sujet loin d'être symboliques sur ses facultés d'interpréter la loi<sup>898</sup>.

Certains principes cardinaux du droit de la responsabilité sont des créations purement prétoriennes à l'image de l'important principe de la réparation intégrale<sup>899</sup> évoquant des réminiscences de l'équité<sup>900</sup>. En effet, le XIX<sup>e</sup> siècle a vu se constituer la jurisprudence législative (Frédéric Zénati) – celle des grands arrêts de la Cour de cassation<sup>901</sup>.

La Cour régulatrice est assez coutumière de la pratique des visas de principe : « MM. Malaurie et Morvan soulignent qu'il en existe plus de 80 variétés au sein de plus de 300 arrêts répartis dans toutes les branches du droit. Ici, la loi n'est plus la loi mais un principe, ce qui renforce encore davantage le pouvoir créateur de la règle de droit accordé à la Cour de cassation. La loi n'est plus collective, elle devient un cas d'espèce soumis à un principe élaboré par la Cour de cassation dont le contenu peut varier à loisir »<sup>902</sup>.

---

<sup>896</sup> La formule est du Professeur P. Jestaz, *Les sources du droit*, Paris, Dalloz, Connaissance du droit, 2005, p. 61 : « La montée en puissance de la jurisprudence constitue, à coup sûr, pour un juriste français, le phénomène majeur de l'époque contemporaine et d'autant plus frappant qu'inattendu ».

<sup>897</sup> V. N. Belhomari, *L'affaire Vincent Lambert, un cas de conscience pour le juge*, Actes du colloque sur « Le dossier médical : enjeux et perspectives » organisé le 18 avril 2014 à l'Université de Lille 2, RGDM, décembre 2014.

<sup>898</sup> C'est la raison pour laquelle la Cour de cassation a rappelé que l'évolution de la jurisprudence relève de l'office du juge dans l'application du droit : Cass. 2<sup>e</sup> civ, 19 novembre 2009, pourvois n°08-20528, 08-21220, 08-21230 et pourvoi n°08-19459, BICC n°712 du 1<sup>er</sup> décembre 2009.

<sup>899</sup> C. Rade, *Liberté, égalité, responsabilité*, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 16 (Dossier : le Conseil constitutionnel et les diverses branches du droit) – juin 2004.

<sup>900</sup> Même si l'on estime que ce dernier est en danger.

<sup>901</sup> P. Rémy, *La part faite au juge*, Pouvoirs 2003/4 (n°107), le Seuil, pp. 22 à 36.

<sup>902</sup> Cité dans Sous la direction de C. Puigelier, *La loi : bilan et perspectives*, Paris, Etudes juridiques, Economica, 415 p, 2005, « La maxime Nul n'est censé ignorer la loi », C. Puigelier, pp. 370-371

***L'essor heureux d'un droit médical jurisprudentiel.*** Les juges civils ou administratifs ont illustré le génie de la jurisprudence prétorienne évoqué par le Doyen Cornu<sup>903</sup> ; si bien que la majorité de leurs créations sont entrées dans le droit positif.

Aussi ne faut-il pas oublier la contribution remarquable des juridictions du fond qui ont dépeint une « réalité plus profonde et plus artiste »<sup>904</sup>, celle qui relie « la lettre et l'esprit des textes »<sup>905</sup>.

Il ne faut toutefois pas omettre les influences extérieures comme la déontologie -en témoigne l'arrêt Audat<sup>906</sup> de la Cour de cassation-, les textes réglementaires<sup>907</sup> et, plus tard, l'intervention importante du législateur.

De toute évidence, les juges ont contribué à donner au droit de la santé toutes ses lettres de noblesse<sup>908</sup>. Un droit médical est « désormais enseigné, connu. Un juge civil ou administratif en sait les principes, mais reste un juriste, sans devenir un médecin » rappelait le Professeur Gérard Mémeteau<sup>909</sup>. D'ailleurs, on lui attribue sans réserves un statut autonome.

On notera que la terminologie des juges n'est pas tout à fait similaire. Le juge judiciaire relève souvent des pures fautes médicales car il est soucieux d'identifier un responsable ou une équipe in solidum (étant précisé que cette responsabilité a des limites<sup>910</sup>).

A l'inverse, le juge administratif semble encore sensible à l'idée de service public hospitalier et identifie souvent des erreurs communes liées au mauvais fonctionnement dans l'organisation dudit service du fait de l'interdépendance des professionnels de santé.

Depuis, le législateur est intervenu pour donner corps à ce régime jurisprudentiel et lui assurer une certaine cohérence en dissociant le terrain de la responsabilité de celui de la solidarité nationale. La loi était longuement attendue et très pertinente ; ce qui, hélas, n'est pas toujours sa première qualité.

---

<sup>903</sup> G. Cornu, RTD civ. 1992, pp. 342-343.

<sup>904</sup> Selon les termes de Gilles Deleuze : « Si la répétition existe, elle exprime à la fois une singularité contre le général, une universalité contre le particulier, un remarquable contre l'ordinaire, une instantanéité contre la variation, une éternité contre la permanence. À tous égards, la répétition, c'est la transgression. Elle met en question la loi, elle en dénonce le caractère nominal ou général, au profit d'une réalité plus profonde et plus artiste ». *Différence et répétition*, 8<sup>e</sup> éd, Paris, PUF 1996., p. 9.

<sup>905</sup> N. Dion, *Le juge et le désir du juste*, R. Dalloz, 1999, p. 195.

<sup>906</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 18 mars 1997, Audat et a. c/ Fortat, comm. P. Sargos, JCP éd. g, 23 avril 1997, n°17 : « La méconnaissance des dispositions du Code de déontologie médicale peut être invoquée par une partie à l'appui d'une action en dommages-intérêts dirigée contre un médecin. Il n'appartient qu'aux tribunaux de l'ordre judiciaire de se prononcer sur une telle action, à laquelle l'exercice d'une action disciplinaire ne peut faire obstacle ».

<sup>907</sup> H. Lussan, *L'évolution du droit médical*, ADSP, n°32, septembre 2000, p. 54.

<sup>908</sup> J.-C. Lombois, *De l'influence de la santé sur l'existence des droits civils*, Paris, LGDJ. 1963, préface J. Carbonnier.

<sup>909</sup> G. Mémeteau, *Le juge ignorant la médecine ?* Gazette du Palais, 8 février 2014 n° 39 in « Recueil bimestriel », janvier/février 2014, p. 160.

<sup>910</sup> La responsabilité *in solidum* a ses limites ; c'est le cas notamment lorsque la victime n'apporte pas la preuve d'un lien causal entre le dommage et le fait générateur : Cass. 1<sup>re</sup> civ, 3 novembre 2016, n°15-25.348.

Est-il encore nécessaire de revenir sur l'appellation de source du droit <sup>911</sup> ? Il est vrai que Aubry et Rau nous invitaient à la nuance<sup>912</sup> quand le Professeur Gérard Méméteau soulevait un paradoxe : « on ne veut plus du paternalisme médical ; on ne refuse toujours pas le paternalisme législatif »<sup>913</sup>.

Cette création jurisprudentielle est encore très vivante. Si les juges ont posé les grands principes de la responsabilité médicale, c'est aussi eux qui en assurent sa bonne application et sa concrétisation.

---

<sup>911</sup> P. Jestaz, *La jurisprudence : réflexions sur un malentendu*, D. 1987, chron. p. 11, p. 13 : « Car force est de convenir que la jurisprudence a, sauf en la forme, la même autorité que la loi. La règle jurisprudentielle s'applique à l'égal de la loi, sans hiérarchie des sources : la jurisprudence n'est pas hiérarchiquement inférieure à la loi ».

<sup>912</sup> Aubry et Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, Paris, Impr. et Libr. générale de jurisprudence, Cosse, Marchal et Cie, T. 1, 4<sup>e</sup> éd. 1869, § 39, p. 128-129 : « La jurisprudence, qui a si puissamment contribué aux progrès de la science du Droit, et qui est appelée, par la nature même de la mission confiée aux tribunaux en général, et plus particulièrement à la Cour de cassation, à suppléer aux lacunes de la législation et à diriger le développement des principes qui y sont posés, a toujours joui en France d'une considération justement méritée. Mais, quelle que soit l'autorité qui s'y attache, et alors même qu'elle serait constante sur tel ou tel point de droit, elle ne forme jamais une règle juridiquement obligatoire pour les citoyens ou pour les tribunaux... ».

<sup>913</sup> G. Méméteau, *Le droit médical est-il un droit au bonheur ?* in « Mélanges en l'honneur de Claude Lombois. Apprendre à douter », Limoges, éd. PULIM, 2004, p. 337.



## Titre II

### LA CONSTRUCTION D'UN RÉGIME

La jurisprudence a permis de consacrer les principes cardinaux de la responsabilité médicale. Depuis, les juridictions leur permettent de se concrétiser et assurent leur bonne application.

Il nous semble que le débat aujourd'hui ne se trouve plus sur le terrain de la responsabilité dont les principes ne sont guère contestés mais sur l'application concrète du régime de la responsabilité médicale.

Ce régime soulève des questions plus controversées car les notions sont beaucoup plus subjectives que les principes. La problématique concerne la place de la science dans le processus décisionnel et, plus précisément, celle de l'expert médical (**chapitre 1**). Elle implique aussi de repenser sans cesse la notion de préjudice selon les attentes sociales (**chapitre 2**).

Ce mystère de la responsabilité médicale fait de l'office du juge un élément déterminant et infiniment riche qui impose aux juristes la plus grande curiosité. Par conséquent, il ne peut se contenter de notions juridiques car la matière renvoie à des approches scientifiques, sociologiques ou psychologiques. Cette démarche débouche sur une certaine idée de la nature humaine dont le droit seul ne peut tracer les contours.

## Introduction

Si l'on s'attarde sur les cours suprêmes, il ne faut pas oublier que ce sont les juges du fond qui connaissent le fond des affaires (a). En droit médical, il s'appuie pour cela sur des actes préparatoires ordonnés par le juge des référés (b). Ce qui sera notre introduction.

### a) Les juges du fond : une mise en œuvre pratique

Les juridictions suprêmes statuent sur la bonne application des règles de droit et, en ce sens, elles ne connaissent pas le fond des affaires. C'est pour cette raison qu'un certain nombre d'appréciations ne dépendent pas d'elles. Nous avons souligné dans la première partie toute l'importance des juges du fond (surtout en appel<sup>1</sup>) qui, par le simple fait de constater les faits en l'espèce, font déjà œuvre de créativité.

Il n'est pas présomptueux de penser que le juge va sélectionner les faits de l'espèce qui conviendraient le mieux à la règle juridique qu'il souhaite appliquer. Ainsi retient-il les faits saillants que l'on retrouve dans les motifs de la décision. Dans cette optique, chaque tribunal a en quelque sorte sa propre pratique, que l'on ne saurait d'ailleurs automatiser en barème<sup>2</sup>.

Par principe, les juges du fond ont un pouvoir d'appréciation souverain dans la constatation des faits<sup>3</sup>, ce qui suppose aussi une latitude importante en matière de preuves et de lien causal<sup>4</sup>.

Ce principe n'est pas gravé dans l'airain et dépend du contentieux<sup>5</sup> et de la Cour de cassation qui peut moduler à loisir l'intensité de ce contrôle<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> H. Croze, C. Laporte, *Guide pratique de procédure civile*, 4<sup>e</sup> éd, Paris, LexisNexis, 342 pages, p. 15. « En principe, admettre des demandes nouvelles ou même des moyens nouveaux en appel, c'est porter atteinte au double degré de juridiction. Toutefois, une tendance très nette se dessine en faveur de la transformation de l'appel en une véritable voie d'achèvement du litige ».

<sup>2</sup> V. Crim. 3 novembre 1955, D. 1956. 557 ; Crim. 4 février 1970, D. 1970. 333.

<sup>3</sup> X. Bachelier, *Le pouvoir souverain des juges du fond*, Bull. inf. C. Cass. 15 mai 2009, n°70 ; C. Charruault, *La souveraineté du juge du fond à l'épreuve de quelques faits*, Bull. inf. C. Cass. 15 mai 2009, n°702.

<sup>4</sup> À propos de préjudices causés par le vaccin contre l'hépatite B v. Cass. 1<sup>re</sup> civ, 22 mai 2008, Beaulaton, Gacem, Cts Fageolles, D. 2008. Pan. 2897, obs. P. Jourdain, RTD civ. 2008. 492, obs. P. Jourdain ; v. aussi Com. 12 novembre 2008, D. 2008. 3011

<sup>5</sup> J-P. Ancel, *La motivation des arrêts*, BICC, n°576, 1 mai 2003 : « Quelques observations doivent être faites sur la forme des décisions de justice et leur motivation, ainsi qu'à propos des affaires de divorce et d'accidents de la circulation. Sur ces divers points, trop souvent la Cour de cassation se trouve dans l'obligation de censurer des jugements et arrêts pour des erreurs de forme ou de fond faciles à éviter et qui ne devraient donc plus se rencontrer ».

<sup>6</sup> « En ce qui concerne les qualifications : dans certains cas, la Cour de cassation va exercer son contrôle alors que, dans d'autres, elle ne le fera pas, alors pourtant que la qualification devrait être toujours contrôlée, car il s'agit d'une appréciation d'ordre juridique ». X. Bachelier, *Le pouvoir souverain des juges du fond*, B.I.C.C 2008, Communication, Droit et technique de cassation 2009. En effet, autant les faits sont librement constatés, autant la Cour de cassation contrôle leur qualification.

Ces éléments contribuent à la bonne motivation du jugement comme le souligne le Conseil d'Etat<sup>7</sup> qui vérifie aussi la bonne application de la règle de droit<sup>8</sup>.

Les relations entre la Cour de cassation et les juridictions du fond sont d'autant plus intéressantes que ces derniers peuvent, depuis la loi du 15 mai 1991, connaître l'opinion de la Cour régulatrice pour anticiper sa position sur une difficulté nouvelle et sérieuse<sup>9</sup>.

La Cour de cassation a d'ailleurs un réseau privé virtuel de justice dédié aux relations avec les juges du fond<sup>10</sup>. Elle accueille d'ailleurs chaque année des magistrats en stage<sup>11</sup>.

En matière de responsabilité médicale, le pouvoir souverain des juges du fond est particulièrement large, ce qui rend très attrayant l'analyse des rapports entre la Cour régulatrice et les juges du fond. Ces rapports sont assez identiques à ceux qu'entretiennent le Conseil d'Etat et les juridictions du fond.

***Le rôle primordial des juges du fond.*** Les juges du fond apprécient librement la réalité des faits qui s'imposent à la Cour de cassation.

L'évaluation du préjudice et les modalités de sa réparation est l'un des domaines traditionnels du pouvoir souverain des juges du fond<sup>12</sup> auquel la Cour de cassation fait souvent référence<sup>13</sup>, tout comme le Conseil d'Etat<sup>14</sup>.

Le corrolaire de cette logique est que les juges du fond n'ont pas à justifier le détail de leurs évaluations<sup>15</sup> et choisissent librement leurs outils<sup>16</sup>. Le Conseil d'Etat s'exprime dans les mêmes termes en estimant que l'appréciation souveraine des juges du fond, « en l'absence de dénaturation<sup>17</sup>, n'est pas susceptible d'être discutée devant le juge de cassation »<sup>18</sup>.

---

<sup>7</sup> CE, 30 juillet 1997, n°133577, D.1997, p. 212 v. aussi sur la détermination du préjudice CE, 6 mai 2015, n°365503.

<sup>8</sup> CE, 5 décembre 2014, n°354211, Gazette du Palais, 17 février 2015 n° 48.

<sup>9</sup> F. Terré, *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, 2000, pp.2 50-251, p. 203 : « Mais le soutien le plus remarquable est venu de la loi du 15 mai 1991. Celle-ci offre la possibilité aux juges du fond de saisir la Cour de cassation pour leur délivrer des avis en matière civile ».

<sup>10</sup> G. Canivet, *Ouverture et contenu de la rubrique Cour de cassation du RPVJ*, BICC, n°576, 1<sup>er</sup> mai 2003 ; E. de Givrey, *Sur la nécessaire évolution des publications du Service de documentation et d'études de la Cour de cassation*, B.I.C.C., n°576, 1 mai 2003.

<sup>11</sup> G. Azibert, M.L. Robineau, *Les stages à la Cour de cassation – la formation permanente*, BICC, n°576, 1<sup>er</sup> mai 2003.

<sup>12</sup> T. Ivainer, *Le pouvoir souverain du juge dans l'appréciation des indemnités réparatrices*, D. 1972, chron, p. 7 ; L. Reiss, *Le juge et le préjudice : étude comparée des droits français et anglais*, P. Delebecque (préf.), Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003, 569 p, p. 275.

<sup>13</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 20 décembre 1966 : D. 1967, p. 669 et notre note. - 21 décembre 2006 : Juris-Data n° 2006-036610. - Cass. crim., 27 mai 2006 : Juris-Data n° 2006-034339.

<sup>14</sup> CE, 10 décembre 2015, n°374318 : « C'est dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation souveraine et sans dénaturer les pièces du dossier qui lui était soumis que la cour a évalué les troubles dans les conditions d'existence et les souffrances endurées ».

<sup>15</sup> Cass. com., 23 janvier 1973 : Bull. civ. IV, n° 34, p. 29. - Cass. crim., 24 mai 1982 : Bull. crim. n° 131.

<sup>16</sup> Cass. crim., 17 mars 1976 : Bull. crim. n° 99, p. 242, 165. - 17 mai 1990 : Bull. crim. n° 200, p. 512 ; « c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation que la cour d'appel, en présence d'un désaccord des parties sur la table de capitalisation qu'il convenait de retenir, a décidé, abstraction faite des motifs surabondants visés par le moyen, que la pertinence du barème de capitalisation 2011 n'était pas établie ».

<sup>17</sup> A propos d'une dénaturation des pièces v. CE, 29 décembre 2014, n°365892.

<sup>18</sup> CE, 11 décembre 2015, n°371723.

**La limite des attributions des juges du fond.** En premier lieu, les juges du fond doivent respecter la loi, notamment les articles 4 et 5 du code de procédure qui astreignent le juge à ne pas statuer ni infra ni ultra petita<sup>19</sup>. Ce qui rend la technique du chiffrage dans un dossier de responsabilité médicale absolument fondamentale.

De plus, le juge civil et le juge administratif doivent se prononcer sur toutes les demandes, sans quoi la décision n'est pas suffisamment motivée<sup>20</sup>. La Cour de cassation a rappelé que les juges du fond peuvent prendre un certain recul sur les éléments de preuve, notamment l'expertise qui ne doit pas automatiquement emporter sa conviction : « la cour d'appel en a souverainement déduit, sans être tenue de suivre les conclusions du rapport d'expertise auxquelles se référaient les écritures de la clinique »<sup>21</sup> même s'ils ordonnent<sup>22</sup> et apprécient souverainement le rapport<sup>23</sup>.

Pour autant, elle ne doit pas omettre un préjudice, et ce d'autant plus que l'expert l'a attesté. Pour la Cour régulatrice : « si les juges du fond apprécient souverainement le montant du préjudice subi par la victime d'une infraction, il en va différemment lorsque cette appréciation est déduite de motifs insuffisants, contradictoires ou erronés »<sup>24</sup>.

Les parties peuvent ajouter aux demandes et défenses soumises au premier juge toutes les demandes qui en sont l'accessoire, la conséquence ou le complément comme l'impose l'article 566 du Code de procédure civile<sup>25</sup>.

Le Conseil d'Etat a une jurisprudence identique puisqu'il vérifie que le sens des écritures des requérants est respecté<sup>26</sup> ; il a rappelé que « c'est par une appréciation souveraine, exempte de dénaturation, que la cour, qui n'était pas tenue de faire siennes les conclusions de l'expert et a suffisamment motivé son arrêt sur ce point au regard des arguments développés par les intéressés, a évalué pour l'avenir, à compter de la date de son arrêt »<sup>27</sup>.

La Haute-Juridiction entend toujours exercer un contrôle sur la dénaturation<sup>28</sup> et analyse avec rigueur la motivation des arrêts.

---

<sup>19</sup> Les juges ne peuvent accorder à la victime d'un accident une indemnité supérieure à ce qu'elle avait demandé : Cass. 2<sup>e</sup> civ., 4 juillet 2013, n°12-23562.

<sup>20</sup> CE, 10 juin 2013, 5<sup>e</sup> sous-section, n°352452.

<sup>21</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ, 13 novembre 2014, n°13-25709.

<sup>22</sup> CE, 22 mars 1993, n° 129052, *Centre hospitalier régional de Brest c/ Mme Fraboul*, Lebon. 79 ; D. 1994. 69, obs. P. Terneyre et P. Bon.

<sup>23</sup> CE, 10 juin 2013, 5<sup>e</sup> sous-section, n°352483.

<sup>24</sup> Cass. crim., 21 octobre 2014, n° 13-87669 : *Gazette du Palais*, 8 janvier 2015, p. 4, comm. A. Guégan-Lécuyer.

<sup>25</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 21 mai 2015, n°14-17530 ; Cass. 2<sup>e</sup> civ, 21 mai 2015, n°14-18522.

<sup>26</sup> CE, 27 mai 2015, n°368440 ; Cass. crim, 15 mars 1988 : *Bull. crim.* n° 125, p. 318.

<sup>27</sup> CE, 10 décembre 2015, n°374038.

<sup>28</sup> CE, 22 avril 2013, 5<sup>e</sup> et 4<sup>e</sup> sous-sections réunies, n°347883.

Cela limite la marge d'appréciation souveraine des juges du fond. Le magistrat Jérôme Betouille a bien signalé il est vrai que « la distinction entre le fait et le droit est, d'un point de vue ontologique, infiniment compliquée »<sup>29</sup>.

La Cour de cassation impose naturellement aux juges du fond de respecter sa jurisprudence<sup>30</sup>, en premier lieu ses grands principes comme la réparation intégrale ou la libre disposition des fonds alloués à la victime<sup>31</sup> pour lesquels elle n'a jamais transigé<sup>32</sup>. La position est aussi adoptée par le Conseil d'Etat qui a toujours su imposer ses principes, dont la réparation intégrale<sup>33</sup>.

Enfin, les juges du fond doivent respecter la méthodologie de la liquidation du préjudice corporel même si celle-ci est loin d'être simple. Elle le contraint de bien évaluer les sommes revenant à la victime et les remboursements dus au tiers payeur (qui doivent être invités à produire leur décompte de leurs prestations servies à la victime<sup>34</sup>), à la date à laquelle elle statuait, sans omettre les arrérages échus et les majorations légales<sup>35</sup>. Pour y parvenir, la Cour régulatrice fait souvent œuvre de pédagogie<sup>36</sup>.

**La souveraineté des juges du fond : un principe inconstant.** Les rapports entre les juges du fond et la Cour de cassation résultent d'un lien subtil qui, sous son apparente simplicité, n'en demeure pas moins très complexe.

D'une part parce que le contrôle de qualifications peut être modulé<sup>37</sup>. D'autre part, parce « qu'il n'y a pas d'explication rationnelle du contrôle modulé des qualifications exercées par la Cour de cassation »<sup>38</sup> même si la doctrine a tenté de dégager certains critères<sup>39</sup>.

« A cet effet, et c'est là un élément assez perturbant : le contrôle peut varier dans le temps et dans l'espace. La Cour de cassation peut abandonner au pouvoir souverain des juges du fond ce qu'elle

---

<sup>29</sup> J. Betouille, *La distinction contrôle lourd / contrôle léger de la Cour de cassation : Mythe ou réalité ?* n°41, 9 octobre 2002, pp.1790-1793, p. 1791.

<sup>30</sup> Par exemple, la victime n'a pas l'obligation de minimiser son dommage : Cass. 2<sup>e</sup> civ, 8 octobre 2009, n°08-18492 et 08-10392 : Gazette du Palais, 29 décembre 2009, p. 43, note C. Bernfeld.

<sup>31</sup> Cass. crim., 2 juin 2015, n°14-83967 : « Le principe de réparation intégrale n'implique pas de contrôle sur l'utilisation des fonds alloués à la victime, qui en conserve la libre utilisation ».

<sup>32</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 20 juin 2013, n° 12-21548 ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 27 mars 2014, n° 12-27062.

<sup>33</sup> CE, 30 juillet 1997, n° 133577, *M<sup>me</sup> Mendes*, Lebon T. 1040 ; D. 1997. 212.

<sup>34</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 21 mai 2015, n°14-18522.

<sup>35</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 23 octobre 2014, n°13-11.612 .

<sup>36</sup> Cass. crim., 2 juin 2015, n°14-83967 : « il appartenait [au juge du fond], pour liquider le préjudice, de procéder à la capitalisation des frais futurs, en déterminant le coût de ces appareillages et la périodicité de leur renouvellement, en exigeant la communication des décomptes des prestations que ces organismes de sécurité sociale envisageaient de servir à la victime et en recourant, en tant que de besoin, à une nouvelle expertise et à un sursis à statuer ».

<sup>37</sup> X. Bachellier, *Le pouvoir souverain des juges du fond*, art. précité : « Voici quelques manifestations de ce contrôle "modulé" de qualifications : - la faute de l'article 1382 du code civil est contrôlée, comme le sont la faute inexcusable, la faute grave, la faute lourde, alors que relève du pouvoir souverain des juges du fond l'appréciation de la faute dans le divorce, de la faute cause réelle et sérieuse de licenciement, du manquement grave aux obligations justifiant la résolution judiciaire du contrat ».

<sup>38</sup> Ibid.

<sup>39</sup> « 1. La qualification sera abandonnée au pouvoir souverain des juges du fond si les appréciations d'ordre factuel sont prépondérantes. 2. La possibilité d'unification de l'application de la règle de droit est également un critère déterminant du contrôle. 3. La précision de la définition légale ne constitue pas en revanche un critère déterminant. 4. Le souci de protéger une catégorie de personnes pourrait justifier le contrôle de la qualification ». *ibid.*

contrôlait, et vice versa. D'une chambre à l'autre, une même qualification peut ou non être contrôlée »<sup>40</sup>. Les conseillers à la Cour de cassation le confessent « le pouvoir souverain des juges du fond est difficile à appréhender, car il est tentaculaire »<sup>41</sup>.

Ce pouvoir est substantiel au dommage corporel ; c'est un de ses terrains d'élection<sup>42</sup>. Pour les avocats aux conseils, cette place des juges du fond est nécessairement un verrou important qu'ils essayent parfois de forcer comme le critique un conseiller à la Cour de cassation<sup>43</sup>.

Pour ce qui est de la responsabilité médicale, ils savent que, sur le terrain de la motivation, les exigences sont réduites et qu'il n'est donc pas favorable. A l'inverse, il est plus judicieux de soulever des principes législatifs avec le manque de base légale ou, de manière indirecte, des principes jurisprudentiels comme la réparation intégrale.

Le magistrat Christian Charruault observe que la « souveraineté fascine. Une certaine magie l'escorte »<sup>44</sup>. Pourtant, elle demeure « un concept, une construction de l'esprit. Qu'il faut concrétiser »<sup>45</sup>.

***Une frontière difficile à appréhender entre le fait et le droit.*** Nous savons que la cour d'appel statue souverainement sur le fond des affaires<sup>46</sup> (la procédure administrative est assez similaire<sup>47</sup>) mais qui délimite l'étendue de cette souveraineté si ce n'est la Cour de cassation elle-même ? (laquelle peut d'ailleurs casser sans renvoi si elle estime qu'elle dispose d'éléments suffisants pour trancher le litige).

La frontière entre le fait et le droit est fine et les conseillers n'hésitent pas à « explorer l'intégralité du contenu de la difficulté posée par une question nouvelle afin de rendre une décision plus juste, plus sage et finalement plus humaine »<sup>48</sup>.

Les juristes s'intéressent assez peu aux arrêts des juridictions du fond ; c'est là pourtant, en droit de la responsabilité médicale, que le droit est construit. Ils préfèrent consulter les grands arrêts des cours

---

<sup>40</sup> 1°) Variation dans l'espace : Il a pu arriver que, pendant une certaine période, une même qualification soit contrôlée par une chambre et pas par une autre. 2°) Variation dans le temps La Cour de cassation peut décider d'abandonner un contrôle qu'elle exerçait ou de réintroduire un contrôle non exercé ». *ibid.*

<sup>41</sup> *Ibid.*

<sup>42</sup> *Ibid.*

<sup>43</sup> « Il existe à la table du Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, à la rubrique « pouvoir des juges », une sous-rubrique « appréciation souveraine » qui comporte chaque année environ trois pages de références d'arrêts dans tous les domaines, ce qui peut vouloir dire que les avocats aux conseils font de la résistance, ou ne font pas bien leur travail... ». *ibid.*

<sup>44</sup> C. Charruault, *La souveraineté du juge du fond à l'épreuve de quelques faits*, BICC, 2008, Communication, Droit et technique de cassation 2009.

<sup>45</sup> *Ibid.*

<sup>46</sup> « La cour d'appel connaît, sous réserve des compétences attribuées à d'autres juridictions, des décisions judiciaires, civiles et pénales, rendues en premier ressort. La cour d'appel statue souverainement sur le fond des affaires ». Article L. 311-1 du code de l'organisation judiciaire.

<sup>47</sup> « S'il prononce l'annulation d'une décision d'une juridiction administrative statuant en dernier ressort, le Conseil d'Etat peut soit renvoyer l'affaire devant la même juridiction statuant, sauf impossibilité tenant à la nature de la juridiction, dans une autre formation, soit renvoyer l'affaire devant une autre juridiction de même nature, soit régler l'affaire au fond si l'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifie. Lorsque l'affaire fait l'objet d'un second pourvoi en cassation, le Conseil d'Etat statue définitivement sur cette affaire ». Article L. 821-2 du code de justice administrative.

<sup>48</sup> G. Canivet, *L'amicus curiae en France et aux États-Unis*, *Rev. jur. com.* 2005 p. 105.

suprêmes les considérant à tort comme la voie naturelle d'achèvement des procès, celle qui permettra de faire émerger de nouvelles jurisprudences.

L'intervention des juges du fond précèdera toujours celle de la Cour de cassation ou du Conseil d'Etat. C'est à partir de leurs empreintes que se dessinent le droit jurisprudentiel. Pour ce faire, ils s'appuient en droit médical sur des actes préparatoires déterminants pour l'élaboration des éléments de preuve.

#### b) Le juge des référés : une mise en œuvre préparatoire

Le contentieux de la responsabilité médicale, comme tant d'autres, nécessite l'intervention de plusieurs juges tout au long de la procédure.

En droit administratif et en droit civil, avant d'engager une procédure, il est nécessaire de passer par le juge des référés, ne serait-ce que pour demander une expertise ou une provision. Le référé est une procédure provisoire<sup>49</sup> et contradictoire qui se distingue du fond et ne bénéficie donc pas de l'autorité de la chose jugée ; le référé permet de mettre en œuvre des mesures préparatoires.

« Le signe extérieur d'une bonne justice, c'est l'excellence de ses procédures d'urgence » affirmait le Professeur Chapus<sup>50</sup>. L'intervention du juge des référés facilite l'élaboration de la preuve avant tout procès quand il existe un motif légitime d'en demander le recours.

Devenu incontournable dans certains domaines, il est devenu au fil du temps un géant de la procédure<sup>51</sup>.

Le code de justice administrative prévoit que « le juge des référés peut, sur simple requête et même en l'absence d'une décision administrative préalable, prescrire toute mesure utile d'expertise ou d'instruction »<sup>52</sup>.

***Les mesures préparatoires : un préalable indispensable en droit de la responsabilité médicale.*** Cette mesure d'instruction est primordiale en droit de la responsabilité médicale, c'est pourquoi son contenu est souvent contesté. La mesure doit être complète mais surtout utile<sup>53</sup>, auquel cas le juge peut l'étendre<sup>54</sup>.

---

<sup>49</sup> Y. Strickler, *Le juge des référés, juge du provisoire*, thèse Strasbourg, 1993.

<sup>50</sup> R. Chapus, Rapport de synthèse, CNRS et IFSA in *Actes du colloque du trentième anniversaire des tribunaux administratifs*, CNRS, 1986, p. 338.

<sup>51</sup> R. Perrot, *L'évolution du référé*, « Mélanges P. Hébraud », Toulouse, 1981, p. 645 et s

<sup>52</sup> Article 532-1 ; article R. 621-1 : « La juridiction peut, soit d'office, soit sur la demande des parties ou de l'une d'elles, ordonner, avant dire droit, qu'il soit procédé à une expertise sur les points déterminés par sa décision. La mission confiée à l'expert peut viser à concilier les parties ».

<sup>53</sup> CE, sect. 11 février 2005, req. n°259290, *Organisme de gestion du cours du Sacré Cœur et autres*, Lebon 65 ; RFDA 2005. 546, concl. Glaser : « Pour que la mesure d'expertise soit utile, il faut, en premier lieu, que la demande puisse se rattacher à un litige principal, même éventuel [...]. Il faut, en second lieu, que la mesure demandée ne soit pas superflue, ce qui recouvre deux exigences distinctes. L'expertise doit, d'abord, être le seul moyen d'établir les faits en cause [...] il faut, d'autre part, que les faits qu'il est demandé à l'expert d'établir présentent un intérêt pour un éventuel contentieux ».

<sup>54</sup> CAA, Marseille, 27 février 2014, n°13MA04174.

Il faut aussi préciser que le juge des référés ne peut se prononcer sur les frais irrépétibles ou mettre les dépens à la charge d'une partie comme les réserver<sup>55</sup>. Par ailleurs, il ne peut pas non plus ordonner à l'expert de déterminer la part de responsabilité de chacune des parties<sup>56</sup>.

Une ordonnance de référé est provisoire mais bénéficie tout de même d'un titre exécutoire qui permet de mettre à exécution les procédures. Le terme ordonnance signifie que celle-ci est délivrée par un juge unique, généralement le président de la juridiction.

La procédure est assez similaire en droit civil. Le Code de procédure civile prévoit en son article 145 que « s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé ». Ledit motif est largement admis en pratique.

Ainsi, même si par principe nul n'est tenu de soumettre ses prétentions au juge des référés, un juge du fond ne peut être saisi à titre principal d'une demande visant à ordonner une expertise.

***Le référé-expertise et le référé-provision.*** L'expertise médicale est la clé de voûte de ce contentieux dans le sens où elle va nettement influencer la suite de l'affaire selon le sens des conclusions.

Les avocats des victimes demandent souvent que les frais d'expertise soient mis à la charge de l'hôpital<sup>57</sup>. Cela n'arrive quasiment jamais et renvoie à un autre débat sur les provisions dites ad litem. Le juge des référés « dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable (...) peut accorder une provision au créancier » comme le prévoit l'article 809 du Code de procédure civile. En droit de la santé, le juge des référés est de plus en plus sollicité et le contentieux ne se limite pas à l'expertise ou aux provisions<sup>58</sup>.

Une partie de la doctrine défend désormais une « extension des pouvoirs du juge des référés pour garantir l'égalité des armes dans la transaction ou le procès »<sup>59</sup>.

Le débat a été amplifié par la question délicate du référé-provision qui permet au juge des référés, saisi sur le fondement de l'article 809 du Code de procédure civile, d'allouer une provision lorsqu'elle est

---

<sup>55</sup> CAA, Marseille, 17 juin 2013, n°12MA04936 : « Considérant qu'il n'appartient au juge des référés ni de déterminer la charge des dépens de la mesure d'instruction qu'il ordonne ni de la réserver pour le futur ».

<sup>56</sup> CE, 28 avril 1958, req. n°43804, *Min. Reconstruction et logement c/ Dame David*, Lebon T. 979 et 982 ; CAA Marseille, 27 février 2014, n°13MA04174 : la partie « n'est pas fondée à reprocher au juge des référés de ne pas avoir mentionné dans la mission d'expertise prescrite, la part éventuelle de responsabilité imputable à chaque intervenant ».

<sup>57</sup> CAA, Lyon, 31 mai 2012, n°11LY00841.

<sup>58</sup> « Le juge du référé-liberté peut prononcer à titre provisoire la suspension de l'exécution de la mesure tendant à l'arrêt du traitement et, avant de statuer sur la requête, prescrire une mesure d'expertise médicale ». CE, ass., 14 février 2014, n° 375081, n° 375090 et n° 375091 : JurisData n° 2014-002723 ; S. Deygas, *Liberté fondamentale et office du juge administratif*, Procédures n°4, avril 2014, comm. 127.

<sup>59</sup> M. Bacache, A. Guégan-Lécuyer et S. Porchy-Simon, panorama, Recueil Dalloz 2014, p. 2362.

fondée sur une obligation non sérieusement contestable. Une telle demande donne lieu à des jurisprudences aléatoires qui dépendent beaucoup de l'espèce<sup>60</sup>.

En effet, aucun texte ne prévoit explicitement la possibilité de condamner une partie à verser à son adversaire une provision si ce n'est dans le cadre du divorce par le biais du juge de la mise en état<sup>61</sup>. Les juges n'accordent jamais de provision pour frais d'instance<sup>62</sup>, même pour de grandes affaires de santé publique comme le Médiateur où les victimes en sollicitent régulièrement<sup>63</sup> malgré les soubresauts qu'elle a connus<sup>64</sup>.

Cette demande de provision pour frais d'instance présentée au juge des référés ne peut être accueillie que si l'obligation d'indemnisation de la partie à l'égard de laquelle cette demande est formée n'est pas contestable. Le juge administratif s'exprime dans des termes équivalents<sup>65</sup>.

Il fait suite aux demandes de référé-provision dans des situations circonscrites : lorsque le juge pénal, ou le rapport d'expertise pénal, s'est prononcé de manière définitive en faveur du demandeur, en matière de faute caractérisée ouvrant droit à réparation depuis la loi du 4 mars 2002<sup>66</sup>.

Dans le domaine des infections nosocomiales, le juge des référés peut être saisi d'une demande de provision et, s'il constate que les dommages atteignent le niveau de gravité permettant l'indemnisation au titre de la solidarité nationale, mettre en cause l'ONIAM<sup>67</sup>.

Quand on connaît le coût d'un avocat pour un référé-expertise, il est peut-être judicieux de repenser cette provision pour faciliter l'accès à cette mesure indispensable. En effet, les juges du fond ont parfois réussi à trouver des solutions équilibrées en fractionnant les dépens entre les parties dans un souci d'équité<sup>68</sup>.

---

<sup>60</sup> « La Cour de cassation s'est déjà, dans un tout autre contexte, prononcée en faveur de la possibilité pour le juge des référés de faire peser sur le défendeur la provision *ad litem* sur le fondement de l'article 809, alinéa 2, du Code de procédure civile, (...) les décisions des juges du fond statuant en référé dans l'affaire du *Mediator* attestent du succès très aléatoire de telles demandes ». A. Guégan-Lécuyer, D. 2014, p. 2362.

<sup>61</sup> Article 771-2 du Code de procédure civile.

<sup>62</sup> M. Morlass-Courties, *Le juge des référés face à la responsabilité des médecins et établissements privés de santé quant au défaut des dispositifs médicaux implantables*, Revue droit & santé n°50, novembre 2012, pp. 700 à 702. CA Riom, 29 août 2012, n° 11/02370, 11/2657, 11/2513, 11/2484.

<sup>63</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ. 29 janvier 2015, n°13-24.691.

<sup>64</sup> Y. Strickler, *Les soubresauts du volet civil de l'affaire du Médiateur*, D. 2013, chron. 2588.

<sup>65</sup> « (...) que ces missions qu'il a sollicitées suffisent à établir que M. M. n'a aucune certitude sur l'importance et l'imputabilité des retards ou sur l'existence de droit à paiement au titre de travaux supplémentaires (...), que la demande de provision présentée pour M. M. ne peut qu'être rejetée ». TA, Melun, 22 novembre 2007, *Entreprise M. c/ Commune de Soignolles-en-Brie*, req. n° 0705941/2 ; CAA, Bordeaux, 30 novembre 2011, n°11BX00098.

<sup>66</sup> CE, 19 février 2003, *Assistance publique-Hôpitaux de Paris c/ M. et Mme M.*, n°0247908.

<sup>67</sup> CE, 5 février 2014, *Centre hospitalier de Cambrai*, req. n°362351, Lebon ; AJDA 2014. 313, obs. de Montecler : « Considérant qu'il incombait au juge des référés, dès lors qu'il constatait que M. A... avait été victime d'une infection nosocomiale et demeurait atteint d'une incapacité permanente partielle supérieure à 25 %, et alors même que ce dommage était pour partie lié aux conditions de prise en charge de l'infection au sein du centre hospitalier de Cambrai, d'appeler l'ONIAM en la cause ».

<sup>68</sup> A. Bascoulergue, *Condamnation de l'assureur à participer aux frais irrépétibles de la victime, même avant dire droit*, Gazette du Palais, 08 octobre 2013 n° 281, p. 18, Cass. 2<sup>e</sup> civ., 27 juin 2013, n°12-19286 : Pour l'arrêt : « Dès lors que, par une décision motivée, le juge a laissé à chacune des parties la charge de ses propres dépens, ce dont il résulte que chacune d'elles est tenue au paiement d'une fraction des dépens au sens de l'article 696 du Code de procédure civile, il peut être fait application des dispositions de l'article 700 du Code de procédure civile au profit de l'une d'elles. L'auteur constate qu'en

*De la nécessité d'associer les juges du fond aux décisions en référé.* Il nous semble que l'office du juge du fond et celui du référé sont trop compartimentés alors qu'ils sont étroitement liés.

C'est pourquoi nous souscrivons à la proposition du magistrat Sylvia Mille qui affirmait qu'eu « égard à la spécialisation croissante du contentieux médical, il serait utile que le juge du fond soit associé aux questions que se pose le juge des référés lorsqu'il est saisi d'une demande d'expertise ou, du moins, collabore à l'élaboration de nouvelles missions-types (qui lui éviteraient d'ordonner des compléments d'expertise en raison des défaillances de la mission de référé) »<sup>69</sup>.

On observe que l'étude de l'office du juge en droit de la responsabilité médicale ne se limite pas aux arrêts des juges du fond et des cours suprêmes ; il fait suite à une procédure préalable importante.

Ce contentieux est très marqué par la temporalité, judiciaire comme sociale.

Temporalité judiciaire car la mise en œuvre de ce régime n'est pas circonscrite au juge ; elle suppose l'intervention préalable d'un acteur de premier plan en la personne de l'expert médical. Sa présence illustre l'ambiguïté entre le droit et la science (**chapitre 1**). Temporalité sociale car le juge concrétise le principe de la responsabilité par la reconnaissance d'un préjudice ; notion pour le moins évolutive (**chapitre 2**).

---

l'espèce, « un déséquilibre existait bien entre la situation des demandeurs en charge d'un enfant handicapé depuis sa naissance, et celle de l'assureur, professionnel de l'indemnisation ».

<sup>69</sup> S. Mille, *le rôle de l'expert médical*, p. 307 in « Conseil d'Etat, Santé et justice : quelles responsabilités ? Dix ans après la loi du 4 mars 2002 », op. cité.

# Chapitre 1

## L'EXPERT MÉDICAL : UN APPORT INDISPENSABLE ET AMBIGU

Le contentieux de la responsabilité hospitalière est pas excellence celui dans lequel le juge se trouve dans l'obligation de recourir aux services des experts.

L'expert judiciaire est le collaborateur ou l'auxiliaire indispensable du juge. L'utilisation de techniques toujours plus spécialisées et complexes, mobilisant des savoirs dont le juge ne dispose pas, implique l'assistance d'un sachant, d'un homme de l'art.

Dans certains domaines du droit de la santé, son recours est obligatoire<sup>70</sup>.

Dans celui de la responsabilité médicale, il est quasi-automatique dans la mesure où le demandeur ne peut établir lui-même la preuve d'une faute médicale sans un avis spécialisé et extérieur.

L'expertise médicale, soumise au principe du contradictoire, est donc une première forme de jugement médical dans l'attente d'un jugement juridique final.

Jadis, les Professeurs Motulsky et François Terré cherchaient à dessiner les grands traits de l'expertise<sup>71</sup>. Depuis, les problématiques ont changé au profit de questions lancinantes sur l'impartialité et l'indépendance de l'expert.

Il n'en demeure pas moins que le concours de l'expert médical est indispensable (A) mais, dans la mesure où le juge ne peut pas se passer de lui, son rôle est ambigu. Est-il un auxiliaire ou un substitut du juge <sup>72</sup> ? La question persiste et soulève par la même occasion une réflexion plus globale sur la dépendance du droit à l'égard de la science (B).

---

<sup>70</sup> En matière de transsexualisme : Ass. plén, 11 décembre 1992, pourvoi n°91-12.373, Bull. 1992, Ass. plén, n°13 ; pour le contentieux de la sécurité sociale : v. article L. 141-1 du code de la sécurité sociale.

<sup>71</sup> H. Motulsky, F. Terré, *L'expertise dans les principaux systèmes juridiques d'Europe*, Institut de droit comparé de l'université de Paris, éd. de l'Épargne, vol. 1, 1969, 455 p.

<sup>72</sup> *Les experts : auxiliaires ou substitués du juge ?* Colloque du 5 décembre 2008, Centre français de droit comparé, vol. 12, Paris, 2009, 152 p.

## A / L'expert médical : un rôle indispensable

On ne peut traiter de l'expertise médicale sans le support adéquat.

L'expertise est une pièce du dossier qui, à l'inverse d'une décision judiciaire, n'est pas publiée. C'est une mesure préparatoire avant-dire droit qui permet au juge d'ordonner les mesures d'instruction qu'il juge nécessaires à la résolution du litige principal (sa nullité doit être soulevée avant toute défense au fond<sup>73</sup>). Néanmoins, lorsque celle-ci est analysée à l'aune de l'office du juge, on constate d'une part que l'expert et le juge ont un rôle différent mais complémentaire et, d'autre part, que cette complémentarité rend l'expertise indispensable.

***Le rôle historique de l'expert médical.*** L'expertise médicale est une pratique très ancienne et couramment utilisée au XIII<sup>e</sup> siècle<sup>74</sup> ; Merlin de Douai en donne une définition assez précise au XVII<sup>e</sup> siècle depuis une ordonnance de 1667 et un édit important de 1690 en France<sup>75</sup>.

Le droit de l'expertise s'est construit en plusieurs étapes<sup>76</sup>. Les parlements en ont parfois fait usage au Moyen Âge<sup>77</sup> et les magistrats ont très vite observé son utilité. Au-delà de nos frontières, on la retrouve dans la plupart des systèmes juridiques européens<sup>78</sup> et dans le monde<sup>79</sup>.

Elle est réalisée grâce à l'expert qui, selon la terminologie *expertus*, est celui qui a éprouvé : « un homme ayant des connaissances spéciales de son art, et suffisantes pour que l'on puisse s'en rapporter à son

---

<sup>73</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 3 mai 2007, pourvoi n° 06-12.190, Bull. 2007, II, n° 116 ; Cass. 2<sup>e</sup> civ, 2 décembre 2004, pourvoi n° 02-20.205, Bull. 2004, II, n° 513 Cass. 1<sup>re</sup> civ, 30 avril 2014, n° 12-21484 ; le juge de la mise en état n'est pas compétent pour se prononcer sur sa nullité : Cass. 2<sup>e</sup> civ., 31 janvier 2013, n° 10-16.910, FS P+B : JurisData n° 2013-001108.

<sup>74</sup> « Dès le XIII<sup>e</sup> siècle aussi, il n'est pas rare de voir des médecins intervenir dans des procès, à la demande de plaignants ou des autorités judiciaires, pour délivrer un avis ». N. Marilyn, *Formes et enjeux d'une médicalisation médiévale : réflexions sur les cités italiennes (XIII<sup>e</sup>-XV<sup>e</sup> siècle)*, Genèses 1/2011 (n° 82), pp. 7-30 ; v. aussi : L. Kondratuk, *Le recours à l'expertise psychiatrique dans les juridictions ecclésiastiques (1850-1930)*, Droit et cultures, 60 | 2010-2.

<sup>75</sup> Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 4<sup>e</sup> éd, Paris, Garnery Librairie, T. 5, 1812, p. 24 : « On donne ce nom à des gens nommés par autorité de justice, ou choisis par les parties intéressées, pour examiner ou pour estimer certaines choses, et en faire leur rapport. L'usage de nommer des Experts nous vient des Romains. (...) Les experts sont qualifiés d'*arbitres*, dans quelques lois, quoique les fonctions des arbitres soient différentes de celles des Experts, attendu que ceux-ci ne sont pas juges. En France, il n'y avait autrefois d'autres Experts que ceux que choisissaient les parties, ou que le juge nommait d'office, lorsqu'il y avait lieu de le faire ; mais aujourd'hui il y a des Experts créés en titre d'office par différents édits, notamment pas celui du mois de mai 1690 (...) ».

<sup>76</sup> Selon Corinne Diaz, l'évolution du droit de l'expertise s'est faite en différentes étapes : 1 / L'ordonnance civile d'avril 1667 qui fixe la procédure d'expertise. 2 / La loi du 14 avril 1806 consacrée dans le Code Napoléon, premiers fondamentaux et codification de l'expertise judiciaire (son caractère facultatif, décidé discrétionnairement par le juge). C. Diaz, *Le guide des expertises judiciaires*, Paris, Dalloz, 2008, 462 p, pp. 21-22.

<sup>77</sup> V. J-C Careghi, *La responsabilité médicale au crible de l'histoire*, les cahiers de droit de la santé, n°7, Aix-en-Provence, PUAM, 2007, 216 pages.

<sup>78</sup> H. Motulsky, *Introduction*, in *L'expertise dans les principaux systèmes juridiques d'Europe*, Centre français de droit comparé et CNRS, Paris, 1969, p. 14 ; Exemple Allemand : P. Klappich, *nature of the expert mission (support or replacement of the judge ?)*, p. 91 in « Les experts : auxiliaires ou substituts du juge ? » Colloque du 5 décembre 2008, Centre français de droit comparé, vol. 12, Paris, 2009, 152 pages ; Exemple Suisse : B. Lachena, *approche comparative : l'expertise en droit Suisse*, p. 98 et s, in *ibid*.

<sup>79</sup> J. Lin, *L'expertise judiciaire en droit chinois*, p. 121 in « Les experts : auxiliaires ou substituts du juge ? » op. cité.

appréciation dans une décision à prendre »<sup>80</sup> ou encore, « un verre qui grossit les objets et sert au juge, qui a la faculté de s'en servir, à examiner en toute liberté si les images qu'on lui présente sont nettes » selon la formule délicate du Professeur Bonnier<sup>81</sup>.

Il convient de distinguer le terme expert de l'expertise qui est une mesure d'instruction par laquelle on charge l'expert de procéder à un examen technique<sup>82</sup>.

En droit médical, l'expertise détermine le plus souvent l'issue du litige et constitue ainsi un élément fondamental de la procédure contentieuse ou amiable ; elle est souvent au cœur de l'indemnisation. C'est l'intermédiaire quasi obligatoire dès lors que se pose une question d'ordre médical<sup>83</sup>.

Un conseiller administratif concède lui aussi que « le contentieux de la responsabilité hospitalière est sans aucun doute, de par sa technicité, celui des contentieux indemnitaires dans lequel le juge administratif – mais c'est vrai aussi de son homologue judiciaire – se trouve le plus démuné lorsqu'il est confronté aux faits de la cause »<sup>84</sup>.

Le droit ne peut être prononcé si le fait est inconnu. Le geste médical, dans son environnement technique, est-il conforme aux données acquises de la science au moment de l'acte litigieux<sup>85</sup> ?

Le juge civil ou administratif doit faire appel à un technicien<sup>86</sup> pour répondre à cette question qui n'est pas juridique dans le prolongement du principe posé dans l'arrêt Mercier. Il le fait le plus souvent à la demande d'une partie qui le saisi en procédure de référé.

La décision du juge des référés, si elle n'a pas au principal l'autorité de la chose jugée, est néanmoins exécutoire et donc obligatoire<sup>87</sup>. L'expertise est donc incontournable en droit médical ; c'est un de ses domaines de prédilection<sup>88</sup>.

---

<sup>80</sup> *Journal des experts*, 30 janvier 1911, n°1, p. 3.

<sup>81</sup> E. Bonnier, *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et criminel*, Paris, Joubert, 1843, p. 9.

<sup>82</sup> D. Lamethe, *Aspects philosophique, linguistique et sociologique des experts*, p. 39 in « Les experts : auxiliaires ou substituts du juge ? », Colloque du 5 décembre 2008, Centre français de droit comparé, vol. 12, Paris, 2009, 152 pages : « En Latin « *Expertus* signifie *aguerri, éprouvé, qui a fait ses preuves* et correspond au participe passé de *experiri (faire l'essai de...)*. Autrement dit, le latin ne connaissait pas le concept d'expert comme nom commun et avant d'être celui qui réussissait, l'individu avait tâtonné et réussi progressivement grâce à l'expérience ».

<sup>83</sup> D. Loriferne, p. 300 in « Le rôle de l'expert médical in Conseil d'Etat, Santé et justice : quelles responsabilités ? », La Documentation Française, 2013.

<sup>84</sup> J-L. Bédier, *L'indemnisation des troubles dans les conditions d'existence devant les juridictions administratives*, pp. 206-207, in A. Leca (sous la dir. de), *L'expertise médicale et l'indemnisation des préjudices corporels*, Colloques du CDSA, Bordeaux, Les Etudes Hospitalières, novembre 2006, 316 p.

<sup>85</sup> Cass. civ. 2 novembre 1985 : Bull. I, n° 265.

<sup>86</sup> CA, Limoges, 25 octobre 1955 : JCP G. 1956, 9021, obs. R. Savatier.

<sup>87</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ. 11 octobre 2007, n° 06-19.085, F-D, Assoc. *La Ligue pour la préservation de la faune sauvage et la défense des non-chasseurs*, dite Roc c/ Butel : Juris-Data n° 2007-040746.

<sup>88</sup> « Les expertises judiciaires civiles sont ordonnées, dans leur très grande majorité, en première instance et en référé. Elles interviennent surtout en matière de droit des contrats, de droit de la famille et de droit de la responsabilité et ressortissent principalement à deux domaines, le bâtiment et le domaine médical ». S. Arnault, P. Krief, *Le coût des expertises judiciaires civiles* in « Bulletin d'information statistique du ministère de la Justice », Infostat Justice, n°66 mai 2003.

***La faculté du juge d'ordonner une expertise comme élément de preuve.*** Le Code de procédure civile et le code de justice administrative laissent la possibilité aux juges d'ordonner une expertise.

Le premier prévoit en son article 232 que « le juge peut commettre toute personne de son choix pour l'éclairer par des constatations, par une consultation ou par une expertise sur une question de fait qui requiert les lumières d'un technicien ».

Le second dispose dans les mêmes termes en son article R.621-1 que « le juge peut commettre toute personne de son choix pour l'éclairer par des constatations, par une consultation ou par une expertise sur une question de fait qui requiert les lumières d'un technicien ». Cette possibilité est d'autant plus utile qu'elle est indispensable ; le juge n'étant pas médecin, il ne peut se prononcer à la seule lumière de ses connaissances juridiques.

L'expert est incontestablement un collaborateur du service public de la justice (a). A dire vrai, il n'a pas de statut explicite, il contribue à la bonne marche de la procédure. Il apporte aux débats un élément de preuve crucial : l'expertise médicale.

Ses caractéristiques et ses attributions laissent à penser qu'il est aussi un juge mais seulement du domaine médical : domaine dans lequel le juge ne peut, au vu de ses connaissances, se prononcer ou le contredire.

Dès lors, l'expert n'est-il pas un substitut du juge (b) dans la mesure où ses constatations médicales vont clairement orienter les conséquences juridiques ?

#### a) Un collaborateur de la justice

L'expertise judiciaire est une mission d'instruction confiée par le juge à un ou des médecins appelés experts et/ou sages, inscrits ou non sur une liste judiciaire ou un tableau. Le juge adresse à l'expert une mission précise qu'il peut accepter ou nécessairement refuser quand il ne s'estime pas compétent<sup>89</sup>. Ses constatations et ses conclusions sont consignées de manière organisée par écrit dans un rapport d'expertise. Pour le Professeur Gérard Mémeteau, « le technicien apporte au juge le contenu des usages médicaux (techniques) par référence auxquels le magistrat appréciera le comportement du médecin en cause, dans la contemplation du principe de prudence générale qui constitue la seule vraie et constante règle d'appréciation »<sup>90</sup>.

---

<sup>89</sup> L'article R. 4127-106 du CSP précise que « lorsqu'il est investi d'une mission, le médecin expert doit se récuser s'il estime que les questions qui lui sont posées sont étrangères à la technique proprement médicale, à ses connaissances, à ses possibilités ou qu'elles l'exposeraient à contrevenir aux dispositions du présent code de déontologie ».

<sup>90</sup> G. Mémeteau, *Cours de droit médical*, 4<sup>e</sup> éd, Bordeaux, Les études Hospitalières Editions, 2001, p. 320.

De toute évidence, « lorsqu'une juridiction est appelée à se prononcer sur un litige mettant en cause la responsabilité d'un médecin, elle ne le fait qu'après avoir ordonné une expertise »<sup>91</sup>. Son rôle est capital (1) mais le régime juridique de l'expertise demeure complexe (2).

### 1) *L'expertise médicale : un apport indispensable*

L'expert est au service de la justice.

***L'expert est un professionnel qui remplit la fonction d'expert.*** Entendons ainsi qu'être expert est une fonction et non un métier. Les experts médicaux sont d'abord des docteurs en médecine qui sont en principe toujours en exercice.

Il n'existe d'ailleurs pas de concours<sup>92</sup> pour être expert. Sa mission est ponctuelle ; elle est le complément d'une activité initiale qui justifie sa compétence. La Cour de cassation a précisé que « l'expert judiciaire est un auxiliaire de justice »<sup>93</sup>, « désigné par le juge, il exécute un mandat de justice et n'exerce pas, ce faisant, une profession »<sup>94</sup>.

Il nous semble qu'il n'est pas vraiment un auxiliaire de justice mais un collaborateur ponctuel qui ne concourt pas de manière principale et courante à l'administration de la justice.

Cependant, sa place est tellement importante que les rapports ou réflexions concernant l'expertise sont légion<sup>95</sup>. Ils illustrent la nécessité de plus en plus prégnante pour les juges de faire appel à des experts face à la complexification des activités humaines et à la judiciarisation de la société.

---

<sup>91</sup> J. Guigue, *Qui juge : l'expert ou le juge ?*, in « La responsabilité médicale : de la faute au risque », Session de formation continue ENM, 29 mai – 2 juin 1995, p. 59.

<sup>92</sup> F. Ruellan, N. Marie, *Droit et pratique de l'expertise judiciaire civile*, op. cité, p.12 : « Les experts judiciaires inscrits sur les listes dressées par les cours d'appel ou la Cour de cassation sont des professionnels assermentés soumis à des règles de discipline rigoureuse, à une obligation de formation. Il n'existe cependant pas de contrôle des connaissances techniques ni de définition des méthodes de protocole de formation ».

<sup>93</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 24 juin 2004, n°02-10.200, Bull. civ. II, n°314.

<sup>94</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 4 juillet 2007, n°07-12.078, Bull. civ. II, n°196.

<sup>95</sup> *Rapport de la commission de réflexion sur l'expertise*, mars 2001, commission présidée par Mme Chantal Bussière et M. Stéphane Autin, formée à la demande du Garde des Sceaux ; *Proposition de réforme de l'expertise médicale judiciaire*, Médiateur de la République, 8 juillet 2009 ; Proposition de la loi AN n°3740 modifiant la loi n°71-498 du 29 juin 1971 relative aux experts judiciaires, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 21 septembre 2011 ; *L'assistance de la victime dans la phase d'expertise médicale du dommage corporel : les propositions du groupe de travail du CNAV*, Gazette du Palais, 20 mars 2003, n°79, p. 3 ; Médiateur de la République, *Expertises faillibles, justice fragile ? : les expertises dans le cadre amiable et judiciaire, de la responsabilité médicale et de la réparation des dommages corporels*, Paris, le 6 octobre 2009. Actes du colloque. <http://www.defenseurdesdroits.fr/fr/publications/actes-de-rencontres/expertises-faillibles-justice-fragile-octobre-2009> ; J.P. Delevoy, *L'expertise judiciaire dans le domaine médical ; diagnostic et proposition de réformes*, in « responsabilité, assurance et expertise médicale », R. Pellet (dir.), *Thèmes et commentaires*, Paris, Dalloz, 2008, p. 101 s.

**L'organisation institutionnelle de la pratique expertale.** Depuis la loi du 4 mars 2002<sup>96</sup> et suite à des critiques récurrentes<sup>97</sup>, l'expertise médicale a connu de profondes mutations.

C'est à partir de ce constat que l'on a institué la CNAMed, renforcé le processus de sélection des experts judiciaires, élaboré, par la Cour de cassation, un *Guide des bonnes pratiques expertales* (on trouve un guide équivalent pour l'ordre administratif daté de 2006<sup>98</sup>), mis en place une conférence de consensus sur les bonnes pratiques<sup>99</sup>, développé des compagnies d'experts<sup>100</sup>.

Ces supports<sup>101</sup> sont précieux car il n'existe pas de code de déontologie du médecin-expert hormis quelques articles dans le code de la santé publique<sup>102</sup> ou le code de justice administrative ou des indications éparses dans les lois<sup>103</sup>.

**Le temps des experts ?** De plus en plus de personnes font valoir ce qualificatif dans les médias. En effet, l'expert est devenu une figure importante du paysage médiatique. Il existe des experts dans tous les domaines, qui sont invités par les médias qui leur attribuent ce statut<sup>104</sup>.

D'aucuns se demandent avec Roland Barthes s'il n'est pas devenu une nouvelle catégorie cléricale, une figure prophétique avec l'homme médiatique et l'écrivain<sup>105</sup>. C'est aussi que le fait expertal<sup>106</sup> a pris une nouvelle ampleur.

Dans le même temps, « la magistrature a le sentiment d'être livrée à un monde de plus en plus technique dans lequel rendre la justice deviendrait aussi l'affaire des spécialistes de plus en plus nombreux » notent des historiens<sup>107</sup>. L'avis d'un expert est nécessaire dans un cadre amiable ou contentieux. Les expertises civiles ou administratives sont régies par les textes dans des termes assez similaires.

---

<sup>96</sup> G. Nicolas, *La loi du 4 mars 2002 et l'expertise médicale*, Gazette du Palais, 17 décembre 2002 n° 351, p. 51.

<sup>97</sup> S. Mille in *Le rôle de l'expert médical* in « Conseil d'Etat, Santé et justice : quelles responsabilités ? », La Documentation Française, 2013 : « Bien avant la loi Kouchner, l'expertise médicale était soumise à une avalanche de critique : les usagers du système de santé se sont plaints en ces termes : « travail superficiel reflétant une méconnaissance des principes généraux de la responsabilité médicale et des règles de procédure juridictionnelle (non-respect du contradictoire) ; - insuffisance dans la recherche des éléments de discussion et d'argumentation, affirmer n'est pas démontrer) ; - absence de raisonnement sur le lien de causalité entre le manquement retenu et le préjudice subi (que celui-ci soit un dommage corporel ou une simple perte de chance) dont la nature et l'importance ne sont quasiment jamais définies ». pp. 302-303.

<sup>98</sup> <http://bordeaux.cour-administrative-appel.fr/content/download/11324/34102/version/1/file/guide-de-l-expert-mis-a-jour-le-23-11-2012.pdf>

<sup>99</sup> [http://www.courdecassation.fr/formation\\_br\\_4/2007\\_2254/br\\_bonnes\\_10189.html](http://www.courdecassation.fr/formation_br_4/2007_2254/br_bonnes_10189.html)

<sup>100</sup> F. Ruellan N. Marie, *Droit et pratique de l'expertise judiciaire civile*, op. cité, pp. 14-15 : « les compagnies d'Experts gèrent des centres de formation auxquelles collaborent les professionnels du droit ainsi que des experts ».

<sup>101</sup> Notamment celui la CNAMed qui impose depuis 2006 une mission-type accompagnée d'un *Livret de l'expert* sur les points fondamentaux de l'expertise.

<sup>102</sup> R. 4127-105 à 108.

<sup>103</sup> Notamment la loi n° 2004-130 du 11 février 2004 réformant le statut des experts judiciaires.

<sup>104</sup> Y. Chevalier, *L'expert à la télévision : traditions électorales et légitimité médiatique*, Paris, CNRS, 2009, 135 pages.

<sup>105</sup> G. Vincent, *Introduction. Sociologie de la cléricature : objets et problèmes*, p. 33 in ouvrage collectif, *Les Nouveaux clercs. Prêtres, pasteurs et spécialistes des relations*, Genève, Histoire et société, Labor et Fides, 1989, 261 p.

<sup>106</sup> E. Alauze, *Du rôle de l'expert médical dans l'appréciation de la capacité civile*, thèse de doctorat, Droit, Montpellier, Impr. Pierre Rouge, 1927, 128 p.

<sup>107</sup> F. Chauvaud, L. Dumoulin, *Experts et expertise judiciaire : France, XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, Histoire, 2004, 284 p, p. 9.

On les trouvera dans les articles 232 à 284 du Code de procédure civile et aux articles R. 532-1 et s. et R. 621-1 et s. du code de justice administrative.

Quant aux expertises amiables, diligentées par les CCI, elles sont organisées par les articles L. 1142-9 et s. et R. 1142-14 et s. du code de la santé publique.

En droit civil, « le juge ne peut donner au technicien mission de concilier les parties »<sup>108</sup> pour accroître son indépendance même si cette mission est possible en droit administratif<sup>109</sup>.

**La mission de l'expert.** La demande d'une expertise interrompt le délai de prescription comme le délai de recours contentieux contre la décision préalable en droit administratif<sup>110</sup>.

La décision d'ordonner une expertise relève du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond. Il faut toutefois mentionner que la décision doit « exposer les circonstances qui rendent nécessaires l'expertise »<sup>111</sup> ; elle doit être une « mesure utile »<sup>112</sup> étant précisé que la seule circonstance qu'une expertise ait déjà été réalisée ne dispense pas le juge d'apprécier l'utilité d'une nouvelle expertise<sup>113</sup>.

La décision comporte le contenu exhaustif de la mission tel qu'il est exigé par les textes. A l'origine, la mission était très simplifiée « décrire la nature et l'importance des blessures reçues » et calquée sur les accidents du travail sans différenciation entre l'incapacité et l'incidence professionnelle<sup>114</sup>.

La volonté des juges a été là encore déterminante. A la fin des années 1990, le magistrat Robert Barrot, ancien président de chambre du tribunal de grande instance de Paris, soutient dans son ouvrage sur le *dommage corporel et sa compensation* qu'il faut élargir la notion de taux pour une approche plus fonctionnelle, quotidienne et donc situationnelle de la victime<sup>115</sup>. Il anticipait ainsi la méthodologie moderne de l'évaluation du dommage corporel.

**L'expertise : une aide que le juge n'est pas tenu de suivre.** Il est à noter un élément fondamental : les juges ne sont pas tenus par les conclusions de l'expert ; ils l'ont affirmé dès le XVII<sup>e</sup> siècle<sup>116</sup>.

---

<sup>108</sup> Article 240 du CPC ; article 281 du CPC : « Si les parties viennent à se concilier, l'expert constate que sa mission est devenue sans objet ; il en fait rapport au juge. Les parties peuvent demander au juge de donner force exécutoire à l'acte exprimant leur accord ».

<sup>109</sup> Même d'office à l'occasion d'un référé-expertise dans d'autres contentieux : CE, 11 février 2005, *Organisme de gestion du Cours du Sacré-Cœur et autres*, n°259290, rec. p. 65 ; v. art. R. 621-1 du CJA.

<sup>110</sup> CE, 13 mars 2009, *Mme Vera*, n°317567 et CE, 18 décembre 2009, *CH de Voiron*, n°311604.

<sup>111</sup> Article 265 du CPC.

<sup>112</sup> Article R. 532-1 du CJA.

<sup>113</sup> CE, 4 octobre 2010, *M et Mme Jeljeli*, n°32836.

<sup>114</sup> C. Piedelièvre, *Barèmes médico-légaux et missions d'expertise : évolutions*, Gazette du Palais, 10 novembre 2012 n° 315, p. 19.

<sup>115</sup> R. Barrot, *Le dommage corporel et sa compensation, pratique médico-légale et judiciaire*, Paris, Litec, 1988, 607 p.

<sup>116</sup> C. le Caron, *Réponses et décisions du droit français*, Paris 1612, Livre 13, réponse 92 ; même quand l'expertise est favorable au médecin : 30 janvier 1703, Parlement de Paris in P.-J. Brillouin, *Dictionnaire de jurisprudence et des arrêts*, tome second, Lyon, Imp. du Gouvernement de la Ville, 1781, p. 337.

L'article 246 du Code de procédure civile affirme sans détour que « le juge n'est pas lié par les constatations ou les conclusions du technicien » et il ne peut en ce sens déléguer son pouvoir juridictionnel<sup>117</sup>.

Sa mission est clairement définie et l'expert est souvent peu enclin à répondre à une question qui ne lui aurait été posée<sup>118</sup>. L'article 625 du Code de procédure civile impose, comme en droit administratif, que la mission « nomme l'expert ou les experts, énonce les chefs de la mission de l'expert, impartit le délai dans lequel l'expert devra donner son avis »<sup>119</sup>.

Une extension de la mission est possible si celle-ci s'avère nécessaire<sup>120</sup>, notamment par le biais du juge chargé du contrôle des expertises<sup>121</sup>. La matière gagnerait en clarté si les deux ordres de juridiction élaboraient des missions-types communes<sup>122</sup>, sans forcément tomber dans l'écueil de la systématisation et enrichissaient la mission au cas par cas<sup>123</sup>.

« L'unification des missions types d'expertise apparaît ainsi comme étant une première nécessité, car cette phase de la procédure est celle où l'identification et la quantification des préjudices s'opèrent de façon cruciale » rappelle le Professeur Stéphanie Porchy-Simon<sup>124</sup>.

De cette manière, les procédures d'expertises civiles et administratives se sont déjà considérablement rapprochées.

C'est ce qui ressort d'un décret de 2010<sup>125</sup> créant dans l'ordre administratif un juge du suivi équivalent à celui du juge du contrôle des expertises existant dans l'ordre judiciaire.

---

<sup>117</sup> Cass. crim, 7 décembre 2016, n°15-87494 ; D. Tapinos, *l'expert ne peut se prononcer sur une question de droit*, Gazette du Palais, 2017, n°6, p. 42.

<sup>118</sup> « L'expert est un auxiliaire auquel le juge recourt, pour des constatations qu'il est mieux à même que lui d'effectuer ; mais l'expert ne dispose d'aucune compétence propre arrachée à celle du juge et celui-ci conserve son pouvoir d'appréciation intégral ». P. Hebraux, obs sous. CA, Paris, 4 novembre 1967 : RTDC, 1968, pp. 189 et 190, p. 190.

<sup>119</sup> A préciser que l'étendue de la mission est fixée souverainement par les juges du fond : Cass. 1<sup>re</sup> civ, 26 novembre 1980 : Bull, n°308.

<sup>120</sup> Article 279 du CPC et R. 532-2 du CJA.

<sup>121</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 18 septembre 2008, n°07-17.640 : « attendu que, même si l'expertise a été ordonnée sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile, le juge chargé du contrôle des mesures d'instruction tient de l'article 236 du même code le pouvoir d'accroître ou restreindre la mission confiée au technicien ».

<sup>122</sup> « Il est indispensable que les deux ordres juridictionnels élaborent des missions-types d'expertise communes, adaptées à l'évolution de la jurisprudence et au cas d'espèce (...) « Une expertise réussie est une expertise dont la mission a été exhaustivement rigoureusement définie. Or, beaucoup reste à faire d'une juridiction à l'autre, voire d'un juge à l'autre au sein d'une même juridiction, pour améliorer et homogénéiser les missions actuelles ». S. Mille, p. 306, in « Le rôle de l'expert médical in Conseil d'Etat, Santé et justice : quelles responsabilités ? » Paris, La Documentation Française, 2013 ; *L'unification des outils médico-légaux de l'évaluation*, Gazette du Palais, 24 décembre 2011 n° 358, p. 31.

<sup>123</sup> « Pour avoir une bonne expertise, il faut certes un bon expert, mais il faut aussi avoir un bon juge, c'est-à-dire un magistrat qui soit capable de rédiger une mission d'expertise cohérente, qui pose les bonnes questions, et on sait très bien que dans les expertises civiles ordonnées en référé, on reçoit des missions absolument standards, complètement banales, où l'on pose toujours les mêmes questions dont la moitié totalement à côté de la plaque (...) ». D. Safran, *Expertise faillibles, justice fragile ? Réparations dans le cadre amiable et judiciaire, de la responsabilité médicale et de la réparation des dommages corporels*, art. cité.

<sup>124</sup> S. Porchy-Simon, *La réparation du dommage corporel à l'épreuve de l'unification des pratiques*, Gazette du Palais, 24 décembre 2011 n° 358, p. 5.

<sup>125</sup> Décret n°2010-164 du 22 février 2010 relatif aux compétences et au fonctionnement des juridictions administratives.

**La distinction des offices du juge et de l'expert.** Son office est circonscrit à celui du juge dans la délivrance de sa mission et des parties quand il doit répondre aux dires. Le Code de procédure civile entend bien dissocier la fonction d'expert de celle du juge.

De cette façon, il affirme que « le technicien doit donner son avis sur les points pour l'examen desquels il a été commis. (...) il ne doit jamais porter d'appréciations d'ordre juridique » à l'article 238 ; ce qui implique de ne pas s'exprimer sur la déontologie qui est du domaine du droit<sup>126</sup>.

Quant à la Cour de cassation, elle a tempéré la vigueur du principe en soutenant que l'inobservation des obligations imposées par l'article 238 du Code de procédure civile n'impliquait pas la nullité de l'expertise<sup>127</sup>.

**Les juges ne peuvent dénaturer cet élément de preuve.** Les juges du fond apprécient souverainement le rapport d'expertise<sup>128</sup> sauf dénaturation<sup>129</sup>.

La dénaturation suppose que les juges du fond aient modifié le sens clair et précis du rapport sans énoncer les motifs qui ont déterminé leur conviction<sup>130</sup>. Elle n'est pas établie lorsque les termes du rapport sont sujets à interprétation<sup>131</sup>.

Comprenons ainsi que les juges n'ont pas une liberté totale dans l'appréciation du rapport d'expertise<sup>132</sup>. Ils ne peuvent aller à l'encontre de conclusions explicites<sup>133</sup> sauf « en s'appuyant sur des constatations et des avis techniques extérieurs régulièrement produits au débat et discutés entre les parties »<sup>134</sup>.

**Le principe d'un expert unique.** En principe, « il n'est désigné qu'une seule personne à titre d'expert à moins que le juge n'estime nécessaire d'en nommer plusieurs » comme le prévoit le Code de procédure civile en son article 264. L'article R. 621-2 du code de justice administrative reprend le principe quasiment mot pour mot<sup>135</sup>.

---

<sup>126</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ. 21 avril 1958 : D. 1958, 432 – Cass. 1<sup>re</sup> civ. 17 juillet 1961 : JCP G 1961, 3950 – Cass. 1<sup>re</sup> civ. 7 novembre 1961 : Gazette du Palais, Rec. 1962, 1, 219.

<sup>127</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 7 juillet 1998 : Bull. n°239 : « Aucune disposition ne sanctionne par la nullité l'inobservation des obligations imposées par l'article 238 du Code de procédure civile au technicien commis ».

<sup>128</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 20 mars 2014, n°13-14.985.

<sup>129</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 10 mai 2005 : pourvoi n°03-16272 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 janvier 2010, n° 08-20.755 ; CE, 10 juin 2013, n°352483 ; CE, 30 avril 2014, n° 354713.

<sup>130</sup> Cass. req. 13 novembre 1918, S. 1920, 1, p. 63.

<sup>131</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 2 mai 1978 : Bull, n°167, pp. 485-486.

<sup>132</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 8 juillet 2015, n° 14-18970 : « qu'en statuant ainsi alors que l'expert avait clairement conclu que l'intervention n'était pas indiquée en raison de lésions imputables à une intervention antérieurement subie par le patient et n'avait fait qu'aggraver les lésions et la symptomatologie, la Cour d'appel a dénaturé le rapport d'expertise ».

<sup>133</sup> CE, 28 juillet 2011, n°320810, 5<sup>e</sup> et 4<sup>e</sup> sous-sections réunies : « alors que l'homme de l'art avait estimé que les actes médicaux pratiqués sur la patiente lors de son séjour dans cet établissement ont été incomplets dans la mesure où ils n'ont pas mis en évidence par des examens appropriés la pathologie cervicale dont elle était atteinte, la cour administrative d'appel a dénaturé le rapport d'expertise ».

<sup>134</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 29 octobre 1980, Gazette du Palais, 1981, 1 pan, p. 63.

<sup>135</sup> « Il n'est commis qu'un seul expert à moins que la juridiction n'estime nécessaire d'en désigner plusieurs ».

Par ailleurs, « l'expert peut se faire assister dans l'accomplissement de sa mission par la personne de son choix qui intervient sous son contrôle et sa responsabilité »<sup>136</sup> ; le juge doit motiver sa décision<sup>137</sup> et il peut y avoir plusieurs sapiteurs<sup>138</sup>.

**La création de listes d'experts.** En France, pour des raisons pratiques<sup>139</sup>, les experts sont le plus souvent choisis sur les listes établies par les cours d'appel et la Cour de cassation selon des modalités fixées par la loi<sup>140</sup>.

A titre de comparaison, les Etats-Unis ne possèdent pas de listes d'experts mais simplement des *Daubert Rules*, une méthode que ces derniers doivent suivre afin que l'on puisse analyser les fondements théoriques de ses conclusions dont l'autorité est plus nuancée qu'en France<sup>141</sup>.

L'usage est la même pour les juridictions administratives dont les Présidents<sup>142</sup> sélectionnent habituellement les experts figurant sur les tableaux des tribunaux et cours administratives d'appel<sup>143</sup> ou du Conseil d'Etat<sup>144</sup> dans les modalités prévues par le code de justice administrative<sup>145</sup>.

Les experts désignés par les CCI sont aussi désignés selon une liste nationale des experts en accidents médicaux établie par la commission nationale des accidents médicaux qui assure leur suivi. Le décret n°2004-1463 du 23 décembre 2004 prévoit des conditions générales de qualification, d'honorabilité et d'âge<sup>146</sup>, tout comme le code de justice administrative<sup>147</sup>.

---

<sup>136</sup> Article 278 du CPC.

<sup>137</sup> CE, 11 mars 1964, *Desbarbieux*, Lebon. 971.

<sup>138</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 20 mars 2014, n°13-16472.

<sup>139</sup> F. Ruellan, N. Marie, *Droit et pratique de l'expertise judiciaire civile*, op. cité, p. 12 : « Les listes d'experts près la Cour de cassation et les cours d'appel sont dressées conformément à une nomenclature définie par l'arrêté du 10 juin 2005 modifié par les arrêtés du 22 février et du 12 mai 2006. Ils sont répartis par branche, rubrique et spécialité. (...) Un tel classement permet au juge qui ordonne l'expertise de se référer beaucoup plus facilement aux spécialistes dont il a besoin. La désignation d'un expert choisi hors de la loi doit être exceptionnelle. En général, ces désignations sont réservées à des hypothèses de grande spécialité ne figurant pas dans la nomenclature des listes ou de renommée particulière du technicien ».

<sup>140</sup> Loi n°20004-10 du 11 février 2004 et son décret d'application n°2004-1463 du 23 décembre 2004.

<sup>141</sup> N. Rochat, H. Delmas, S. Demarchi, I. Urdapilleta, *Science et pseudo-science, une affaire d'experts in L'esprit au-delà du droit, pour un dialogue entre les sciences cognitives et le droit* (dir. C. Tijus et C. Puigelier), Paris, Mare & Martin, collection sciences cognitives & droit, 284p, p. 229 : « A titre de comparaison, les Etats-Unis ne possèdent pas de liste d'experts. Cependant, il existe un ensemble de règles qui définissent la fonction de l'expert et les éléments sur lesquels il doit fonder son expertise. Ces règles sont nommées les « *Daubert Rules* », suite au procès et à la décision de la Cour Suprême Américaine. Il n'y a donc pas d'experts « officiels » ou cooptés, mais des règles permettant d'orienter le juge sur sa décision de considérer ou non les déclarations d'un expert. Les « *Daubert rules* » se décomposent en deux parties, la première comprenant les recommandations de la Cour suprême et la seconde la règle de Daubert à proprement parler, qui explicite les éléments sur lesquels porte l'avis des experts. La différence notable entre ces deux systèmes est la position donnée aux experts. En France, l'avis de l'expert semble bénéficier d'un « argument d'autorité » (consiste à dire que quelque chose est « vrai » car une personne « importante » l'a dit), sans contrainte quant à la manière de présenter ses conclusions, ni leurs fondements théoriques. Par contre, outre-Atlantique, l'expert doit faire état des connaissances actuelles et scientifiques dans le domaine puis expliquer comment et avec quelle(s) méthode(s) il est arrivé à une déclaration ».

<sup>142</sup> Article R. 222-5 du CJA.

<sup>143</sup> Article R. 221-9 du CJA.

<sup>144</sup> Article R. 122-25-1 du CJA.

<sup>145</sup> Article R. 221-13 à R. 221-20 du CJA.

<sup>146</sup> V. dans le domaine administratif le décret n° 2015-1145 du 15 septembre 2015 : article R. 221-11 du CJA.

<sup>147</sup> Article R. 221-11 CJA.

**La liberté du choix de l'expert par le juge.** Les magistrats sont libres de choisir les experts selon « les qualifications et l'expérience professionnelle des candidats » ou « l'intérêt qu'ils manifestent pour la collaboration au service public de la justice »<sup>148</sup>.

Dans l'ordre administratif, la décision d'inscription et de réinscription est motivée en cas de refus<sup>149</sup>.

A l'inverse, dans l'ordre judiciaire, seul le refus de réinscription donne lieu à la transmission de l'avis de la commission<sup>150</sup> même si la Cour de cassation a décidé récemment de motiver les refus d'inscription<sup>151</sup>.

Toujours est-il que les décisions d'inscription ou de réinscription peuvent donner lieu à un recours devant la Cour de cassation<sup>152</sup> ; c'est pour cela qu'elles donnent lieu à un contentieux<sup>153</sup>.

Il faut préciser que c'est l'expert qui demande son inscription auprès d'une cour d'appel pour une durée de trois ans, renouvelable pour une durée de cinq ans à sa demande<sup>154</sup> (la durée pouvant être interrompue pour des raisons administratives, disciplinaires ou personnelles<sup>155</sup>).

Dans l'ordre administratif aussi, la première inscription est effectuée pour une durée probatoire de trois ans<sup>156</sup> et les réinscriptions pour une durée de cinq ans renouvelable.

Il faut préciser que nul ne peut devenir expert auprès de la Cour de cassation s'il n'a pas été auparavant expert auprès d'une cour d'appel<sup>157</sup>.

Le principe est beaucoup moins clair dans l'ordre administratif, le Président de la section du contentieux du Conseil d'Etat étant seulement obligé de consulter les présidents de cour administrative d'appel<sup>158</sup>.

---

<sup>148</sup> Article 4-1 du décret n°2004-1463 du 23 décembre 2004 relatif aux experts judiciaires.

<sup>149</sup> Article R. 221-15 du CJA.

<sup>150</sup> Article 15 du décret n°2004-1463 du 23 décembre 2004 relatif aux experts judiciaires.

<sup>151</sup> F. Ruellan, N. Marie, *Droit et pratique de l'expertise judiciaire civile*, op. cité, p. 12 : « Le refus d'inscription n'est pas motivé. Toutefois, par une décision du 8 décembre 2011, le Conseil constitutionnel a exclu (pour un pur motif de forme) de la loi du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles une disposition imposant la motivation du refus d'inscription initiale d'un expert judiciaire sur une liste de cours d'appel et une liste nationale. Sans attendre une modification des textes, le bureau de la Cour de cassation a décidé, dès 2011, de motiver tous les refus d'inscription sur la liste nationale des experts ».

<sup>152</sup> *ibid* ; Pour refuser une inscription sur la liste des experts judiciaires de la cour d'appel, l'assemblée générale des magistrats du siège ne peut se borner à indiquer, sans autre précision, que le candidat a fait l'objet d'une enquête de moralité défavorable : Cass. 2<sup>e</sup> civ, 25 septembre 2014, n° 14-60.168.

<sup>153</sup> Quand il n'y a pas de besoins dans la spécialité demandée : Cass. 2<sup>e</sup> civ, 9 juillet 2015, n° 15-60105 ; en absence de demande de réinscription : Cass. 2<sup>e</sup> civ, 9 juillet 2015, n° 14-60800, n° 15-60032 et n° 15-60022. ; en cas d'atteinte à l'honneur et à la probité : Cass. 2<sup>e</sup> civ, 4 septembre 2014, n° 14-12400 ; Cass. 2<sup>e</sup> civ, 15 mai 2014, n°13-60.313, Bulletin des arrêts des chambres civiles, mai 2014 : « La demande d'un expert tendant à sa réinscription sur la liste d'une cour d'appel autre que celle auprès de laquelle il est inscrit, en raison du transfert de son activité principale, n'est, en vertu de l'article 16 du même décret, pas soumise à l'inscription à titre probatoire prévue à la section I, de sorte que cette demande de réinscription ne peut être refusée au motif d'une absence de besoin des juridictions du ressort ».

<sup>154</sup> Article 10 du décret n°2004-1463 du 23 décembre 2004 relatif aux experts judiciaires.

<sup>155</sup> Article 6 du décret n°2004-1463 du 23 décembre 2004 relatif aux experts judiciaires.

<sup>156</sup> Article R. 221-12 du CJA.

<sup>157</sup> Article n°2 de la loi n°71-498 du 29 juin 1971 relative aux experts judiciaires.

<sup>158</sup> Article R. 122-25-1 du CJA.

A notre connaissance, le Conseil d'Etat n'a pas établi de tableau d'experts<sup>159</sup>. Cet éclatement de régimes entre les deux ordres rend le régime de l'expertise médicale peu lisible.

## 2) *L'expertise médicale : un régime complexe et limité*

En réalité, le droit de l'expertise est abscons. En matière civile, les grands principes sont bien étayés dans le Code de procédure civile sans que ce dernier ne donne d'indications sur l'inscription des experts, il faut alors chercher dans les lois et les décrets<sup>160</sup>. Ces normes sont nombreuses<sup>161</sup> et elles fonctionnent parfois par renvois<sup>162</sup>.

### ***De la difficulté d'établir des listes cohérentes pour les experts devant les juridictions administratives.***

Le code de justice administrative est assez réservé sur les principes mais très précis sur les aspects pratiques comme la procédure d'inscription et les tableaux d'experts ; le principal décret de 2000<sup>163</sup> et les décrets de 2013 et de 2015 ayant été intégrés.

D'ailleurs, nous savons qu'il y a des listes auprès des cours d'appel et de la Cour de cassation pour l'ordre judiciaire mais la situation est moins cohérente pour l'ordre administratif. A cet effet, il était prévu que chaque Président de juridiction puisse tenir un tableau d'experts sans que cela ne soit mis en pratique.

Par la suite, les juridictions administratives ont longtemps fonctionné sans dresser de listes d'experts et utilisaient ainsi les listes des cours d'appel. « Les soucis contentieux du monde judiciaire appelant expertise sont peu différents de ceux des juges administratifs, qu'il s'agisse des affaires de responsabilité des constructeurs et autres contractants, ou des dossiers de responsabilité médicale »<sup>164</sup> remarquait un conseiller d'Etat.

De plus, « les ressorts géographiques de ces dernières correspondaient peu ou prou à ceux des tribunaux administratifs. (...) ce qui rend la liste de la cour d'appel opérante et pertinente pour le tribunal administratif »<sup>165</sup>.

---

<sup>159</sup> C. Manaouil, *Contre le recours en référé aux expertises médicales dans le cadre de l'application de la loi Leonetti*, Chronique de Droit des patients n° 1, Les Petites Affiches, 26 novembre 2014, n° 236 : « contrairement à la Cour de cassation, le Conseil d'Etat n'a pas établi de liste nationale d'expert ».

<sup>160</sup> N°2004-1463 du 23 décembre 2004 relatif aux experts judiciaires.

<sup>161</sup> Loi n°71-498 du 29 juin 1971 ; Loi n°2004-130 du 11 février 2004 ; Décret n°2004-1463 du 23 décembre 2004 (modifié par les décrets n°2006-1319 du 31 octobre 2006 et par le décret n°2007-1119 du 19 juillet 2007) ; Arrêté du 10 juin 2005 relatif à la nomenclature des experts judiciaires prévue à l'article 1<sup>er</sup> du décret n°2004-1463 du 23 décembre 2004 (modifié par arrêtés du 22 février 2006 et du 12 mai 2006) ; Décret n°2005-1678 du 28 décembre 2005.

<sup>162</sup> Notamment à une loi plus ancienne : Loi n°71-498 du 29 juin 1971 relative aux experts judiciaires.

<sup>163</sup> Décret n°2000-1115 du 22 novembre 2000. Il est codifié au visa des articles R. 621-1 à R. 621-14 du Code de justice administrative puis modifié par le décret n° 2010-164 du 22 février 2010 relatif aux compétences et au fonctionnement des juridictions administratives.

<sup>164</sup> D. Chabanol, *Actualité du droit de l'expertise devant le juge administratif : des tableaux, moins d'intérêts...* JCP éd. Administrations et Collectivités territoriales n°17, 28 avril 2014, p. 2133.

<sup>165</sup> Ibid.

Le pouvoir exécutif a vainement tenté de mettre un peu d'ordre en imposant par décret que les cours administratives d'appel élaborent leur propre tableau<sup>166</sup>. En apparence simpliste, la solution est en pratique assez abracadabrante car on a calqué le découpage judiciaire sur le découpage territorial de l'ordre administratif qui lui est complètement différent.

D'ailleurs, les ressorts territoriaux des cours d'appel judiciaires sont assez proches des tribunaux administratifs. A l'inverse, le découpage des huit cours administratives d'appel est très éloigné des tribunaux administratifs. C'est la raison pour laquelle le conseiller Daniel Chabanol trouve le nouveau système assez illogique : « il eût paru sage de placer la compétence nouvelle que constitue l'établissement systématique de tableaux d'experts au niveau de déconcentration utile, et donc au siège d'un territoire relativement homogène. Les ressorts des tribunaux administratifs auraient constitué à cet égard un cadre nettement plus pertinent que ceux des cours administratives d'appel. Ainsi le président de la cour administrative d'appel de Bordeaux va dresser un tableau d'experts valable, entre autres, pour les tribunaux administratifs de Cayenne, Fort-de-France, Saint-Denis ou Mayotte »<sup>167</sup>.

En agissant ainsi, on complique un paysage jusqu'alors paisible alors que les tableaux sont informatifs pour les juges<sup>168</sup> comme l'a rappelé avec vigueur le droit européen<sup>169</sup>.

En tout état de cause, l'étude du régime juridique de l'expertise, indépendamment de l'ordre, ne peut que désarçonner le juriste (et encore plus l'expert lui-même) tant il paraît sibyllin entre les listes de l'ordre judiciaire et les « tableaux » de l'ordre administratif.

***De la nécessité d'assurer une organisation et un recrutement commun aux deux ordres.*** Il nous semble qu'il serait plus pertinent de mettre en place un recrutement commun aux différents ordres<sup>170</sup>.

C'est ce que propose à raison un conseiller administratif car « quel que soit l'ordre juridictionnel, la prestation de l'expert qui, comme l'a rappelé la CJUE, n'exerce pas une profession réglementée, est soumise aux mêmes exigences, qu'il soit judiciaire, administratif ou CRCI (...). Pourquoi ne pas mettre en place une formation commune (juge judiciaire, juge administratif et CNAMed) plus adaptée à la complexification de la fonction d'expert de justice »<sup>171</sup> ?

Pour le moment, on ne fait qu'empiler des listes ou tableaux sur des supports déjà existants.

---

<sup>166</sup> Décret n° 2013-730 du 13 août 2013 portant modification du code de justice administrative ; art. R. 221-9 du CJA.

<sup>167</sup> D. Chabanol, *Actualité du droit de l'expertise devant le juge administratif : des tableaux, moins d'intérêts...*, art. précité.

<sup>168</sup> Article R. 122-25-1 du CJA

<sup>169</sup> V. affaire CJCE, *Pennaraja Fa*, 17 mars 2011, n°C-372/09.

<sup>170</sup> « Pourquoi ne pas rapidement mettre en place un recrutement sinon commun (par regroupement d'un ordre à l'autre, plus sélectif et fondé sur des critères objectifs, transparents et communs, tels que ceux définis par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) dans son arrêt *Penarroja Fa* du 17 mars 2011 (CJUE, 17 mars 2011, *Hoseph Penarroja Fa*, n°C-372/09 et C-373-09) : - les compétences techniques ; - l'intérêt pour la collaboration au service public de la justice ; - les besoins des juridictions » se demande le juge S. Mille, p. 304 in « Le rôle de l'expert médical in Conseil d'Etat, Santé et justice : quelles responsabilités ? », op. précité.

<sup>171</sup> Ibid. p. 305.

**De la nécessité de favoriser la collégialité.** Pour des raisons pratiques et budgétaires, les juges recourent en principe à un seul expert alors qu'il serait préférable d'avoir des expertises collégiales. Trois experts étaient nécessaires au XIX<sup>e</sup> siècle<sup>172</sup> et au début du XX<sup>e</sup> siècle pour indemniser les anciens combattants<sup>173</sup>.

Sans pour autant défendre le modèle anglo-saxon où chaque partie choisit son expert<sup>174</sup>, on peut avoir un regret sur l'abandon de la collégialité. Elle est toujours une richesse et limite les suspicions quant à la compétence et l'objectivité de l'expert.

Il nous semble qu'elle manque dans l'expertise ; un expert ne peut déterminer seul tous les besoins quotidiens d'une personne.

**Les limites de l'expertise en matière de handicap.** Pour ce qui est de la tierce personne par exemple<sup>175</sup>, notamment pour des handicaps importants, il serait intéressant d'associer un ergothérapeute à l'expertise. Le législateur a imposé en 2005<sup>176</sup> la création de maisons départementales des personnes handicapées constituées d'équipes pluridisciplinaires qui évaluent les besoins des personnes handicapées dans la réalisation de leur projet de vie.

Ces établissements dénotent la nécessité de l'interdisciplinarité dans le domaine médical ; la collégialité étant courante dans la prise en charge thérapeutique.

Aussi l'expertise sera sans doute appelée à évoluer et à se moderniser.

Sur ce point, « dans le cadre judiciaire, la question de savoir si une expertise pluridisciplinaire est indispensable pourrait être discutée par les parties prenantes et le juge, et cela, de manière préliminaire, avant même qu'il ne soit procédé à l'expertise situationnelle. Un tel choix assurerait au mieux le principe du contradictoire. Mais rappelons également que l'expert peut aussi prendre l'initiative de recueillir l'avis d'un autre technicien dont la spécialité est étrangère à la sienne. On pourrait alors imaginer que l'expert puisse prendre avis auprès d'une équipe composée par exemple d'un ergothérapeute et d'une assistante sociale, sur des questions techniques hors de son champ de compétence »<sup>177</sup>.

---

<sup>172</sup> F. Ruellan, N. Marie, *Droit et pratique de l'expertise judiciaire civile*, Paris, LexisNexis, ENM, 2012, 142 p, p. 2.

<sup>173</sup> P. Mounien, *Indemnisation du préjudice corporel et garanties procédurales, l'exemple des anciens combattants de la Première guerre mondiale*, RGDM, n°56, septembre 2015, pp. 163-174.

<sup>174</sup> L. Reiss, *Le juge et le préjudice : étude comparée des droits français et anglais*, P. Delebecque (préf.), Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003, 569 p, p. 261 : « Alors que le droit français a suivi la première voie, par laquelle le juge du fond peut s'entourer de l'expert, le droit anglais a, en revanche, principalement adopté la seconde voie, par laquelle ce sont les parties elles-mêmes qui s'entourent d'un ou plusieurs experts ».

<sup>175</sup> V. Scolan, F. Fiechter-Boulevard, *La question de la tierce personne et du « grand handicapé » : les limites actuelles de l'expertise médicale*, Resp. civ. et ass. n° 9, Septembre 2010, étude 10.

<sup>176</sup> Loi n°2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées.

<sup>177</sup> V. Scolan, F. Fiechter-Boulevard, *La question de la tierce personne et du « grand handicapé*, art. cité. Les auteurs donnent un exemple : un arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence dans lequel il est reproché à un expert en médecine de ne pas avoir eu recours à un médecin psychiatre pour apprécier le risque suicidaire d'un patient, lequel risque, s'il avait été vérifié, aurait pu donner lieu à une assistance tierce personne supplémentaire à celle mise en œuvre en raison des troubles physiques subis. Le juge a considéré que l'expert « aurait pu, pour le moins, soit prendre l'initiative de demander l'avis d'un spécialiste psychiatre, soit saisir le juge chargé du contrôle de l'expertise de cette difficulté afin de se faire adjoindre un expert psychiatre ». CA, Aix-en-Provence, 15 octobre 2008.

Le fait d'avoir des avis complémentaires permet aussi de limiter la routinisation de l'expertise. Cela permettrait que la la fonction de médecin ne soit pas travesti par la fonction d'expert en faisant du pathologique une norme<sup>178</sup>.

***De la nécessité de rendre la compréhension de l'expertise accessible au juge.*** L'expertise doit être « un instrument de travail compréhensible, fiable et exploitable, [leur] permettant de rendre, en pleine connaissance de cause, une décision de justice. Pour être l'instrument de travail ainsi recherché, le rapport d'expertise [...] doit essentiellement être sous-tendu par un raisonnement clair, rigoureux, circonstancié et logique, véritable colonne vertébrale du rapport, permettant au lecteur non professionnel de comprendre et de suivre le cheminement de la pensée de l'expert »<sup>179</sup>.

Rappelons ainsi que l'expert doit faciliter l'office du juge ; elle est une aide et non une assurance, ce qui n'est pas forcément évident<sup>180</sup>.

Le juge doit être en mesure de comprendre l'expertise. Le technicien, par sa clarté<sup>181</sup>, précise les notions en évitant les contradictions. Si le magistrat doit pouvoir exploiter le rapport, il ne doit pas pour autant être lié à celui-ci.

#### b) Un substitut du juge ?

On pouvait lire sous la plume de Portalis que l'on « peut craindre de se tromper quand on sait faire usage de sa propre raison ; on est imperturbable quand on se dirige par celle des autres. Alors on devient tyran, précisément parce qu'on est esclave »<sup>182</sup>.

Le Doyen Carbonnier estimait quant à lui que « les experts [...] s'emparent du terrain du juge. C'est que beaucoup de question de fond sont devenues des questions techniques, pour lesquelles des techniciens sont indispensables (...). Et au pénal, que font donc les policiers dans l'instruction préparatoire si ce

---

<sup>178</sup> J-B. Prévoist, *L'évaluation de la souffrance psychique et ses obstacles*, Gazette du Palais, 17 février 2015, n°48, p. 22 : « C'est la normalisation du traumatisme qu'opère naturellement le cadre ou le contexte expertal. Les experts, habitués à traiter des victimes quotidiennement, assimilent et lissent, sans qu'ils puissent en avoir tout à fait conscience, les tragédies que subissent les victimes ; ils les normalisent du fait de cette habitude lente aux souffrances qui se comparent les unes aux autres et font oublier l'anormalité constitutive et intrinsèque de chaque cas auquel ils sont confrontés ».

<sup>179</sup> A. Bourla, *Quelques réflexions sur le rôle de l'expert judiciaire en matière de responsabilité médicale*, Médecine & Droit, 1998, n°4.

<sup>180</sup> « Trop souvent, bien trop souvent, le rapport d'expertise est mal, peu, ou même pas du tout, exploitable par le juge, en raison d'un manque absolu de « colonne vertébrale », de raisonnement rigoureux, formulé en termes clairs et compréhensibles pour le lecteur non professionnel à qui il est destiné ». Ibid.

<sup>181</sup> F. Avram, *Expertise faillibles, justice fragile ? Expertises dans le cadre amiable et judiciaire, de la responsabilité médicale et de la réparation des dommages corporels*, art. cité : « Le critère principal, c'est la clarté. Une bonne expertise, c'est une expertise qui va permettre au juge ou à une commission régionale de décider, de statuer pour un juge, de rendre un avis pour une CRCI. La discussion médico-légale vient ensuite. Elle consiste à retrouver un lien de causalité ».

<sup>182</sup> J.-E.-M. Portalis, *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le XVIII<sup>e</sup> siècle*, 3<sup>e</sup> éd, T.1. Paris, Outardier, 1834, p. 121.

n'est de l'expertise criminalistique ? Que reste-t-il au magistrat ? Le contrôle de l'expertise, de la qualification de l'expert, de l'honnêteté des opérations »<sup>183</sup>.

Rares sont les cas où les juges s'opposent aux conclusions des experts. Nonobstant ce fait, quand cela arrive, les arrêts sont très intéressants et manifestent une relative indépendance d'esprit.

En matière pénale, la cour d'appel de Nancy a rendu un arrêt en 1999, où les juges, en analysant avec minutie toutes les pièces en leur possession, contestent méthodologiquement les conclusions des experts<sup>184</sup>.

Le Professeur Gérard Mémeteau prévient cependant : le juge n'est pas un médecin et le médecin n'est pas un juriste<sup>185</sup>. Aussi chacun doit respecter cette répartition des rôles<sup>186</sup>.

Par conséquent, la problématique demeure : le médecin sera toujours en position de force car c'est son domaine professionnel ; il est un initié selon le terme du doyen Savatier<sup>187</sup> (seul le juge disciplinaire est lui-même un initié<sup>188</sup>).

En 1898, le docteur Brouardel soutenait avec malice que « la responsabilité médicale sera ce que voudra le corps médical lui-même »<sup>189</sup>. Le temps a sans doute un peu contredit cette allégation : la plupart des jurisprudences notables du droit de la santé ont été vivement contestées par le monde médical.

Pour autant, cette affirmation a-t-elle vraiment perdu de sa substance dans la pratique ? Assurément, « lorsqu'il habilite les experts scientifiques à se présenter devant le tribunal, le droit détermine ce qui, parmi les savoirs offerts par les experts, constitue des données vraiment scientifiques » soutient dans sa thèse Olivier Leclerc<sup>190</sup>.

En effet, on remarque que les deux fonctions présentent des similitudes (1). Cependant, il convient de les dissocier (2).

---

<sup>183</sup> J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, Paris, PUF, Quadrige, 1994, p. 395.

<sup>184</sup> CA, Nancy, 6 mai 1999, n°98/00917 ; Juris-Data, n°1999-045091 : « Que si les experts ont fait grief aux docteurs Leonard et Mole de ne pas avoir fait pratiquer de scanner, il ne résulte pas pour autant des conclusions de leur rapport, et des autres éléments du dossier, la preuve d'un lien de causalité certain et direct entre cette absence de scanner et le décès de Monsieur Bernard ».

<sup>185</sup> G. Mémeteau, *Cours de droit médical*, Bordeaux, Les Etudes Hospitalières, 4<sup>e</sup> éd, 2011, p. 492. « Des cassations pour contradictions de motifs ou défaut de preuve du lien de causalité peuvent s'expliquer, en réalité, par la censure des juges du fond ayant cru pouvoir faire œuvre de médecine et ayant méconnu les limites de leur office ».

<sup>186</sup> G. Mémeteau, *Le juge ignorant la médecine ?*, Gazette du Palais, 08 février 2014 n° 39, p. 12 : « On est en présence d'une répartition des rôles ne rendant pas inconvenante l'ignorance, par l'un, de la science de l'autre. Un médiateur ou, si l'on préfère, un interprète, traduira au juge ce qu'il doit apprendre des données médicales du procès. Ou alors, selon les professions en cause, des données mécaniques, architecturales, chimiques et autres, car, une fois encore, les termes de la question sont les mêmes. Il y a en toutes choses des règles de l'art ».

<sup>187</sup> R. Savatier, *La responsabilité médicale en France (aspects de droit privé)*, Revue internationale de droit comparé, 1976, vol. 2, n°3, pp. 498-499 : « L'ignorance technique du juge appelé à statuer sur la responsabilité médicale. Car toute technique savante a ses initiés et ses profanes. Et le juge, initié à la technique juridique, où le médecin est profane, a, paradoxalement, à juger, bien que profane, une conduite médicale d'initié ».

<sup>188</sup> M. Sabek, *Le procès disciplinaire du professionnel de santé entre droit d'exception et droit commun*, thèse Poitiers, 6 avril 2009 ; J.-P. Markus, *La juridiction ordinaire*, Paris, LGDJ, 2003.

<sup>189</sup> Brouardel, *La responsabilité médicale et le secret médical*, Paris, J.-B Baillière et Fils, 1898. préface, p. x.

<sup>190</sup> O. Leclerc, *Le juge et l'expert. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, préf. A. Lyon-Caen, Paris, LGDJ, 2005, n°242, p. 196.

### 1) Deux fonctions assez proches

Les juges attendent assurément beaucoup de l'expertise (ne serait-ce qu'en matière d'hospitalisation d'office). C'est le cas de l'affaire Vincent Lambert où le Conseil d'Etat, très incertain, a trouvé son salut grâce au rapport de trois experts<sup>191</sup> (ce qui a été vivement critiqué ; les juges et surtout les experts étant intervenus directement dans le processus de soins<sup>192</sup>).

***L'avis de l'expert est indispensable au travail du juge.*** L'évaluation du dommage corporel commence bien entendu par la constatation médicale de son existence.

Dans cette perspective, le recours à l'avis de l'expert est indispensable. « L'expertise, quelle que soit sa nature ; civile, commerciale, administrative ou pénale, est aujourd'hui omniprésente dans le paysage judiciaire, et le juge ne peut bien souvent s'en dispenser pour rendre son office »<sup>193</sup>.

C'est la raison pour laquelle on a même évoqué des offices croisés<sup>194</sup>, la confluence des deux fleuves<sup>195</sup>, entre l'office du technicien et du juge. Ne risquent-ils pas de se confondre ?

Le juge n'est pas lié par le rapport d'expertise mais il n'est pas libre non plus de le dénaturer, sous peine de violer l'article 1134 du Code civil<sup>196</sup> (devenu articles 1103, 1104 et 1193 du même code<sup>197</sup>).

A ce titre, il doit nécessairement motiver une décision qui ne serait pas conforme au rapport d'expertise<sup>198</sup>. La Cour de cassation a parfois laissé un sentiment de dérégulation en estimant que « la cour d'appel (...) était en droit de s'approprier l'avis de l'expert même si celui-ci a exprimé une opinion excédant les limites de sa mission »<sup>199</sup>.

---

<sup>191</sup> Désignés par le président de la section du contentieux sur proposition des présidents de l'Académie nationale de médecine, du Comité consultatif national d'éthique et du Conseil national de l'Ordre des médecins

<sup>192</sup> C. Manaouil, *Contre le recours en référé aux expertises médicales dans le cadre de l'application de la loi Leonetti*, Chronique de Droit des patients n° 1, Les Petite Affiches, 26 novembre 2014, n° 236 ; G. Devers, *Affaire Lambert : les principes malmenés et des perspectives funestes*, Droit, déontologie et soins 2014, n° 14, pp. 1-2 : « Nous considérons que les médecins experts qui accepteront des missions dans ce cadre, s'exposent à des poursuites ordinaires. En effet « nul ne peut être à la fois médecin expert et médecin traitant d'un même malade ». CSP, article R. 4127-105.

<sup>193</sup> C. Diaz, *Le guide des expertises judiciaires*, Paris, Dalloz, septembre 2008, 462 pages, p. 12.

<sup>194</sup> P. Blondel, *Les offices croisés du justiciable de son ou de ses conseils, du technicien ou de tout autre intervenant à l'œuvre de justice et du juge pour une première instance revisitée et dominée par un principe de complétude ou le décryptage d'un songe procédural* in « Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005) », Sous la dir. de J. Foyer, C. Puigelier, Paris, Etudes juridiques 25, Economica, 2006, 490 pages, pp. 159-182.

<sup>195</sup> G. Memeteau, *Le juge ignorant la médecine ?* Gazette du Palais, 08 février 2014 n° 39, p. 12 : « Le Doyen Savatier constatait la confluence des « deux fleuves », celui de la médecine et celui du droit, voyait les deux professions se rejoindre « par le sommet », si bien qu'— écrivait-il — « le juriste trouve un éminent intérêt aux questions de droit médical de même que le médecin ne peut rester indifférent aux questions de médecine légale » pour autant, n'approuvait-il pas une confusion de leur office ».

<sup>196</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ. 28 janvier 2010, n° 08-20.755.

<sup>197</sup> Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

<sup>198</sup> P-L. Vidal, *Les limites de l'appréciation souveraine du juge en matière d'expertise ou l'interdiction de se contredire* (sous Cass. 1<sup>re</sup> civ, 20 décembre 2012, n°11-28.738), Revue droit & santé n°52, mars 2013, pp. 185-186.

<sup>199</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ, 22 octobre 2015, n°14-19253

Le juge, notamment sur le lien de causalité<sup>200</sup>, ne peut avoir de certitude si l'expert (voir le monde scientifique) n'en a pas. En tout état de cause, le plus difficile pour le juge est de mesurer l'impact exact de la faute et le lien de causalité qui en découle. La dépendance est telle que le juge se rend parfois coupable de déni de justice en absence d'expertise<sup>201</sup>.

Le Professeur Vouin affirmait justement que : « le juge et son expert font un couple mal assorti, que divise la différence des points de vue et des langues »<sup>202</sup>. On assiste pourtant à un curieux mélange des genres. C'est ainsi que l'on constate plusieurs similitudes entre les deux fonctions.

***Les exigences envers l'expert sont équivalentes à celles attendues envers un juge.*** Les qualités attendues d'un expert sont les mêmes que celles attendues d'un juge : « impartialité, indépendance d'esprit, indépendance économique, rigueur, humanité, sens du concret, capacité de respecter les délais, pédagogie, intelligence des situations et surtout sens de l'œuvre collective de la justice »<sup>203</sup>. C'est ainsi que le rôle de l'expert ne s'improvise pas<sup>204</sup>.

En outre, les problématiques sont les mêmes, à commencer par l'impartialité<sup>205</sup>. Le Code de procédure civile indique que « les techniciens peuvent être récusés pour les mêmes causes que les juges »<sup>206</sup> (celles prévues précisément par l'article L.111-6 du code de l'organisation judiciaire).

Ce soupçon d'impartialité est l'objet d'un contentieux car il peut annuler un rapport quand il est établi<sup>207</sup>.

On retrouve les mêmes dispositions dans l'ordre administratif<sup>208</sup>.

En principe<sup>209</sup>, un expert peut travailler pour la justice et une compagnie d'assurance car il n'est pas exigé qu'il soit le collaborateur exclusif de la justice mais les missions privées doivent s'effectuer dans

---

<sup>200</sup> Particulièrement en matière de vaccins : Cass. 1<sup>re</sup> civ, 23 septembre 2003, deux arrêts, n°01-13063 et 01-13064 ; Les Petites Affiches, 22 avril 2004, G. Mémeteau, p. 9.

<sup>201</sup> « Le juge ne peut refuser de statuer en se fondant sur l'insuffisance des preuves fournies par les parties, alors qu'il lui appartient d'ordonner toute mesure d'instruction nécessaire (...) ». Cass. 2<sup>e</sup> civ, 9 janvier 2014, n°12-25472, Gazette du Palais, F. Bibal, 23 au 25 février 2014, n°54 à 56, p. 27.

<sup>202</sup> R. Vouin, *Le juge et son expert*, D. 1955, p. 133.

<sup>203</sup> C. Lienhard, In *Lettre Recherche Droit et Justice*, novembre 2010, n°35, p. 2.

<sup>204</sup> A. Bourla, *Quelques réflexions sur le rôle de l'expert judiciaire en matière de responsabilité médicale*, Médecine & Droit, 1998, n°4, p. 5.

<sup>205</sup> C. Atger, E. Blanes, M. Dolques, *Qui saisit, peut juger*, Revue droit & santé n°14, novembre 2006, pp. 548 à 549 : S'il est un principe essentiel sur lequel repose la justice, c'est celui de l'impartialité du juge.

<sup>206</sup> Article 234 du CPC.

<sup>207</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 23 novembre 2000, n°97-11.950.

<sup>208</sup> Article R. 621-6 du CJA : Les experts ou sapisiteurs mentionnés à l'article R. 621-2 peuvent être récusés pour les mêmes causes que les juges.

<sup>209</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 22 mai 2008, n°08-10.314 et 08-10.840 : le fait « de réaliser des missions pour des sociétés d'assurances ne constitue pas, en soi, l'exercice d'une activité incompatible avec l'indépendance nécessaire à l'exercice de missions judiciaires d'expertises ».

une certaine mesure<sup>210</sup>. Depuis, lors de l'inscription, on leur demande de déclarer leurs liens d'intérêts même, en matière administratif<sup>211</sup>.

**Le spectre de la partialité.** Le Conseil d'Etat a précisé que « l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris gère 37 hôpitaux et emploie plus de 20 000 médecins, l'appartenance d'un médecin aux cadres de cet établissement public ne peut être regardée comme suscitant par elle-même un doute légitime sur son impartialité, faisant obstacle à sa désignation comme expert dans un litige où l'AP-HP est partie »<sup>212</sup>.

Il faut prouver un « ensemble de circonstances de nature à susciter un doute légitime quant à l'impartialité de l'expert pour se prononcer sur la manière dont l'intervention avait été menée »<sup>213</sup>. Précisons que la demande doit être faite avant le début des opérations de l'expertise<sup>214</sup> sauf si la cause est apparue tardivement<sup>215</sup> ; le juge appréciera alors l'opportunité de la récusation<sup>216</sup>.

Le risque est donc de faire naître un nouveau procès avant le commencement de cette mesure préparatoire, le plus souvent à propos du non-respect du principe du contradictoire<sup>217</sup>.

**La part de subjectivité de l'expertise.** L'impartialité est un principe directeur plus qu'une réalité ; il est très difficile pour un expert, comme pour un magistrat, d'être totalement libéré de ses convictions, de ses jugements de valeurs, de son vécu, pour délivrer un avis qui soit complètement objectif.

En ce sens, le chiffrage d'un expert reste subjectif et une échelle ou un pourcentage ne sera jamais appréhendé exactement de la même manière ; c'est un chiffrage qu'il aura personnellement conceptualisé.

---

<sup>210</sup> La Cour constate que l'expert « a effectué au cours des dernières années, de nombreuses expertises privées pour le compte de deux sociétés d'assurances, qu'il entendait continuer à exécuter ses missions, qu'en déployant une telle activité professionnelle, importante et régulière, d'expert privé pour le compte de ces deux assureurs, l'intéressé a créé avec eux une relation d'affaires, abdiquant ainsi l'indépendance et l'impartialité exigée de l'expert judiciaire ». Cass. 2<sup>e</sup> civ, 18 juin 2009, n°09-12.342 ; même chose pour un expert privé qui exerce « à titre quasi exclusif pour le compte d'assureurs ». Cass. 2<sup>e</sup> civ, 14 mai 2009, n°09-11.466.

<sup>211</sup> CJA, art. R. 221-13 : « La demande d'inscription est accompagnée d'une déclaration sur l'honneur aux termes de laquelle le candidat mentionne ses liens directs ou indirects avec tout organisme de droit public ou privé intervenant dans son domaine d'activité et s'engage à ne pas effectuer, pendant la durée de son inscription au tableau, d'activité incompatible avec l'indépendance et l'impartialité nécessaires à l'exercice des missions qui lui seront confiées en application du présent code ».

<sup>212</sup> A. Macron, *Impartialité de l'expert : justice must not only be done, it must also be seen to be done*, sous CE, 23 juillet 2014 : n°352407, *Revue droit & santé* n°62, novembre 2014, pp. 1690-1693 ; F. Roussel, *Le contentieux des obligations de l'expert*, AJDA 2014. 1370.

<sup>213</sup> CE, 30 mars 2011, *Dumont*, n° 330161, *JurisData* n° 2011-004964 ; Rec. CE 2011, tables, p. 1083 ; CAA Douai, 20 mai 2008, SNC Eparco Assainissement, req. n°07DA01432, AJDA 2008, 2415.

<sup>214</sup> Article. R. 621-6 CJA.

<sup>215</sup> CE, 28 juillet 1999, *Ste' Beteralp*, req. n°185390, Dr. adm.1999, p. 286.

<sup>216</sup> CAA, Lyon, 26 juillet 1990, *Mme Cazacu*, req. n° 90LY00223.

<sup>217</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ. 9 juin 1982, Bull. civ. I. n°219 ; RTD. civ 1983, p. 194, note R. Perrot ; Cass. 3<sup>e</sup> civ, 21 juillet 1999, *Pourvoi* n°98-10058, *Juris-Data* n°1999-002130 ; Cass. 2<sup>e</sup> civ, 20 décembre 2001, *Juris-Data* n°2001-012283 ; Cass. 2<sup>e</sup> civ, 16 janvier 2003, Bull. civ. II n°5.

De toute évidence, il est peu probable que tous les experts aient la même conception d'une échelle, qui plus est sur des postes de préjudice subjectifs comme le préjudice esthétique qui emporte forcément un avis personnel. D'ailleurs, compétence et indépendance ne sont pas toujours facile à conjuguer<sup>218</sup>.

De plus, pour des raisons pratiques, il n'est jamais aisé de trouver des experts éloignés géographiquement afin de limiter les suspicions d'impartialité<sup>219</sup> et ce, encore moins dans certains spécialités<sup>220</sup>.

La relation de confiance qui doit nécessairement s'établir entre le magistrat et le technicien ne doit cependant pas conduire à la nomination récurrente des mêmes experts.

Par ailleurs, à l'instar d'un magistrat, l'expert est tenu d'un devoir de discrétion sur les affaires qu'il traite<sup>221</sup>. Comme le juge, l'expert est soumis à des règles déontologiques, il doit accomplir sa mission avec conscience, objectivité et impartialité<sup>222</sup> ; c'est la raison pour laquelle il prête lui aussi serment<sup>223</sup>. Il n'est pas soumis à un code de déontologie mais à des règles déontologiques<sup>224</sup> ; il peut voir sa responsabilité engagée<sup>225</sup>.

**La procédure de l'expertise : un procès dans le procès ?** L'expertise semble se dérouler d'une manière très ordonnée comme un petit procès auréolé par l'*imperium*<sup>226</sup> de l'expert.

---

<sup>218</sup> D. Loriferne, *Le rôle de l'expert médical* in « Conseil d'Etat, Santé et justice : quelles responsabilités ? », La Documentation Française, 2013, op. cité, p. 316 : « Certains experts, au contraire, exerçant dans le privé, accablent les médecins de l'AP-HP qu'ils ont côtoyés plus jeunes à l'hôpital, d'autres experts, PU-PH, semblent régler leurs comptes avec leurs anciens rivaux (pour un poste de chef de service) etc. A l'inverse, des « compérages » peuvent se produire entre médecins faisant des travaux communs (cf. arrêt *Dumont* du Conseil d'Etat) il n'est pas toujours facile de déceler ces dérapages : c'est là que l'AP-HP pourrait exercer son droit de demander la récusation d'un expert car elle sait quelles sont les rivalités qui les opposent... Et il est heureux qu'une prochaine loi prévoie une « déclaration de conflits d'intérêts » à faire signer par les intéressés ».

<sup>219</sup> A. Feltz in « Le rôle de l'expert médical in Conseil d'Etat, Santé et justice : quelles responsabilités ? », La Documentation Française, 2013, op. cité, p. 309 : « , il est difficile de trouver des experts, éloignés géographiquement, acceptant de se déplacer lorsque l'état de santé du demandeur le justifie (personnes lourdement handicapées, en fauteuil roulant, très âgées, avec des problèmes d'auto-sondages fréquents dans la journée, etc.). En outre, l'expertise est gratuite mais les frais pour venir à l'expertise restent à la charge des patients de sorte que certains préfèrent renoncer à la procédure plutôt que d'exposer des frais d'ambulance ou plus généralement de transport ».

<sup>220</sup> P. Bernard, *Expertise faillibles, justice fragile ? Expertises dans le cadre amiable et judiciaire, de la responsabilité médicale et de la réparation des dommages corporels*, art. cité : « Le problème des listes locales a déjà été développé par André Lienhart. On retrouve ces mêmes problèmes en CRCI. C'est-à-dire qu'il existe de nouvelles spécialités, sous-spécialités, qui rendent compte de l'hyper spécialité de la médecine. Par exemple on pourrait citer la cardiologie, la chirurgie interventionnelle, la pédiatrie, l'oncologie, la gériatrie et beaucoup d'autres. Peut-être conviendrait-il de réactualiser les listes, peut-être faudrait-il les élargir, pourquoi ne pas créer une liste nationale qui aurait comme avantage de faciliter la délocalisation des expertises et d'élargir l'éventail de choix des experts ».

<sup>221</sup> Article 247 du CPC.

<sup>222</sup> Article 237 du CPC.

<sup>223</sup> Article R. 621-2 du CJA.

<sup>224</sup> [http://www.fncej.org/documents/uploads/246\\_REGLES\\_DEONTOL\\_090512.pdf](http://www.fncej.org/documents/uploads/246_REGLES_DEONTOL_090512.pdf)

<sup>225</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 8 octobre 1986, n°85-14201, Bull.n°146.

<sup>226</sup> « L'essentiel du débat se situera dans le cadre des opérations d'expertise – réunions, échanges de « dire »- rythmées par le technicien auréolé d'un *imperium* certain et souvent placées sous l'éclairage d'un contradictoire et d'une contestation quelque peu atténués, d'autant que le juge y participe très rarement pour ne pas dire jamais ». *Les experts : auxiliaires ou substitués du juge ?* op. cité, p. 19.

En premier lieu l'expert va convoquer les parties. Puis, en leur présence, lire sa mission et écouter chaque victime selon le déroulement de l'opération en recueillant les éventuelles observations des médecins-conseils.

L'expert pourra alors procéder à l'évaluation de la victime, souvent dans une pièce à part, avec ou sans la présence des médecins-conseils pour apprécier précisément les éléments anatomiques. Enfin, il donne brièvement ses observations et demande si personne n'a rien à ajouter.

Il indique le délai dans lequel il rendra son expertise au greffe du tribunal et, le cas échéant, un pré-rapport sur lequel les parties pourront formuler des dires (observations) dans un délai d'un mois.

Tel un procès dans le procès, il doit respecter en premier lieu le principe du contradictoire<sup>227</sup>.

***De l'importance du principe du contradictoire à tous les stades de l'expertise.*** Le principe, véritable pilier de la procédure civile, prévu par l'article 16 du Code de procédure civile s'applique à toutes les procédures de preuve.

On le retrouve à tous les stades de l'expertise ; il impose que toutes les parties soient convoquées<sup>228</sup> et avisées des opérations d'expertise<sup>229</sup> ; elles doivent être en mesure de pouvoir débattre des documents utilisés<sup>230</sup>.

Les parties ne peuvent invoquer le caractère non contradictoire de l'expertise lorsqu'elles en sont la cause (absence à l'expertise, obstruction aux mesures d'investigations...) <sup>231</sup>.

Le principe ne perd pas de sa vigueur devant l'ordre administratif comme le rappelle le code des tribunaux et des cours administratives d'appel<sup>232</sup>. Le juge administratif entend depuis longtemps faire prévaloir la réalité du contradictoire à la lecture littérale des textes<sup>233</sup>.

---

<sup>227</sup> Cass, 1<sup>re</sup> civ, n°98-10.988, 01 juin 1999, Bulletin 1999 I N° 183 p. 120 : « Attendu qu'un médecin expert est tenu de respecter le principe de la contradiction pendant la totalité de ses opérations d'expertise, y compris après la phase de l'examen clinique ».

<sup>228</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 20 décembre 2001, Bull, II, n°202, p. 141.

<sup>229</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 24 novembre 1999, Bull, II, n°174, p. 119.

<sup>230</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 5 décembre 2002, n° 01-10.320, Bull. civ. II, n° 278 ; JCP 2003. IV. 1167 ; Gazette du Palais, 6-7 août 2003, p. 18, obs. du Rusquec.

<sup>231</sup> Cass. Com. 26 février 1980, Bull. civ. IV, n° 97 ; JCP 1980. IV. 184. – Cass. 3<sup>e</sup> civ, 5 octobre 1994, n° 92-10.827, Bull. civ. III, n° 162 ; D. 1995. Somm. 190, obs. Robert ; Gazette du Palais, 1995. I. Pan. 55.

<sup>232</sup> Article R. 164 du CJA : « les parties doivent être averties par le ou les experts des jours et heures auxquels il sera procédé à l'expertise ; cet avis leur est adressé quatre jours au moins à l'avance par lettre recommandée ».

<sup>233</sup> Lorsque les parties sont convoquées mais de manière irrégulière : CE, 22 mars 1866, *De Bardier*, Rec., p. 280 ; CE, 10 octobre 1975, *Privat*, Rec. table, p. 1202.

Naturellement, l'expert doit communiquer aux autres parties les documents remis par l'une d'elles<sup>234</sup>. La Cour de cassation est beaucoup plus souple à l'égard du respect du contradictoire dans les expertises non soumises aux règles du Code de procédure civile<sup>235</sup> (dont les procédures amiables).

Le juge de la cour européenne des droits de l'homme ont rappelé dans l'arrêt *Mantovanelli* de 1997 que « le respect du contradictoire d'une procédure implique, lorsque le tribunal ordonne une expertise, la possibilité pour les parties de contester devant l'expert les éléments pris en compte par celui-ci pour l'établissement de sa mission » et que la seule possibilité de contester le rapport devant le tribunal ne permet pas une mise en œuvre efficace du contradictoire, « ledit rapport étant, à ce stade, définitif »<sup>236</sup>.

Le raisonnement intellectuel interpelle car les juges soutiennent que le rapport d'expertise va, en quelque sorte, lié la juridiction car c'est un élément de preuve prépondérant : « la question à laquelle l'expert était chargé de répondre se confondait avec celle que devait trancher le tribunal (...) elle ressortissait à un domaine technique échappant à la connaissance des juges. Ainsi, bien que le tribunal administratif ne fût pas juridiquement lié par les conclusions de l'expertise litigieuse, celles-ci étaient susceptibles d'influencer de manière prépondérante son appréciation des faits »<sup>237</sup>.

Ici, c'est comme si la Cour estimait que l'expertise était une sorte de délégation partielle du pouvoir juridictionnelle dans l'attente d'une décision judiciaire.

En raison de cela, ladite procédure d'instruction devait offrir les mêmes garanties qu'un procès. Il apparaît ainsi important que l'expert dispose de connaissances procédurales solides<sup>238</sup>.

***La dépendance intellectuelle du juge à l'égard de l'expertise.*** Il existe un questionnement sur la dépendance du juge à l'égard de l'expertise médicale.

Le pouvoir du juge n'est assurément pas discrétionnaire, « il doit énoncer les motifs qui ont déterminé sa conviction, et ces motifs doivent être appuyés par des constatations et des avis techniques extérieurs, régulièrement produits aux débats »<sup>239</sup>.

---

<sup>234</sup> CE, 4 décembre 1995, *Turmel*, req. n° 151094.

<sup>235</sup> T. Moussa, *L'expertise judiciaire et les autres expertises au regard du principe de la contradiction*, art. cité : « La jurisprudence la plus récente dit en effet que l'expertise amiable peut valoir à titre de preuve dès lors qu'elle a été soumise à la libre discussion des parties, bien que les opérations d'expertise n'aient pas été réalisées contradictoirement (Cass. 1<sup>re</sup> civ, 13 avril 1999 Bull., I, n° 134, p. 87 ; 24 septembre 2002, Bull., I, n° 220, p. 169 ; 11 mars 2003, Bull., I, n° 70, p. 53) ».

<sup>236</sup> CEDH, 18 mars 1997, *Mantovanelli c/France*, n°21497/93

<sup>237</sup> Ibid.

<sup>238</sup> P. Bernard, *Expertise faillibles, justice fragile ? Expertises dans le cadre amiable et judiciaire, de la responsabilité médicale et de la réparation des dommages corporels*, art. cité : « Je pense qu'il serait nécessaire de reprendre l'idée d'un tutorat pour ces jeunes experts, au moins pendant la période probatoire de deux ans à laquelle ils sont soumis. Ce tutorat avait déjà été évoqué par la fédération française de l'association des médecins experts. Il peut être assuré par des experts qui ont 10 ans d'ancienneté mais surtout par des experts honoraires qui pourraient rester inscrits sur les listes des experts à condition de faire la preuve de la poursuite de leur remise à niveau. Ce tutorat n'est pas actuellement prévu dans la loi. Il existe donc une carence de formation, le tutorat serait un des éléments de réponse à cette question de formation ».

<sup>239</sup> F. Ruellan, N. Marie, *Droit et pratique de l'expertise judiciaire civile*, op. cité, p. 6.

Ensuite, dans d'autres contentieux comme celui des accidents du travail<sup>240</sup>, l'expertise médicale s'impose à la juridiction si les conclusions sont motivées<sup>241</sup> ; elle est même parfois de droit<sup>242</sup>. La plupart des décisions de justice dans le domaine médical porte l'empreinte de l'expertise médicale (ou des sachants de manière générale<sup>243</sup>).

C'est ce qu'illustre un arrêt de la Cour d'appel de Paris qui affirme que « le rapport d'expertise du docteur R, qui n'est combattu par aucun élément technique contraire, a mis en évidence que (...) Le fait relevé par l'expert que (...) La possibilité également relevée par l'expert (...) L'expert a d'autre part mis en évidence de la façon la plus nette que (...) Il ressort des constatations ainsi faites que (...) »<sup>244</sup>.

**La terminologie du juge quant au rôle de l'expert.** Le rôle significatif de l'expertise est toujours clairement exposé : « l'expertise médicale révèle que (...) »<sup>245</sup>, « attendu (...) qu'aux termes de ses conclusions d'expertise médicale<sup>246</sup> », « le rapport d'expertise mentionne que... »<sup>247</sup>, « au vu des conclusions d'un rapport d'expertise médicale dont les termes rendaient l'interprétation nécessaire »<sup>248</sup>, quitte à demander « un complément d'expertise destiné à donner à la cour tous éléments permettant d'évaluer le préjudice causé par le déficit fonctionnel temporaire (...) »<sup>249</sup>.

La terminologie est la même chez le juge administratif qui fait valoir dans ses justifications que « l'expertise médicale montre » ou « évalue à... »<sup>250</sup>, « qu'il résulte de l'instruction notamment du rapport d'expertise médicale que... »<sup>251</sup>, il n'hésite d'ailleurs pas à ordonner un complètement d'expertise quand le premier manque de précision sur l'opportunité d'une intervention chirurgicale<sup>252</sup>.

Par ailleurs, les juges sont relativement complaisants à l'égard des devoirs des experts, qui plus est lorsqu'ils ne respectent pas les termes de l'article 248 du Code de procédure civile<sup>253</sup>.

---

<sup>240</sup> Articles L. 141-1 et L. 141-2 du code de la sécurité sociale : « quand l'avis technique de l'expert ou du comité prévu pour certaines catégories de cas a été pris dans les conditions fixées par le décret en Conseil d'Etat auquel il est renvoyé à l'article L. 141-1, il s'impose à l'intéressé comme à la caisse ».

<sup>241</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 4 novembre 2010, n°09-70.149.

<sup>242</sup> L'expertise biologique en matière de filiation : Cass. 1<sup>er</sup> civ, 28 mars 2000, n°98-12.806.

<sup>243</sup> CA, Rennes, 2 novembre 2014, n°13/08052. Dans cet arrêt, la cour d'appel se base sur des rapports de l'Académie de médecine.

<sup>244</sup> CA, Paris, 13 mars 2015, n°11/22813.

<sup>245</sup> CA, Nancy, 15 septembre 2014, n°13/03162.

<sup>246</sup> CA, Metz, 20 mai 2014, n°14/00432.

<sup>247</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 27 mars 2014, n°13-15.444.

<sup>248</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 12 juin 2014, n°13-19.642.

<sup>249</sup> CA, Grenoble, 25 mars 2014, n°09/05059.

<sup>250</sup> CAA, Bordeaux, 1 février 2016, n°15BX03104.

<sup>251</sup> CAA, Marseille, 28 janvier 2016, n°14MA00933.

<sup>252</sup> CAA, Paris, 1<sup>er</sup> février 2016, n°13PA04301 : « En l'absence de tout élément de réponse sur ces différents points dans le rapport de l'expertise ordonnée par le tribunal, il n'est pas possible de déterminer si l'intervention chirurgicale du 5 mai 2010 était ou non impérieusement requise, c'est-à-dire de savoir si M. C... disposait ou non d'une possibilité raisonnable de refus ».

<sup>253</sup> H. Croze, *Les possibilités de contestations ou les conclusions de l'expert : la contestation judiciaire ou arbitrale, la contre-expertise...*, pp. 77-79 in « Les experts : auxiliaires ou substituts du juge ? », op. cité : « Curieusement il est jugé qu'aucune disposition ne sanctionne de nullité l'inobservation imposée par l'article 238 et ce même si l'expert se mêle de questions juridiques (Cass. 1<sup>er</sup> civ, 7 juillet 1998, Bull. civ. I, n°239). Mieux encore, ou plutôt pire : la troisième Chambre civile de la Cour de cassation autorise les juges du fond à « s'approprier l'avis de l'expert, même si celui-ci a exprimé une opinion excédant les limites de sa mission » (Cass. 3<sup>e</sup> civ. 5 mars 2003, Juris-Data n°2003-018018 ; Bull. civ. III, n°55 ; D. 2003. IR 863) (...) l'annulation du rapport pour une cause tenant à son contenu paraît donc plus délicate à obtenir que si l'expert a mal procédé ».

De ce fait, de l'aveu des magistrats, l'expertise bénéficie d'une sorte de « présomption de vérité (...) que les parties auront des difficultés à remettre en cause. Elle va donc devenir un enjeu dans le conflit, les parties n'hésitant pas à mettre en avant les défaillances constatées, et parfois provoquées, pour obtenir l'annulation des opérations d'expertise, surtout si le rapport leur est défavorable »<sup>254</sup>.

***L'expert : un nouvel arbitre ?*** La fonction de l'expert se rapproche de l'arbitrage, pratique qui existe généralement pour les litiges commerciaux<sup>255</sup>. C'est une justice privée, volontaire et conventionnelle. Reste que la sentence arbitrale a l'autorité de la chose jugée, au même titre qu'une décision de justice comme le rappelle le doyen Cornu<sup>256</sup>.

La pratique, librement organisée par les parties, n'est pas familière au droit de la responsabilité médicale<sup>257</sup> même si un arbitrage *ad hoc* est envisageable (il ne semble pas a priori être exclu par le code civil en son article 2060, à l'inverse de la clause compromissoire qui s'applique uniquement dans les contrats à raison professionnelle). Il existe déjà, dans le domaine des contrats d'assurance, ce qu'on appelle un arbitrage médical (lequel peut lui-même devenir un arbitrage juridique lorsqu'un protocole d'expertise arbitrage est qualifié de compromis d'arbitrage<sup>258</sup>).

Pour que la pratique soit organisée dans le domaine de la responsabilité médicale, il faudrait un arbitre neutre qui puisse faire valoir des compétences médicales et juridiques. C'est la raison pour laquelle, le droit de la responsabilité médicale est plutôt un droit de la transaction à l'initiative de l'assureur qui va mandater un expert.

Ce type de transaction se rapproche plutôt de l'expertise amiable (lorsque les parties conviennent de donner force obligatoire à l'avis de l'expert) et donc d'une forme d'arbitrage. Ainsi défini, l'arbitrage se trouve à mi-chemin entre la justice étatique et d'autres modes alternatifs de règlement des litiges que sont la conciliation et la médiation.

---

<sup>254</sup> F. Ruellan, N. Marie, *Droit et pratique de l'expertise judiciaire civile*, op. cit., p. 6.

<sup>255</sup> Il existe des chambres d'arbitrage privées : association française d'arbitrage, chambre de commerce internationale (CCI), Chambre arbitrale maritime de Paris, etc... ; il y a aussi une chambre arbitrale de l'Ordre National des Médecins qui sert à régler les différents conventionnels lorsqu'il y a au moins un médecin engagé.

<sup>256</sup> « Le jugement est un acte d'autorité. Il émane d'un organe étatique (tous les juges ne sont pas, il est vrai, des magistrats du corps judiciaire, (tribunaux de commerce, conseil de prud'hommes ; les arbitres sont mêmes des personnes privées nommées par les parties en litige, CPC, Art. 1447) mais tous, y compris les arbitres, sont des juges ; tous sont investis de la fonction juridictionnelle ». G. Cornu, *Linguistique juridique*, 3<sup>e</sup> éd, Paris, Montchrestien, 2005, 443 p, p. 333.

<sup>257</sup> On ne retrouve aucune entrée sur l'arbitrage dans les index alphabétiques des ouvrages dédiés à la responsabilité médicale

<sup>258</sup> Nous renvoyons à un arrêt de la Cour de cassation qui associe, en matière de contrat d'assurance, une deuxième expertise (après que les experts des parties se soient contredits) à un arbitrage juridique.

Cass. 1<sup>re</sup> civ, 25 février 2010, n°09-12.126 : « le compromis d'arbitrage signé, hors toute clause compromissoire insérée à la police d'assurance, entre l'assureur et l'assuré après la naissance d'un litige, ne constitue pas une clause figurant dans un contrat conclu entre un professionnel et un non-professionnel ou un consommateur, et n'est donc pas susceptible de présenter un caractère abusif au sens du texte ». B. Fages, *Pas de clause abusive sans clause*, RTD Civ. 2010, p. 323.

La frontière semble cependant marquée : l'expert ne peut se prononcer que sur un point de fait, tandis que les questions de droit demeurent l'apanage du juge ou de l'arbitre. En pratique, on a pu remarquer que l'expert s'aventure parfois sur le terrain du droit sans qu'il soit sanctionné à cet effet. Peut-on supposer qu'il y a déjà une forme d'autorité de la chose jugée sur les points médicaux évalués ? De ce point de vue, l'expert pourrait s'apparenter à un arbitre du domaine médical.

Pour toutes ces raisons, il est nécessaire, voire primordial, que la victime soit accompagnée durant cette phase par un médecin-conseil et un avocat qui en connaissent les rouages. Il ne faut pas oublier que l'expertise a aussi une utilité thérapeutique<sup>259</sup> pour la victime et que cette dernière doit apporter son concours à l'expertise<sup>260</sup>.

C'est ainsi que le magistrat porte la robe de la justice et l'expert se drapè dans la robe invisible du sachant. Le premier confère une réalité juridique aux observations du second<sup>261</sup>. Les deux sont libres d'utiliser les outils qu'ils souhaitent<sup>262</sup> et se prononcent uniquement sur ce qui leur a été demandé ; ils sont assujettis l'un et l'autre à la loi.

La qualité du juge et de l'expert dépend de leur appréhension de leur office respectif. L'un est le régulateur du pouvoir judiciaire, l'autre du pouvoir médical. Le cheminement de l'expert médical au juge, s'il est intellectuel et juridique, ne doit pas pour autant oublier sa dimension humaine. C'est ce trait d'union avec la juridiction qui permet de « formuler l'indicible pour évaluer l'inconcevable »<sup>263</sup>.

Si le recours quasi automatique à l'expertise peut inquiéter le juriste dans la mesure où « il est le coauteur partiel et caché de la décision judiciaire que seul le juge signe », on peut néanmoins nuancer cette affirmation en dissociant clairement les fonctions de juge et d'expert<sup>264</sup>.

---

<sup>259</sup> R. Zarzavatdjian, *Expertise faillibles, justice fragile ? Expertises dans le cadre amiable et judiciaire, de la responsabilité médicale et de la réparation des dommages corporels*, art. cité : « une utilité thérapeutique pour la victime ou la personne qui se vit comme telle, pour l'aider à comprendre et à accepter ce qui s'est passé, avec ses conséquences et restaurer la confiance dans la médecine ».

<sup>260</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 9 octobre 2014, n°13-20.146.

<sup>261</sup> Le Professeur Gérard Mémèteau le souligne avec justesse « il y a une dialectique entre le savoir du juge et le savoir du médecin, celui-ci objectivant le jugement du magistrat, lequel, en revanche, en disant acquiescées des données, lui confèrent une légitimité judiciaire ». G. Mémèteau, *Cours de droit médical*, op. cité, p. 373.

<sup>262</sup> CAA, Marseille, 27 février 2014, n°13MA04174 : l'expert et le juge ne sont pas liés par une nomenclature précise.

<sup>263</sup> M. Girard, *Formuler l'indicible pour évaluer l'inconcevable*, Gazette du Palais, Colloque « le juste prix », 11 au 13 février 2007, p. 22.

<sup>264</sup> L'expertise « a ses revers, elle doit être sous haute surveillance et là comme ailleurs, les principes de bonne foi, de loyauté, les exigences de la défense, une parfaite répartition des rôles entre le juge et le technicien s'imposent pour qu'il n'y ait pas de délégations fâcheuses, d'opacités par une hypertéchnicité qui laisserait le juge aphone et les parties poings et mains liés par un avis verrouillant le débat ». *ibid.* p. 174.

## 2) Deux fonctions à dissocier

La nécessité de l'avis d'un technicien est évidemment un aveu de faiblesse. Si le juge et l'expert paraissent dépendre l'un de l'autre, les juges doivent tout de même sauvegarder leur liberté d'appréciation<sup>265</sup>, qui plus est quand il y a une faute morale ou d'humanisme<sup>266</sup>.

Les textes et la jurisprudence sont clairs : le juge ne peut déléguer à un technicien l'exercice de son pouvoir juridictionnel<sup>267</sup> même si la tentation est grande<sup>268</sup>, tout comme l'expert ne doit pas en principe excéder le cadre de sa mission.

**La soumission de l'expert au juge.** Le Code de procédure civile et le code de justice administrative ne souffrent aucune d'ambiguïté : l'expert agit pour le juge qui lui seul est habilité à le nommer et à ordonner une mission précise.

L'expert est donc soumis aux volontés du juge tout au long de l'expertise ; ce dernier peut « inviter le technicien à compléter, préciser ou expliquer, soit par écrit, soit à l'audience, ses constatations ou ses conclusions »<sup>269</sup>.

L'expert doit, lorsqu'il se « heurte à des difficultés qui font obstacle à l'accomplissement de sa mission ou si une extension de celle-ci s'avère nécessaire », en faire rapport au juge<sup>270</sup>.

Dans l'ordre administratif, « la juridiction peut décider que le ou les experts se présenteront devant la formation de jugement ou l'un de ses membres, les parties dûment convoquées, pour fournir toutes explications complémentaires utiles »<sup>271</sup>. Ainsi l'expert n'a ni le statut, ni les prérogatives accordées à un magistrat.

---

<sup>265</sup> J-L. Bédier, *L'indemnisation des troubles dans les conditions d'existence devant les juridictions administratives*, p. 208 in A. Leca (sous la dir. de), « L'expertise médicale et l'indemnisation des préjudices corporels », Colloques du CDSA, Bordeaux, Les Etudes Hospitalières, novembre 2009, 316 p. : « Tout rapport d'expertise peut être critiqué mais il est assez clair que la partie aux intérêts de laquelle les conclusions du rapport d'expertise sont défavorables se trouve dans une situation affaiblie qu'elle ne pourra renverser, dans la dialectique de la preuve qui est d'ailleurs celle de tous les contentieux, qu'au prix d'un réel effort de démonstration (...) ».

<sup>266</sup> « Appréciation technique et expertise : s'il s'agit d'une faute contre l'humanisme, la morale, le juge est armé pour se prononcer. Et même l'expert n'aurait pas sa place (art. 238, §3, NCPC ; Cass. 1<sup>re</sup> civ, 21 avril 1958, Dalloz, 1958, 432 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ, 17 juillet 1961, JCP, 1961, 4, 3950 ; 7 novembre 1961, Gazette du Palais., 1962, I, 219 ». G. Mémeteau, *Cours de droit médical*, Bordeaux, Les Etudes Hospitalières, 4<sup>e</sup> éd, 2011, p. 286.

<sup>267</sup> Grenoble, 4 mars 1975, Gazette du Palais, 1975. 2. 776, note Barbier. - Montpellier, 15 décembre 1999, Gazette du Palais. 1999. Somm. 2195, obs. Travier. - Poitiers, 2 septembre 2003, BICC 2003, n<sup>o</sup> 1412.

<sup>268</sup> P. Blondel, *Les offices croisés du justiciable de son ou de ses conseils, du technicien ou de tout autre intervenant à l'œuvre de justice et du juge pour une première instance revisitée et dominée par un principe de complétude ou le décryptage d'un songe procédural* in « Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005) », Sous la dir. de J. Foyer, C. Puigelier, Etudes juridiques 25, Paris, Economica, 2006, 490 pages, p. 173 : « L'expert doit faire preuve d'une totale loyauté et d'une totale transparence dans la façon d'assumer sa mission et beaucoup trop de décisions sont censurées par la Cour de cassation au motif que l'homme de l'art a perdu de vue les exigences de la défense, les exigences d'un procès à armes égales ».

<sup>269</sup> Article 238 du CPC.

<sup>270</sup> Article 279 du CPC.

<sup>271</sup> Article R. 621-10 du CJA.

La Cour de cassation a précisé qu'« un expert judiciaire n'est investi, en aucune mesure, d'une partie de l'autorité publique et que ses fonctions ne participent de l'exercice d'aucune prérogative de puissance publique »<sup>272</sup>. A cet égard, il ne peut bénéficier des dispositions de l'article 433-5 du Code pénal réprimant l'outrage ; le régime de responsabilité des magistrats est d'ailleurs très différent de celui des experts<sup>273</sup>.

***Des magistrats sont chargés spécifiquement du contrôle des expertises.*** Cette hiérarchie est illustrée par l'existence dans l'ordre judiciaire et administratif<sup>274</sup> de magistrats chargés du contrôle des expertises. Ils en assurent le suivi et la qualité.

En effet, un nouvel office<sup>275</sup> a été créé en 1998<sup>276</sup> pour répondre à la sollicitation de plus en plus fréquente des experts<sup>277</sup>.

L'article 155 du Code de procédure civile prévoit depuis que « lorsque la mesure est ordonnée par une formation collégiale, le contrôle est exercé par le juge qui était chargé de l'instruction. A défaut, il l'est par le président de la formation collégiale s'il n'a pas été confié à un membre de celle-ci ».

Cette création fait suite à une première expérience concluante au tribunal de grande instance d'Albertville<sup>278</sup>.

La difficulté des experts a longtemps été de trouver un interlocuteur identifiable au sein de la juridiction. Le juge chargé du contrôle des expertises dispose de compétences assez larges<sup>279</sup> et ses décisions ne sont en principe pas contestables<sup>280</sup>. Il « peut ordonner toutes les mesures qui intéressent le suivi de l'expertise, notamment : prendre acte de l'acceptation ou du refus par l'expert de sa mission (...), statuer

---

<sup>272</sup> Cass. Crim, 22 janvier 2002, n°01-83.741

<sup>273</sup> MM. O. Renard-Payen, Y. Robineau, *La responsabilité de l'Etat pour faute du fait du fonctionnement défectueux du service public de la justice judiciaire et administrative*, Rapport annuel de la Cour de cassation 2002 « *La preuve dans la jurisprudence de la Cour de cassation* », Etudes sur le thème de la responsabilité. <http://www.courdecassation.fr/>.

<sup>274</sup> Décret n°2010-164 du 22 février 2010 relatif aux compétences et au fonctionnement des juridictions administratives.

<sup>275</sup> A ne pas confondre avec le juge de la mise en état qui a un rôle plus global sur le bon déroulement du procès.

<sup>276</sup> Décret n°98-1231 du 28 décembre 1988.

<sup>277</sup> Un rapport de 2011 avance que « l'opportunité de désigner un juge chargé du contrôle des expertises s'impose au regard de la multiplicité des prescripteurs d'expertises en matière civile. Interlocuteur unique de l'expert, ce magistrat pourra éviter les retards de transmission entre services et rassemblera les informations sur les surcharges ponctuelles d'activité des experts ou au contraire sur leur disponibilité ». [http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/rapp\\_com\\_reflexion\\_expertise.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/rapp_com_reflexion_expertise.pdf), p. 26.

<sup>278</sup> F. Ruellan, *L'office du juge dans le contrôle des expertises : l'expérience du tribunal de grande instance d'Albertville*, Gazette du Palais, 12 juin 1997, n°162, p. 6 : « Les experts sont régulièrement reçus pour faire le point de leur collaboration ou évoquer toute difficulté particulière à l'une de leurs missions. Un dialogue est par ailleurs engagé avec les diverses compagnies d'experts. L'assemblée générale des magistrats est tenue informée par le juge chargé du contrôle des expertises de l'évolution globale ou particulière des affaires en cour. Chaque collègue informe l'assemblée des appréciations portées sur la qualité des rapports qui leur sont soumis. Un véritable contrôle de l'expertise est ainsi exercé ».

<sup>279</sup> F. Ruellan, N. Marie, *Droit et pratique de l'expertise judiciaire civile*, op.cité, p. 39 : « (...) Il en résulte que chaque fois que la décision ordonnant l'expertise mentionne l'existence du juge chargé du contrôle, celui-ci dispose alors d'une compétence exclusive pour traiter des incidents de l'expertise ».

<sup>280</sup> L'article 150 du CPC affirme que « la décision qui ordonne ou modifie une mesure d'instruction n'est pas susceptible d'opposition ; elle ne peut être frappée d'appel ou de pourvoi en cassation indépendamment du jugement sur le fond que dans les cas spécifiés par la loi. Il en est de même de la décision qui refuse d'ordonner ou de modifier une mesure ». De plus, l'article 171 du même code prévoit que « les décisions prises par le juge commis ou par le juge chargé de contrôle n'ont pas au principal l'autorité de la chose jugée ».

sur une demande de récusation de l'expert (...), remplacer l'expert en cas de manquement à ses devoirs ; préciser la mission et le calendrier des opérations (...) »<sup>281</sup> et surtout impartir des délais<sup>282</sup> (question primordiale compte tenu des contraintes temporelles fortes de la justice).

La mise en place effective de ce juge a été facilitée par le décret de 2012 visant à modifier le code de l'organisation judiciaire afin de permettre la désignation dans chaque juridiction d'un juge chargé du contrôle des expertises<sup>283</sup>.

Par analogie, cet office gagnerait peut-être à être régionalisé afin de mutualiser les moyens car il reste encore très limité<sup>284</sup>.

Selon Marc Taccoen et Dominique Lencou, « la création de la fonction de juge chargé du contrôle des expertises civiles au sein de chaque juridiction répond à la nécessité de remédier à l'absence de connaissance précise par le juge, au moment de la désignation de l'expert, de la charge de travail, de la disponibilité et de la compétence de celui-ci »<sup>285</sup>.

Il a ainsi un rôle pédagogique dans la mesure où c'est un professionnel du droit et il doit en ce sens guider les experts dans les nombreuses règles de procédure pour une expertise sous surveillance. L'étendue des pouvoirs du juge chargé du contrôle est délimité par la jurisprudence<sup>286</sup>.

Pour le Professeur Perrot « il manque aujourd'hui une théorie générale de la mesure d'instruction préventive (...). Au moment où fut élaboré ce que l'on appelait alors le nouveau Code de procédure civile, le seul objectif était de faire une place à la mesure d'instruction *in futurum* qui cherchait péniblement à se faire admettre (...) »<sup>287</sup>.

***De la nécessité d'un dialogue permanent entre le juge et l'expert.*** Il est important que le juge et l'expert entretiennent un dialogue permanent pour que ce dernier comprenne les attentes du premier.

Une bonne entente ne signifie pas non plus le favoritisme ; elle ne doit pas créer de monopole de fait au profit des experts nommés.

---

<sup>281</sup> F. Ruellan, N. Marie, *Droit et pratique de l'expertise judiciaire civile*, op. cité, p. 41.

<sup>282</sup> Article 241 du CPC.

<sup>283</sup> Décret n° 2012-1451 du 24 décembre 2012 relatif à l'expertise et à l'instruction des affaires devant les juridictions judiciaires ; Article R. 231-12-1 du code de l'organisation judiciaire : « le président du tribunal de grande instance désigne un ou plusieurs juges chargés de contrôler l'exécution des mesures d'instruction conformément aux dispositions de l'article L. 121-3 ».

<sup>284</sup> M-O. Bertella-Geoffroy, *ibid* : « Il y a bien un contrôle des expertises dans chaque cour d'appel, un service de contrôle des expertises, mais encore une fois le contrôle est généralement dévolu à un magistrat qui ne connaît pas du tout le domaine médical et qui se contente de faire un contrôle des paiements et un contrôle des délais ».

<sup>285</sup> M. Taccoen, D. Lencou, *La modernisation de l'expertise*, Les annonces de la Seine, Chronique, jeudi 24 janvier 2013, n°6.

<sup>286</sup> V. Cass. 2° civ, 9 septembre 2010, n°09-69612.

<sup>287</sup> R. Perrot, RTD Civ. 2008, p. 725 ; v. également : I. Després, *Les mesures d'instruction in futurum*, Paris, Nouvelle Bibliothèque de thèses, Dalloz, 2004, G. Wiederkehr : elles « participent largement des modes alternatifs de règlement des litiges. Du moins rempliraient-elles ce rôle, si elles étaient mieux connues, car si elles sont connues, elles le sont, en réalité, fort mal ». pref.

Ensuite, rien n'empêche le juge (notamment le juge chargé du contrôle des expertises dans l'ordre administratif)<sup>288</sup> d'assister personnellement à une expertise bien qu'il ne le fasse jamais.

Le Code de procédure civile prévoit que « le juge chargé du contrôle peut assister aux opérations du technicien. Il peut provoquer ses explications et lui impartir des délais »<sup>289</sup>, « lorsque le juge assiste aux opérations d'expertise, il peut consigner dans un procès-verbal ses constatations, les explications de l'expert ainsi que les déclarations des parties et des tiers ; le procès-verbal est signé par le juge »<sup>290</sup>.

Il serait intéressant qu'un magistrat qui découvre la responsabilité médicale puisse assister à des opérations d'expertise médicale afin de se familiariser avec l'univers et de mieux comprendre son cheminement. Il serait également pertinent de mettre en place une forme de compagnonnage pour les experts comme on a pu le suggérer.

L'Etat « peut cependant recommander aux compagnies d'experts de proposer ou développer une offre de formation commune préalable à l'inscription à la fois en compagnonnage avec un bon expert et sous forme de cours, suivie d'une période probatoire, pendant laquelle ils feront une expertise qui sera elle-même évaluée. Puis, c'est sur la base de cette évaluation qu'ils seront inscrits »<sup>291</sup>. On ajouterait à cette formation des réunions de travail entre experts et magistrats traitant le contentieux de la responsabilité hospitalière<sup>292</sup>.

Une meilleure collaboration entre les juges des référés, les juges chargés du contrôle chez le juge judiciaire ou du suivi chez le juge administratif et les juges du fond pourrait être réalisée grâce à « une évaluation interne, coordonnée et périodique du travail mené par les experts »<sup>293</sup>.

Quant à l'expert, il ne doit pas hésiter à solliciter le juge sans qu'il ne craigne que sa démarche soit considérée comme de l'incompétence<sup>294</sup>.

---

<sup>288</sup> « Le Président de la juridiction peut désigner au sein de sa juridiction un magistrat chargé des questions d'expertise et du suivi des opérations d'expertise. Ce magistrat peut assister aux opérations d'expertise. Il peut en outre recevoir délégation de tout ou partie des attributions du chef de juridiction en matière d'expertise ». Article R-621-1-1 du CJA.

<sup>289</sup> Article 241.

<sup>290</sup> Article 274.

<sup>291</sup> S. Mille in « Le rôle de l'expert médical in Conseil d'Etat, Santé et justice : quelles responsabilités ? », op. cité, p. 301.

<sup>292</sup> Ibid. p. 305.

<sup>293</sup> Ibid. p. 306 ; « Par ailleurs, eu égard à la spécialisation croissante du contentieux médical, il serait utile que le juge du fond soit : - associé aux questions que se pose le juge des référés lorsqu'il est saisi d'une demande d'expertise ou, du moins, collabore à l'élaboration de nouvelles missions-types (qui lui éviteraient d'ordonner des compléments d'expertise en raison des défaillances de la mission de référé) ; - sollicité par le juge du suivi ou du contrôle si, en cours d'expertise, se pose un problème technique d'interprétation d'une question posée par une mission du juge des référés... ». *ibid.* p. 307.

<sup>294</sup> « Il doit se montrer disponible envers l'expert : le juge administratif dispose désormais des mêmes pouvoirs de contrôle que le juge judiciaire pour épauler l'expert en cas de défaillance d'une partie (injonctions, audience expertale en cours d'expertise) et l'expert ne doit pas hésiter à faire appel à lui afin d'éviter que l'expertise ne soit l'objet de détournements procéduraux à des fins dilatoires ou que le cours du procès ne soit suspendu ou ralenti à raison du déroulement défectueux de l'expertise. Trop d'experts administratifs craignent de solliciter le juge, pensant que leur démarche sera interprétée comme révélant une incapacité à contrôler la situation... ». *ibid.* ; de l'aveu de certains experts : « nous avons besoin, d'une interrogation de la part des magistrats lorsque notre rapport est défaillant, qu'il est mal formulé, ou lorsque nous ne répondons pas précisément à la question qui nous est posée parce qu'elle n'est pas nécessairement la question que nous nous posons. Et nous avons besoin d'une évaluation ». *ibid.* p. 312.

Le cheminement de l'expert médical au juge est avant tout humain. Il faut donc encourager les publications comme l'ouvrage *Questions d'experts (et réponses des juges)*<sup>295</sup> ou le guide de l'expertise écrit par des magistrats chargés du contrôle de l'expertise<sup>296</sup>.

**Pour une expertise plus accessible.** Une meilleure visibilité de l'expertise est aussi souhaitable ; l'expertise demeure un grand mystère aux yeux des juristes dans la mesure où ils n'ont accès qu'à la décision et non à l'expertise qui l'a précédée.

De plus, l'expert n'a aucun moyen de savoir si son rapport a été contesté ; il ne peut pas s'améliorer en conséquence. Aussi serait-il intéressant d'avoir une base de données anonymisée avec des exemples d'expertises.

« Peut-on réellement analyser l'expertise médicale à des juristes et des médecins sans avoir aucun exemple concret à proposer qui illustrerait la démarche et la méthodologie suivies ? » se demande le Professeur Pellet<sup>297</sup> dont les propositions présentent un grand intérêt<sup>298</sup>.

Il nous semble important que les magistrats prennent du recul sur l'expertise qui demeure un simple avis de technicien.

Les avis, comme les techniques scientifiques<sup>299</sup>, sont naturellement faillibles, surtout quand les expertises se contredisent<sup>300</sup> ou qu'il existe des querelles d'écoles<sup>301</sup>. Un expert médical en a largement exposé les failles sans concessions<sup>302</sup>.

---

<sup>295</sup> M. Zavaro, avec la collaboration de S. Pieraccini, *Questions d'Experts (et réponses des Juges)*, 2<sup>e</sup> éd, Aix-en-Provence, ed. Edilaix, 2008, 219 p.

<sup>296</sup> F. Ruellan, N. Marie, *Droit et pratique de l'expertise judiciaire civile*, Paris, LexisNexis, ENM, 2012, 142 pages.

<sup>297</sup> R. Pellet, p. 314, *Le rôle de l'expert médical* in « Conseil d'Etat, Santé et justice : quelles responsabilités ? », Paris, La Documentation Française, 2013, op. cité.

<sup>298</sup> « Ma deuxième proposition, concerne l'usage scientifique des expertises. Chaque année devant les juridictions et les CRCI sont produites plusieurs centaines d'expertises, peut-être des milliers. Que deviennent-elles une fois qu'elles ont servi au règlement des cas particuliers pour lesquels elles ont été demandées ? Réponse : personne n'en fait rien (...) Mais il me semble très important d'aller plus loin. L'ONIAM et des scientifiques indépendants devraient être mis en mesure de colliger toutes les expertises médicales, préalablement « anonymisées », de certaines disciplines à risque, telle par exemple l'obstétrique, afin d'en apprécier la qualité, d'en tirer des « recommandations de bonnes pratiques » utiles à l'ensemble des praticiens et, surtout, d'améliorer la formation des experts » *ibid.* p. 314.

<sup>299</sup> J.-F. Delahaye, M. Causeret et M. Penneau, *Réflexions sur le rôle de la preuve scientifique en procédure pénale*, Journal de Médecine Légale, Droit médical, 1995, n°7-8. Les auteurs évoquent à propos du juge pénal « la faillibilité de toute investigation scientifique, notamment dans le domaine biologique. [...] Toute technique scientifique est faillible parfois dans son principe, toujours dans sa mise en œuvre ». *ibid.* p. 543.

<sup>300</sup> CAA, Marseille, 12 avril 2007, Mme F, n°05-1343 ; CAA, Marseille, 20 novembre 2014, n° 13MA00553 ; Gazette du Palais., 12 et 18 décembre 2014, n° 351-352, p. 11.

<sup>301</sup> CA, Toulouse, 20 mars 2000 : Juris-Data n° 117570 ; CA, Poitiers, 20 mai 2009 : RGDM 26/2008, p. 320, obs. M. Girer.

<sup>302</sup> M. Girard, *La souffrance dans le paysage médical*, 8<sup>e</sup> états généraux du dommage corporel, Gazette du Palais, 15 février 2014 n°46, p. 13 : « Il y d'abord l'esprit de corps, dont la manifestation la plus évidente réside dans la tendance quasi mécanique des experts à privilégier les propos de leurs confrères lorsqu'il existe une discordance irréductible entre la version de la victime et celle de son médecin traitant. Esprit de corps, également, dans la tendance subconsciente à minimiser les conséquences d'une erreur dont l'expert sait bien qu'il aurait pu tout autant faire la même. (...) Plus resserré encore, l'esprit de clan se rencontre dans des petits mondes technologiques comme la chirurgie cardiaque, où tout le monde connaît tout le monde. (...) Notoirement, les conflits d'intérêts sont régulièrement dénoncés dans les relations entre les experts et les assureurs, ou encore particulièrement à l'œuvre dans les spécialités hautement problématiques, comme la chirurgie bariatrique, où le technicien mis en cause se voit évalué par un autre technicien dont la fortune actuelle tient à l'exercice quotidien de cette même spécialité problématique ».

***L'expertise : une opinion médicale à nuancer.*** La médecine n'est pas une science exacte ; les recommandations médicales varient considérablement selon les pays et dans le temps.

Aussi faut-il prendre connaissance de tous les éléments versés au débat pour apprécier au mieux les enjeux en sollicitant au besoin un avis externe. Rien ne dispense le juge de toujours « discerner, en sa conscience, ce qui est vrai, ce qui est équitable »<sup>303</sup>.

L'expertise est certes prépondérante pour l'établissement d'une faute, d'un dommage et d'un lien de causalité entre les deux mais il reste, pour les parties comme les juges, une relative liberté dans la liquidation du préjudice corporel.

Les juges ne doivent pas hésiter à revenir sur les conclusions des experts, qui plus est sur des postes de préjudice qui ne sont pas uniquement scientifiques ; sur lesquels la marge d'interprétation est élevée. Ainsi, il existe des points expertisés que même un non initié pourrait remettre en cause comme le préjudice esthétique sur la base des photos et le préjudice sexuel sur la base des témoignages.

Dans cette logique, le préjudice d'établissement ou l'incidence professionnelle sont aussi autant de préjudices dont la dimension est davantage humaine que médicale et où le juge peut exercer pleinement son office.

C'est ce que souligne un magistrat : « l'exercice de son pouvoir souverain lui permet de ne pas être tenu par les conclusions expertales, qui n'ont qu'une valeur d'information, et il peut corriger implicitement ces cotations s'il apparaît manifestement que l'expert a sous-évalué ou surévalué un poste de préjudice ; mais c'est assez rare, car lorsqu'il a un doute, le juge préfère ordonner, soit spontanément soit sur demande, un complément d'expertise, voire une contre-expertise. Plus précisément, quand il s'agit de postes sur lesquels il a peu de marge de manœuvre, tels les souffrances endurées, le préjudice esthétique temporaire ou permanent, le juge retient les cotations ; en revanche, lorsqu'il s'agit de préjudices plus complexes, tels que l'incidence professionnelle<sup>304</sup> ou le déficit fonctionnel permanent, le juge exerce pleinement son pouvoir souverain d'appréciation sans se sentir lié par les cotations expertales, dont il ne se servira qu'à titre indicatif. Dans ce cas, le rôle de l'avocat, quelle que soit la partie qu'il défend, est fondamental »<sup>305</sup>.

Le même raisonnement conduit certains magistrats à critiquer ouvertement un rapport d'expertise.

On trouve un bon exemple avec le conseiller Céline Chamot qui, dans ses conclusions, signale que « l'expert ne précise à aucun moment s'il se réfère là à des données, recommandations ou bonnes

---

<sup>303</sup> G. Canivet, Discours prononcé lors de l'audience solennelle de début d'année judiciaire, le vendredi 6 janvier 2006, in « Rapport annuel de la Cour de cassation », Paris, La Documentation Française, 2005, p. 33.

<sup>304</sup> De la difficulté d'évaluer le préjudice de retraite en ce qui concerne l'incidence professionnelle : F. Bibal, *Evaluation du préjudice de retraite pour une victime en fin de carrière*, Gazette du Palais, juin 2017, n°21, p. 61 sous CE, 7 février 2017, n°394801.

<sup>305</sup> M-C. Lagrange (entretien avec), *Les référentiels d'indemnisation : un outil pertinent ?* Gazette du Palais, 10 novembre 2012 n° 315, p. 22.

pratiques communément admises, dont le non-respect pourrait vous conduire à retenir une faute autrement que par une analyse rétrospective des événements ». Par la suite, elle précise son raisonnement avec des études externes : « nous avons pour notre part trouvé des études et monographies consacrées à l'accouchement du siège par voie basse qui mentionnent la nécessité de la présence d'un « opérateur expérimenté » : voyez par exemple l'étude de la Fédération internationale de gynécologie-obstétrique (FIGO) de 1994 mentionnant, au nombre des conditions de l'accouchement d'un siège par voie basse la nécessité de la présence d'un opérateur confirmé pendant tout le travail. Nous avons également trouvé un arrêt de la CAA de Versailles du 13 mai, qui relativement à un accouchement par le siège réalisé sans surveillance du rythme cardiaque fœtal par un interne « sans expérience suffisante des accouchements par le siège » retient deux fautes »<sup>306</sup>.

Nonobstant ce fait, les juges reviennent rarement sur les constatations expertales<sup>307</sup>.

Renoncement heureux ou pragmatisme coupable, le doyen Carbonnier avait bien vu « se dessiner, implicitement, dans beaucoup de procès comportant expertise, une espèce de scission entre le contrôle externe et le contrôle interne de l'avis d'expert. Le juge tient ferme les *extrinseca* : il s'assure de la qualification professionnelle de l'expert, vérifie que la procédure d'expertise s'est déroulée correctement. Sur les *intrinseca*, à l'opposé, le contenu de l'avis, il renonce à juger lui-même la question technique qui est le noyau de sa question de droit : il fera du droit avec la science d'un autre, qui n'est que du fait (mais un fait vrai, diront les scientifiques) »<sup>308</sup>.

Du reste, chacun jugera en son for intérieur : cela est du ressort de la conscience, de ce tribunal intérieur que décrivait Emmanuel Kant et qui nous permettait de concevoir l'autre<sup>309</sup>. Aussi doit-on « exiger que je recherche la vérité, non que je la trouve » peut-on conclure avec Diderot<sup>310</sup>.

---

<sup>306</sup> C. Chamot, *L'accouchement du siège par voie basse, un accouchement potentiellement dystocique*, sur CAA, Marseille, 2<sup>e</sup> ch., 7 janvier 2015, n° 13MA01187, *Centre hospitalier de Digne-les-Bains c/ Consorts D.*, M<sup>me</sup> Menasseyre, rapp., M<sup>me</sup> Chamot, rapp. publ. ; M<sup>e</sup> Maury, *Gazette du Palais*, 19 février 2015, n°50, p. 7.

<sup>307</sup> G. Mor, *Réparer la souffrance*, 8<sup>e</sup> Etats généraux du dommage corporel, *Souffrance : de l'ombre à la lumière*, *Gazette du Palais*, 15 février 2014 n°46, p. 18 : « C'est au juge, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, qu'il appartient de rétablir l'équité. Mais force est de constater qu'il s'autorise rarement à requalifier l'évaluation médico-légale. D'une part, il fait confiance au technicien, d'autre part, il est souvent assez démuné car, forts de cette évaluation « barémisée », les experts se dispensent le plus souvent d'une description précise de la souffrance, rendant ainsi le contrôle du juge particulièrement difficile ».

<sup>308</sup> J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Paris, Flammarion, Forum, 1996, 276 p. pp. 91 et 92.

<sup>309</sup> E. Kant, *Métaphysique des mœurs*, II Doctrine de la vertu ch. I §13 : « Tout homme a une conscience et se trouve observé, menacé et surtout tenu en respect (respect lié à la crainte) par un juge intérieur, et cette puissance qui veille en lui sur les lois n'est pas quelque chose qu'il se forge à lui-même arbitrairement, mais elle est inhérente à son être. Sa conscience le suit comme son ombre lorsqu'il pense lui échapper (...). ; E. Kant, *Critique de la raison pratique*, 8<sup>e</sup> éd, Paris, PUF, Quadrige, 2012, p. 173 : « Deux choses remplissent le cœur d'une admiration et d'une vénération toujours nouvelles et toujours croissantes, à mesure que la réflexion s'y attache et s'y applique : le ciel étoilé au-dessus de moi et la loi morale en moi. Ces deux choses, je n'ai pas besoin de les chercher et de les conjecturer simplement, comme si elles étaient enveloppées de ténèbres ou placées dans une région transcendante en dehors de mon horizon ; je les vois devant moi, et je les rattache immédiatement à la conscience de mon existence ».

<sup>310</sup> D. Diderot, *Pensées philosophiques*, Londres, 1777, pensée 29, p. 53 sous l'identité de Thomas Crudeli. <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k76246q.pagination>

## Conclusion de la partie A

L'expertise médicale est un sujet qui nourrit beaucoup de réflexions. Il nous semble que les problématiques sont pourtant éculées. Il faudrait plus de procédure contradictoire dans l'ordre administratif<sup>311</sup> en généralisant l'utilisation du pré-rapport<sup>312</sup> qui nous paraît fondamental et qui ne doit pas se limiter aux cas les plus graves ou pour des raisons temporelles<sup>313</sup>.

« Le vrai contradictoire également, se passe au niveau du pré-rapport, lorsque celui-ci est demandé »<sup>314</sup>.

Les autres difficultés ont été exposées par l'Académie de Médecine : la trop faible prise en compte de la compétence, le manque de dialogue entre les magistrats et les experts et, plus généralement, le manque d'experts sur les listes<sup>315</sup> (qui plus est dans certaines spécialités<sup>316</sup>).

Difficile de dire si cette parole est audible tant les recommandations sont audacieuses et nous souscrivons à chacune d'elles : « il faut développer la pratique des expertises collégiales dans les dossiers les plus difficiles du point de vue scientifique et technique. (...) Pour un bon respect de l'impartialité, la délocalisation de l'expertise est à privilégier chaque fois qu'il y a lieu d'éviter le risque d'une confraternité, voire d'un corporatisme local. (...) Le juge, dans un dossier délicat, pourrait recourir (...) à une audition de l'expert missionné en présence des parties, dans l'esprit des critères Daubert. (...) L'indépendance de l'expert doit faire l'objet d'un contrôle et peut donner lieu soit à une déclaration orale de principe devant les parties au cours de la réunion expertale. (...) L'expert doit recevoir, automatiquement et non seulement sur sa demande, une copie des décisions de justice ou des avis des

---

<sup>311</sup> Le juge administratif a pourtant décidé, compte tenu de l'article R. 621-9 du CJA qu'aucune disposition n'imposait à l'expert de répondre aux observations que lui avaient adressées les parties sur le rapport qu'il leur avait communiqué. CE, 2 février 2011, *Mme Gallon*, n°323970, CE, 24 février 1995, *Mme Stihle*, n°138382).

<sup>312</sup> CAA, Marseille, 27 février 2014, n°13MA04174 : « aucune disposition du code de justice administrative ni aucun principe général du droit ne fait obligation à l'expert d'établir un pré-rapport qui constitue une modalité opérationnelle de l'expertise dont il appartient à l'homme de l'art d'apprécier la nécessité d'y recourir ».

<sup>313</sup> A. Feltz, *Le rôle de l'expert médical* in « Conseil d'Etat, Santé et justice : quelles responsabilités ? », Paris, La Documentation Française, 2013, op. cité, p. 320 : « Absence de dires et de pré-rapport : en CRCI, il n'y a pas de pré-rapport, pas de dires. Cependant, à titre exceptionnel, dans des dossiers particulièrement compliqués, il peut être demandé aux experts un pré-rapport suivi de dires. Ceci doit rester exceptionnel, la loi nous accordant des délais extrêmement stricts – 6 mois au total pour rendre un avis. Dans ces conditions, institutionnaliser le pré-rapport entraînerait inmanquablement un allongement des délais et le but de la loi du 4 mars 2002 visant une indemnisation rapide ne serait plus atteint ».

<sup>314</sup> S. Mille, p. 322, *ibid* .

<sup>315</sup> Le constat est d'abord avancé par les magistrats : « le juge se heurte à la carence d'experts spécialisés sur les listes des cours et tribunaux, en particulier en ce qui concerne les traumatisés crâniens ; cette carence est sans aucun doute liée au niveau des honoraires forfaitaires, alors même que l'expertise d'un traumatisé crânien nécessite des examens neuropsychologiques tout au cours d'une journée pour apprécier la réalité des préjudices subis ». M-C. Lagrange (entretien avec), *Les référentiels d'indemnisation : un outil pertinent ?* Gazette du Palais, 10 novembre 2012 n° 315, p. 22.

<sup>316</sup> Bull. Académie nationale de médecine., 2011, 195, n°7, 1729-1732, séance du 18 octobre 2011.

CRCI rendus au vu de son rapport (...) pour un retour instructif sur la qualité du travail qu'il a fourni (retour d'expérience) »<sup>317</sup>.

Tout cela est chronophage pour les magistrats et présente un coût notable pour la justice.

Il nous paraît aussi indispensable que l'expert puisse lire l'anglais dans la mesure où les publications majeures sont publiées dans cette langue. La recherche scientifique est universelle<sup>318</sup> mais relève majoritairement d'écrits en langue anglaise. De ce fait, peut-on appréhender raisonnablement les données acquises de la science sans maîtriser l'anglais<sup>319</sup> ?

Il existe des pistes de réflexion intéressantes en France<sup>320</sup> mais il ne faut pas hésiter à analyser les exemples étrangers. Il y a déjà dans les procédures anglo-saxonnes, un principe de *cross-examination*<sup>321</sup> où les experts choisis par les parties sont passés au *Hot Tube*, c'est-à-dire à l'épreuve du contradictoire. Une fois le rapport de l'expert écrit, les parties peuvent lui poser des questions ; il est interrogé et contre-interrogé (la comparution des experts est aussi fréquente en Allemagne et en Suisse)<sup>322</sup>.

De plus, en droit américain, depuis la *Federal rules of Evidence* de 1972, la Cour Suprême impose aux tribunaux d'analyser toutes les preuves scientifiques qui leur sont soumises<sup>323</sup>.

L'exemple le plus original est japonais : le tribunal de Tokyo a instauré une forme de conférence expertise<sup>324</sup>. Elle consiste à faire réaliser une expertise par trois médecins différents issus des treize facultés de médecine partenaires ; les experts rendent un rapport sommaire avant l'audience puis en discutent à l'audience entre eux et avec les parties.

---

<sup>317</sup> <http://www.academie-medecine.fr/publication100036389/>

<sup>318</sup> Sur la recherche scientifique : C. Puigelier, *Intelligence et droit de la recherche scientifique*, Paris, Mare & Martin, Science & Droit, 320p, 2017 ; C. Puigelier, F. Terré, *Droit et non-droit du savant*, Paris, Editions Panthéon-Assas, Colloques, 2013, 326 p.

<sup>319</sup> Un expert affirme sans détour que « sans entrer dans un détail technique disproportionné pour documenter les perles résultantes dans les rapports correspondants, qu'il suffise de noter que relativement à un corpus dont l'essentiel est rédigé en anglais, la justice n'a jamais eu aucun scrupule à missionner des "experts" qui n'ont pas la moindre maîtrise de cette langue... ». M. Girard, *L'expertise comme élément de preuve : la preuve à l'épreuve de la science – Partie II*, 13/09/2010, diapo 10, <http://www.rolandsimion.fr/spip.php?article154&lang=fr>

<sup>320</sup> Nous retiendrons de la Synthèse des préconisations : C. Buisnière, C. Autin, *Rapport de la commission de réflexion sur l'expertise*, Ministère de la justice et des libertés, Paris, La Documentation Française, mars 2011.

<sup>321</sup> D. Tricot, *Qualification et indépendance de l'expert* in « Les experts : auxiliaires ou substitués du juge ? », Colloque du 5 décembre 2008, Centre français de droit comparé, vol. 12, Paris, 2009, 152 pages, pp. 57-58.

<sup>322</sup> [http://www.courdecassation.fr/publications\\_cour\\_26/rapport\\_annuel\\_36/rapport\\_2012\\_4571/livre\\_3\\_etude\\_4578/partie\\_4\\_administration\\_preuve\\_4589/principes\\_gouvernant\\_4591/principe\\_contradiction\\_26240.html](http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/rapport_annuel_36/rapport_2012_4571/livre_3_etude_4578/partie_4_administration_preuve_4589/principes_gouvernant_4591/principe_contradiction_26240.html).

<sup>323</sup> O. Leclercq, *Le juge et l'expert. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, Paris, LGDJ, 2005, préface A. Lyon-Caen, spec. p. 364.

<sup>324</sup> A. Kanezuka, *Les experts en droit japonais, Les experts : auxiliaires ou substitués du juge ?* Colloque du 5 décembre 2008, Centre français de droit comparé, vol. 12, Paris, 2009, 152 pages.

Par ailleurs, une collaboration entre le Tribunal, l'Ordre des Avocats et l'Ordre des Médecins est régulièrement organisée sous forme de réunions. Ce système a le mérite d'enrichir considérablement l'expertise par la collégialité et de renforcer le principe du contradictoire. D'ailleurs, les médecins sont aussi sélectionnés selon leurs aptitudes à remplir la fonction d'experts ; on peut supposer qu'ils disposent des connaissances juridiques nécessaires.

Pour toutes ces raisons, il faut régulièrement observer les régimes juridiques étrangers pour y trouver matière à réflexion.

Comme nous l'avons vu dans cette partie, c'est l'office du juge qui assure la mise en œuvre effective de l'expertise et qui la contrôle. Ensuite, c'est à la Cour de cassation (ou au Conseil d'Etat sur un autre visa) de vérifier, au visa de l'article 1134 du Code Civil, l'appréciation que font les juges du fond d'un rapport d'expertise médicale, sa dénaturation comme sa fausse interprétation<sup>325</sup>.

Une autre difficulté tient aux liens entre le droit et la science qui restent encore à préciser.

---

<sup>325</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ, 30 avril 2014, n°12-28887.

## B / Droit et science : des rapports ambigus

On pense souvent à tort que les réflexions relatives aux rapports entre le droit et la science sont nouvelles et qu'elles se sont imposées aux juristes.

Pourtant du chancelier d'Aguesseau<sup>326</sup> au doyen Ripert<sup>327</sup>, les juristes s'interrogent depuis longtemps sur les contacts entre la science et le droit et, comme Portalis, sur ses bouleversements<sup>328</sup>.

Le Doyen Ripert rappelait à l'envie que les deux mondes étaient profondément différents : « quelque chose est plus grave dans la prétention des scientifiques, c'est de vouloir donner aux juristes l'esprit scientifique, j'entends par là celui des sciences exactes. Il existe une antinomie entre un tel esprit scientifique et l'esprit juridique et, si le premier s'est développé chez les juristes, ce ne peut être qu'au détriment du second. Le droit s'occupe des rapports entre les hommes, les sciences ne connaissent pas les hommes mais les nombres »<sup>329</sup>.

Pourtant, la science a un impact prépondérant sur les règles de droit ; il ajoute qu'il « est certain que les découvertes scientifiques ne permettraient plus alors de maintenir des règles juridiques dont la fausseté apparaîtrait. A supposer même que le droit ancien eût négligé toute base scientifique, le progrès de la science permettrait d'établir des règles qui vaudraient par une plus grande précision et devraient être préférées »<sup>330</sup>.

Ce *nouvel esprit scientifique*<sup>331</sup> que décrivait Gaston Bachelard apparaît donc comme une rectification continue du cadre de nos connaissances. On se souvient déjà en 1750 que Jean-Jacques Rousseau critiquait ouvertement, dans son premier texte écrit, cette science qui corrompt les mœurs et fait oublier aux hommes leur état de servitude<sup>332</sup>. Aussi, Emile Zola nous avait alerté sur les dangers d'une foi infaillible dans les progrès de la science<sup>333</sup>.

---

<sup>326</sup> « La vérité est en même temps sa lumière, sa perfection, son bonheur. Mais ce bien si précieux est entre les mains de la Science : c'est à elle qu'il est réservé de le découvrir à nos pauvres yeux (...) En vain nous nous glorifions de la force et de la rapidité de notre génie : si la Science ne le conduit, son impétuosité ne sert souvent qu'à l'emporter au-delà de la raison ». Septième Mercuriale, *De l'Esprit de la Science*, Prononcée à la Saint-Martin, 1704, p. 82 in J.-M. Tuffery-Andrieu, « La discipline des juges : les mercuriales de Daguesseau », Paris, LGDJ, Droit et société : recherches et travaux 15.

<sup>327</sup> G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, 2<sup>e</sup> éd, Paris, LGDJ, 1955.

<sup>328</sup> J.-E.-M. Portalis, *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le XVIII<sup>e</sup> siècle*, 3<sup>e</sup> éd, T.1. Paris, Outardier, 1834, p. 149 : « Souvent on s'est servi des progrès faits dans une science pour régir trop impérieusement toutes les autres. Quelquefois une conception hardie, une grande pensée, une nouveauté piquante, a suffi pour donner une nouvelle impulsion aux esprits, et pour tout changer ».

<sup>329</sup> G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, op. cité. pp. 42-43.

<sup>330</sup> Ibid. p. 39.

<sup>331</sup> G. Bachelard, *Le nouvel esprit scientifique*, Paris, PUF, Quadrige, 2013, 192 p.

<sup>332</sup> J. J. Rousseau, *Discours sur les sciences et les arts*, Paris, Folio, 1997, 192 p.

<sup>333</sup> E. Zola, *Le docteur Pascal*, Paris, Gallimard, 1993, 470 p.

Du reste, le droit n'est pas nécessairement une science. Le Doyen Carbonnier soutenait qu'à « toutes les époques, le droit a eu ses savants, mais on doute s'il est une science.

Une définition célèbre, venue du droit romain, en ferait plutôt un art : *Jus est ars boni et aequi* (*l'art du bien et du juste*). S'il n'y avait de sciences que celles qui peuvent opérer sur des phénomènes soumis au déterminisme, et qui sont capables de découvrir de l'un à l'autre des lois de causalité, les « sciences dures », le droit ne pourrait assurément prétendre, sauf pour une très faible part, au nom de science<sup>334</sup> ». Il préférerait associer le droit à une science de systématisation<sup>335</sup> ou d'interprétation<sup>336</sup>.

Reste que si l'on se réfère à la définition du Littré, la science est une notion imprécise : « une connaissance qu'on a de quelque chose », voire un « ensemble, système de connaissances sur une matière »<sup>337</sup> ; ce qui laisse à penser qu'il existe une science du droit<sup>338</sup> qui découle d'un cheminement intellectuel<sup>339</sup>.

Il n'en demeure pas moins que le droit induit des solutions multiples ; c'est un art de l'équilibre alors que la science ne comporte d'ordinaire qu'une résolution à un problème<sup>340</sup>.

***Le droit pressé par les questions scientifiques.*** Même si nous avons beaucoup de mal à définir clairement la science, les questions scientifiques nous pressent, nous sentons que le présent doit être sans cesse transformé.

Les réactions sont immédiates et notre sensibilité à l'urgence est exacerbée. C'est un phénomène que l'on a appelé avec justesse le sacre du présent<sup>341</sup>.

Les juristes en ressentent les effets : valorisation de l'émotionnel, demande pressante de nouvelles législations, généralisation des mesures d'urgence.

---

<sup>334</sup> J. Carbonnier, *Droit civil*, T.1, Paris, PUF, Quadrige, Manuels, 1496 p, p. 53.

<sup>335</sup> « Toute science systématise ; mais le droit, sous un certain aspect semble n'être que cela ». *ibid.* p. 54.

<sup>336</sup> « L'application d'une règle de droit, sauf simplicité exceptionnelle, suppose une interprétation préalable, un intermédiaire entre la règle et les faits ». *ibid.* p. 55.

<sup>337</sup> <http://litre.reverso.net/dictionnaire-francais/definition/science>

<sup>338</sup> J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, Paris, PUF, Quadrige, 1994, p. 395 : « Le droit, c'est de la science – et la science n'est que du fait- enserrée dans une forme de droit. » ; Au Professeur Catherine Puigelier d'ajouter que « dans le domaine de l'imperceptible (ou de celui de réalité métaphysique), le droit n'est donc pas une science, mais il est scientifique dès lors qu'il s'appuie sur des données fournies par la science ». *Droit, réalité et science*, RGDM, n°9, mars 2003, pp. 133-150.

<sup>339</sup> V. C. Puigelier, *De la conscience de la science par le droit*, RGDM, n°11, décembre 2003, pp. 197 à 226 ; C. Puigelier, *Le chemin intellectuel du créateur de la règle de droit (approche philosophique)*, rédigée sous la direction de M. le professeur Patrice Vermeren, Paris-VIII, 2003, n°17.

<sup>340</sup> H. Roland, L. Boyer, *Adages du droit français*, 4<sup>e</sup> éd, Paris, Litec, 1999, 1021 p, p. 373 : « Mais si le mot science recouvre un ensemble de connaissances exactes, raisonnées et coordonnées, ayant un objet déterminé et une méthode propre, il est indiscutable qu'existe une science du droit : celle-ci a pour objet l'étude des comportements sociaux et la formulation de règles de conduite ; elle a une méthode spécifique d'élaboration et d'application de la norme. La vérification de cette idée est facile, qu'on se place de *Lege lata* ou de *lege ferenda* ». (...) Nonobstant, on reconnaîtra que le droit est aussi un art, qu'il existe un art de légiférer, un art de juger, un art d'interpréter. Ce qui empêche, d'ailleurs, le droit d'être uniquement une science, c'est le principe du contradictoire, inséparable de la notion de procès ». *ibid.* p. 375.

<sup>341</sup> Z. Laidi, *Le sacre du présent*, Paris, Flammarion, 1997, 278 p.

***Des données acquises de la science en droit de la responsabilité médicale.*** Depuis l'arrêt Mercier, les professionnels de santé doivent respecter nous dit-on les données acquises de la science.

La dénomination données acquises de la science ne nous semble pas tout à fait heureuse car c'est un oxymore. Les données scientifiques sont appelées à être renouvelées et perfectionnées. Elles ne sont jamais véritablement acquises.

On pourrait parler plus précisément des données actuelles de la science<sup>342</sup> (même si des auteurs trouvent l'exigence trop stricte<sup>343</sup>) dans la mesure où ce qui est jugé acquis ne peut dépendre de variables temporelles. Par exemple, l'utilisation fréquente de la saignée a longtemps été considérée comme une donnée médicale acquise.

Il s'avère que le terme acquis renvoie plutôt au respect de l'héritage médical et des dernières données de la science dans le domaine ; tout cela compose un ensemble de savoirs que le professionnel de santé est supposé avoir justement acquis.

Peu importe la formulation au fond, les juges restent « généralement attachés à la formule ciselée en 1936 »<sup>344</sup>.

La Cour de cassation a rappelé<sup>345</sup> l'importance de ces données acquises de la science dans son rapport annuel de 2000<sup>346</sup>.

Les termes données, acquises et scientifiques renvoient finalement à une croyance<sup>347</sup>. Pour autant, à part une thèse en ce sens<sup>348</sup>, rares sont les juristes qui s'aventurent à chercher la signification des données scientifiques acquises<sup>349</sup>.

---

<sup>342</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 29 décembre 1954 : D. 1955, jur., pp. 249 et s., note R. Savatier ; Cass. 1<sup>re</sup> civ, 28 juin 1960 ; JCP 1960, II, 11787, note R. Savatier ; voir aussi « l'état actuel des données de la science » : Cass. 1<sup>re</sup> civ, 20 janvier 1982 : JCP 1982, II, 19877, note F. Chabas ; La jurisprudence continue parfois d'emprunter le terme « données actuelles de la science » v. Crim, 29 juin 2010, Bull. crim.2010, n°120, pourvoi n°09-81.661, Rapport annuel de la Cour de cassation 2010, La Documentation Française, p. 449.

<sup>343</sup> G. Canselier, *Les données acquises de la science : les connaissances scientifiques et la faute médicale en droit privé*, op. cité : « Si les juges entendent appliquer à l'adjectif actuel son sens littéral, cette formulation est éminemment critiquable : la constante transformation des connaissances médicales, la prolifération des écoles confrontent le praticien à des problèmes insurmontables de temps et de choix (...) à la lumière des « données actuelles » de la science, la prudence et la diligence d'un médecin sont beaucoup plus rigoureusement appréciées ».

<sup>344</sup> Ibid. p. 322

<sup>345</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 30 avril 2014, n°13-14.288, Bulletins des arrêts des chambres civiles, avril 2014.

<sup>346</sup> [https://www.courdecassation.fr/publications\\_26/rapport\\_annuel\\_36/rapport\\_2000\\_98/troisieme\\_partie\\_jurisprudence\\_cour\\_104/responsabilite\\_civile\\_assurances\\_109/responsabilite\\_civile\\_5891.html](https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2000_98/troisieme_partie_jurisprudence_cour_104/responsabilite_civile_assurances_109/responsabilite_civile_5891.html)

<sup>347</sup> G. Canselier, *Les données acquises de la science : les connaissances scientifiques et la faute médicale en droit privé*, op. cité, p. 7 : « Quoi qu'il en soit, la jurisprudence, en faisant entrer la science dans les références du jugement oblige à déterminer ce qu'il faut entendre par chacun des termes : « les données », « acquises », de la « science ». » (...) « (...) une donnée n'est acquise que si la communauté scientifique y adhère et la considère effectivement comme acquise, au risque de se tromper s'il advient qu'une critique ou qu'une découverte, qui au premier abord dérange, apporte un démenti à la croyance commune. Il en va de la science comme du droit ou même de la religion : elle repose en partie sur de la croyance ».

<sup>348</sup> Ibid. ; v. aussi : B. Chérigny, *L'expert médical : auxiliaire de justice, Réflexions d'un bétien sur l'expertise en matière de responsabilité contractuelle du médecin*, in *Mélanges en l'honneur de Jean-Henri Soutoul*, Bordeaux, Les Etudes Hospitalières, éd. 2013, pp. 57-93.

<sup>349</sup> J-S. Borghetti, Av. propos, p. 9 in ibid : « en dépit des appels récurrents à l'interdisciplinarité, il est rare que les juristes s'aventurent au-delà des frontières de la technique et de la dogmatique juridiques autrement que par quelques références, d'ordinaire assez convenues, à des philosophes illustres ou de saison. Et lorsque le droit rencontre véritablement d'autres

La raison en est que les tribunaux n'ont « pas à départager Hippocrate et Gallien »<sup>350</sup>, ni à s'immiscer dans les querelles d'écoles<sup>351</sup>.

Les juges peuvent s'appuyer au besoin sur un technicien<sup>352</sup>, voire se référer à des recommandations de bonnes pratiques<sup>353</sup>. De toute évidence, la « prudence générale constitue la seule vraie et constante règle d'appréciation »<sup>354</sup>.

D'ailleurs, le respect des recommandations n'induit pas de fait une absence de responsabilité ; les juges apprécieront les règles de prudence. Le Professeur François Terré a démontré que « deux tentations guettent le droit, toutes deux contestables, toutes deux contraires à sa nature : l'une inciterait à ignorer les données nouvelles de la science en fondant les réponses sur les seules pesanteurs de la tradition, ce qui est vain, inopportun et même dangereux. L'autre tentation, inverse, porterait à s'incliner passivement devant les exploits de la science en confondant normes scientifiques et normes juridiques, en tirant celles-ci de celles-là par la seule lecture d'un réel sans cesse renouvelé »<sup>355</sup>.

In fine, tout est une affaire d'équilibre ; le juge ne doit pas ignorer les dernières connaissances de la science tout comme il ne doit pas les intégrer sans recul dans la réflexion juridique.

Le juge est soumis aux données scientifiques (a). Et, partant de ce constat, il convient de réfléchir à la meilleure manière de les appréhender à l'aune de sa liberté d'appréciation (b).

---

disciplines, il joue très souvent un rôle pour ainsi dire passif, les règles juridiques ou les juristes étant étudiées « de l'extérieur » par des non-juristes, notamment sociologues ou économistes ».

<sup>350</sup> Selon la formule du Professeur G. Mémeteau, *Cours de droit médical*, op. cité, p. 488.

<sup>351</sup> CA, Toulouse, 20 mars 2000, *Juris-data* 117570 : « La contradiction entre l'opinion de l'expert et celles des autres médecins sollicités par l'appelant s'analyse en une querelle d'école sur la nécessité d'une intervention immédiate ou au contraire plus tardive en une telle situation. Elle ne permet pas de faire même présumer l'existence d'une faute en relation avec les séquelles constatées ».

<sup>352</sup> O. Leclerc, *Le juge et l'expert. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, Paris, LGDJ, 2005, préface, A. Lyon-Caen.

<sup>353</sup> CE, 12 janvier 2005, AJDA 16 mai 2005, p. 1008, obs. J.-P. Markus ; v. CE, 16 mars 2011, AJDA 4 juillet 2011, p. 1326, concl. Landais ; Veille IDS 120. 16/30 avril 2011, p.3 ; JCP 2011, 945, p. 1569, obs. G. Eveillard ; C. Mascret, *Le statut juridique des recommandations de bonnes pratiques en matière médicale*, Les Petites Affiches, n°187, 20 septembre 2011, p. 7 ; A. Turpin, *Références médicales opposables, recommandations de bonnes pratiques et responsabilité des médecins*, Sous Cass. 1<sup>re</sup> civ, 13 février 2007, n°06-11.879, Revue droit & santé n°17, mai 2007, pp. 335-336.

<sup>354</sup> G. Mémeteau, *Cours de droit médical*, op. cité, p. 492.

<sup>355</sup> F. Terré, *Introduction générale au droit*, 3<sup>e</sup> éd, Paris, Dalloz, p. 26.

## a) Le juge est soumis à la science

Les juges administratifs et civils, comme les juridictions pénales ou les commissions de conciliation<sup>356</sup>, ont fait des règles de l'art et/ou le respect des données acquises de la science<sup>357</sup> une variable de la responsabilité (ce que la loi lui impose parfois<sup>358</sup>).

***La pratique médicale jugée selon les règles de l'art.*** Pour ce faire, ils recherchent avant tout si l'acte médical était conforme aux règles de l'art<sup>359</sup>, comme son déroulement<sup>360</sup>. Pour ainsi dire, le juge civil et le juge administratif procèdent sur le principe de la même manière.

Le premier évoque les manquements aux règles de l'art, voire à la conformité aux plus hauts standards de l'art chirurgical<sup>361</sup>. Le second rappelle de manière identique la nécessité de réaliser un acte médical conformément aux règles de l'art<sup>362</sup> et ce d'autant plus si l'expert estime qu'il a été parfaitement procédé à l'acte médical<sup>363</sup>.

Cela implique selon Guillaume Canselier que « la référence aux règles de l'art permet principalement de caractériser la faute dans la réalisation matérielle de l'acte médical »<sup>364</sup>, le concept est ainsi éminemment pratique.

---

<sup>356</sup> G. Mémeteau, *Le tango des CRCI : deux pas ici, un pas par-là ! : un guichet ou une commission ; une juridiction !*, Médecine & Droit, 2006, pp. 17 et s., spéc .pp. 18 et 19 : « On pense évidemment aux commissions régionales de conciliation et d'indemnisation. Tenues de rendre des avis « sur les circonstances, les causes, la nature et l'étendue des dommages, ainsi que sur le régime d'indemnisation applicable », elles sont constamment amenées à apprécier la conformité des soins aux données acquises de la science. Sur le long terme, il n'est d'ailleurs pas impossible que leurs évaluations en viennent à influencer le traitement judiciaire du contentieux de la responsabilité médicale. De ce point de vue, il est regrettable que les avis émis par ces commissions échappent, pour des raisons de confidentialité, au regard du juriste ».

<sup>357</sup> G. Canselier, *Les données acquises de la science : les connaissances scientifiques et la faute médicale en droit privé*, op. cité, pp. 347-348 : « Les règles de l'art sont en partie constituées de savoirs implicites parfois difficiles à verbaliser. L'expérience est un facteur essentiel pour la possession de ce savoir-faire technique. A l'inverse, les données acquises de la science font référence à un ensemble de connaissances explicites caractérisées par leur réfutabilité. Ceci justifie qu'en jurisprudence, les règles de l'art servent principalement à jauger l'exécution matérielle d'un acte. Il convient toutefois de reconnaître que les décisions échappent partiellement à la systématisation ».

<sup>358</sup> La loi n°2007-308 du 5 mars 2007 a introduit dans le code civil l'article 442 qui dispose que des mesures de curatelle et de tutelle peuvent être allongées « lorsque l'altération des facultés personnelles de l'intéressé (...) n'apparaît manifestement pas susceptible de connaître une amélioration selon les données acquises de la science » ; L'article R. 4127-32 du code de la santé publique rappelle que « dès lors qu'il a accepté de répondre à une demande, le médecin s'engage à assurer personnellement au patient des soins consciencieux, dévoués et fondés sur les données acquises de la science, en faisant appel, s'il y a lieu, à l'aide de tiers compétents ».

<sup>359</sup> CE, 13 mars 1987, *M<sup>lle</sup> Lamour*, req. n° 60776.

<sup>360</sup> CE, 27 septembre 2002, *M<sup>me</sup> Sainty*, ADJA 2002, p. 1512.

<sup>361</sup> CA. Montpellier, 17 février 2015, n°13/04907, n°JurisData : 2015-006395 ; CA, Paris, 27 février 2015, n°13/11870, n°JurisData : 2015-005135 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ, 4 février 2015, n°13-28.513, n° JurisData : 2015-001832.

<sup>362</sup> CE, sous-section 5, 13 février 2015, n°366133, n°JurisData : 2015-002934 ; CAA. Nantes, Chr. 3, 5 février 2015, n°13NT03288.

<sup>363</sup> CAA, Versailles, 1er juillet 2014, chr. 4, n°13VE01003, n° JurisData : 2014-020349.

<sup>364</sup> G. Canselier, *Les données acquises de la science : les connaissances scientifiques et la faute médicale en droit privé*, op. cité, p. 348.

Pour Portalis, la science devait permettre de concrétiser un savoir technique ; l'érudition du médecin doit se réaliser à travers les règles de l'art<sup>365</sup>. De ce fait, il semblerait que la notion des règles de l'art soit plus concrète que les données acquises de la science car on peut connaître les secondes sans pouvoir les appliquer correctement.

La notion, il est vrai, est indéfinissable et floue ; elle dépend considérablement des circonstances<sup>366</sup>. Elle permet, comme un étalon de mesure, de mesurer l'écart entre ce qui a été fait et ce qui aurait dû être fait.

Si les règles de l'art ne sont pas des données juridiques, le juge, en se retranchant derrière le rapport d'expert, lui donnera pourtant tous les effets juridiques qui en découlent. De cette façon, on peut légitimement se demander si, de tout temps, il n'a pas existé qu'une seule faute médicale, celle qui résulte d'une infraction aux règles de l'art<sup>367</sup> ; les données acquises de la science étant pour Pierre Sargos la norme des normes<sup>368</sup>.

A cette fin, le juge se place naturellement à l'époque des faits<sup>369</sup>. On sait le juge soumis aux données scientifiques : l'affirmation cache derrière sa trivialité un questionnement plus profond sur ses rapports avec le scientifique.

***Des rapports ambigus entre le droit et la science.*** Ce questionnement global sur la science est relativement ancien dans les sciences humaines.

Dès 1637, Descartes expose dans son *Discours de la méthode*<sup>370</sup> sa conception du raisonnement scientifique et tente dans son ouvrage sur *Les principes de la philosophie* de donner des fondements rigoureux à la philosophie<sup>371</sup>. De même, la philosophie des sciences constitue aujourd'hui une branche de la philosophie à part entière<sup>372</sup>.

Il existe d'ailleurs une sociologie des sciences qui étudie la production des connaissances scientifiques par le biais des pratiques des laboratoires, des enjeux autour des publications...

---

<sup>365</sup> J.-E.-M. Portalis, *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le XVIII<sup>e</sup> siècle*, 3<sup>e</sup> éd, T. 1, Paris, Outardier, 1834, p. 116 : « La simple érudition n'est qu'un dépôt de faits et de matériaux divers ; la science suppose ce dépôt, mais elle le transforme en propriété et elle en règle l'usage ».

<sup>366</sup> G. Mémeteau, *Essai sur la liberté thérapeutique du médecin. Etude de droit français positif*, thèse Poitiers 1973, p. 182, n°410 : « Le juge rendra une simple décision juridique, dans un litige déterminé. Que dans certaines circonstances, un médecin ait commis une faute de choisir telle thérapeutique, ne signifiera aucunement que, dans d'autres circonstances, ce même praticien, ou ses confrères, ne puissent l'adopter à nouveau. Le traitement ne sera pas en lui-même condamné ».

<sup>367</sup> v. la conclusion de A. Toublanc, *De la prétendue disparition de la faute lourde en matière de responsabilité médicale*, AJDA. 2004. 1173.

<sup>368</sup> P. Sargos, *Approche judiciaire du principe de précaution en matière de relation médecin/patient*, JCP éd. g, 10 mai 2000, n°19.

<sup>369</sup> CE, 25 juillet 1986, *CHR Saint-Étienne*, RD publ. 1987. 2, obs. Y. Gaudemet ; 26 mai 1989, *CHU d'Amiens*, Rec. CE, tables, p. 933, Gazette du Palais, 23-24 février 1990.23 ; CAA, Bordeaux, 11 juin 1991, Dr. adm. 1991, n°51.

<sup>370</sup> R. Descartes, *Discours sur la méthode*, Paris, Flammarion, 2000, 189 p.

<sup>371</sup> R. Descartes, *Les principes de la philosophie*, Paris, Librairie Philosophique Vrin, Bibliothèque des textes philosophiques, 2000, 158 p.

<sup>372</sup> D. Lecourt, *La philosophie des sciences*, 5<sup>e</sup> éd, Paris, PUF/Que sais-je ? 2010, 128 pages.

Ce champ de recherche a été initié par le sociologue Robert K. Merton avec son article célèbre de 1942 *the normative structure of science*<sup>373</sup> en associant la science à une structure normée. Depuis, cette réflexion a été poursuivie par d'éminents sociologues français<sup>374</sup>.

A l'instar du droit, la sociologie est aussi confrontée à la question de sa scientificité comme le relève Pierre Bourdieu : « la sociologie montre que le monde scientifique est le lieu d'une concurrence qui est orientée par la recherche de profits spécifiques, prix Nobel et autres, priorité de la découverte, prestige, etc. et menée au nom d'intérêts spécifiques c'est-à-dire irréductibles aux intérêts économiques en leur forme ordinaire et perçus de ce fait comme « désintéressés ». Cette description remet évidemment en question une hagiographie scientifique dont participent souvent les scientifiques et dont ils ont besoin pour croire à ce qu'ils font »<sup>375</sup>.

De la sorte, personne ne peut véritablement s'accaparer le savoir scientifique, ni en prévoir les développements. La science répond intrinsèquement, pour reprendre les termes de Michael Polanyi, à une logique de liberté<sup>376</sup>.

Chez les juristes, la science a toujours été l'objet de sentiments ambivalents<sup>377</sup>.

**Entre vérité scientifique et vérité judiciaire.** Guillaume Canselier résume ainsi la controverse : « chez les uns, c'est le sentiment d'un impérialisme de la science sur le terrain du droit qui l'emporte. Chez les autres, c'est le regret qui prédomine, suscité par le constat d'une insuffisante adaptation du droit aux découvertes de la science. Dans ces discussions, c'est de rapports de force qu'il est question. On débat de la pertinence ou de l'autorité des arguments scientifiques en droit, mais guère de *ce qu'est* la science pour le droit. La qualification est en quelque sorte occultée. Elle est pourtant indispensable à tout juriste qui entend se référer aux données de la science »<sup>378</sup>.

A dire vrai, le doyen Ripert énonçait jadis que « les données nouvelles de la science laissent le juriste indifférent parce que le droit se soucie peu de la vérité scientifique »<sup>379</sup> car il a sa vérité judiciaire<sup>380</sup>.

---

<sup>373</sup> R. K. Merton, *The Normative Structure of Science* (1942) in Storer N.W. (ed.), « The Sociology of Science », Chicago, 1973, University of Chicago Press, pp. 267-278.

<sup>374</sup> B. Latour, S. Woolgar, *La vie de laboratoire : la production des faits scientifiques*, Paris, La Découverte, 2005, 229 pages ; B. Latour, *La science en action : introduction à la sociologie des sciences*, Paris, La Découverte, Nouvelle éd. 2005, 664 pages.

<sup>375</sup> P. Bourdieu (entretien av. ) par P. Thuillier, *La sociologie est-elle une science ?* Paris, La Recherche : l'actualité des sciences, n°99, mai 2000, n°99, mai 2000, p. 69 ; I. Prigogine, I. Stengers, *La nouvelle alliance. Métamorphose de la science*, Paris, Gallimard, 1986, p. 46 : La science est « partie intégrante de la culture au sein de laquelle elle se développe » ; sur la dimension sociale de la science : M. Polanyi, *Science, faith and society*, Chicago, University of Chicago Press, 1964.

<sup>376</sup> M. Polanyi, *La logique de la liberté*, Paris, PUF, Libre échange, 1989, 256p.

<sup>377</sup> R. Savatier, *Le droit civil de la famille et les conquêtes de la biologie*, D. 1948, chron, p. 33 ; R. Nerson, *L'influence de la biologie et de la médecine modernes sur le droit civil*, RTDC, 1970, p. 661 ; S. Gutwirth, E. Naim-Gesbert, *Science et droit de l'environnement : réflexions pour le cadre conceptuel du pluralisme de vérité*, RIEJ, 1995 ; J. Michaud, *La pénétration du droit par la science*, in « Droit et économie de l'assurance et de la santé. Mélanges en l'honneur de Y. Lambert-Faivre et D.-C. Lambert », Paris, Dalloz, 2002, p. 311.

<sup>378</sup> G. Canselier, *Les données acquises de la science : les connaissances scientifiques et la faute médicale en droit privé*, op. cit., p. 50.

<sup>379</sup> G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 1955, n°14, p. 42.

<sup>380</sup> G. Dalbignat-Deharo, *Vérité scientifique et vérité judiciaire en droit privé*, Bibliothèque de l'Institut André Tunc, Paris, LGDJ, 2004, 497 pages, p. 35 : « A défaut de pouvoir démontrer la certitude d'une solution par un syllogisme scientifique

En revanche, si les juges ne peuvent ignorer les données scientifiques, ils sont libres d'apprécier la pertinence de celles-ci.

#### b) Le juge dispose de sa propre appréciation de la science

Le Doyen Carbonnier notait que « la responsabilité du médecin a été, pour la jurisprudence, l'occasion de fixer sa politique à l'égard de la médecine envisagée comme science »<sup>381</sup>.

On remarquera ainsi que la jurisprudence n'a jamais donné de contours précis à la notion de données acquises de la science préférant rester libre dans l'acception de cette formule<sup>382</sup>.

Les juges rentrent parfois dans des considérations médicales<sup>383</sup>.

La notion incantatoire de données acquises de la science est peu discutée et étudiée comme si elle était transcendante.

***Le juge fixe les limites des usages juridiques de la science.*** Une autre difficulté doit être aussi évoquée : le développement des preuves techniques et scientifiques et les risques de dévoiement de l'appréciation du juge<sup>384</sup>.

C'est le cas notamment de l'imagerie cérébrale qui soulève bien des questionnements<sup>385</sup>, lesquels ne s'arrêtent d'ailleurs pas à la France<sup>386</sup>. Si son usage a été légalisé en France en matière d'expertises judiciaires<sup>387</sup>, son utilisation concrète demeure encore obscure.

Pourtant, d'aucuns soutiennent que « ce sont désormais les techniques d'imagerie cérébrale qui sont appelées à jouer un rôle majeur en justice. Parmi ces techniques, il convient de distinguer celles permettant la mise en évidence d'anomalies morphologiques (lésions, tumeurs, atrophie ou hypertrophie

---

partant de prémisses vraies, le droit se contentera d'un syllogisme dialectique fondé sur des prémisses probables allant à une conclusion probable exprimant non un être, comme c'est le cas en matière scientifique, mais un devoir-être ».

<sup>381</sup> J. Carbonnier, note sous CA Montpellier, 14 décembre 1954 ; D. 1954, jur., pp. 745 et s., citation p. 746.

<sup>382</sup> M. Boitard et R. Fontaine, *La responsabilité médicale et son évolution récente*, in « Le Médecin face aux risques et à la responsabilité », Paris, Fayard, 1968, 456 p. 110 : « la notion de données acquises de la science n'a pas reçu, de la jurisprudence, beaucoup de précision quant au sens et à l'acception de cette formule ».

<sup>383</sup> CA, Paris, 20 février 1998 ; Gazette du Palais, 23-24 octobre 1998, n° spéc. « Droit de la santé », somm, pp. 88 et s. ; les juges caractérisent une faute dans le choix de la technique opératoire ; CA. Paris, 26 février 2004 : Juris-Data, n°2004-24789 : « l'hystérectomie pratiquée [...] constitue en l'espèce un mauvais choix thérapeutique ».

<sup>384</sup> Qui plus est lorsqu'elles sont utilisées pour analyser le cheminement intellectuel du juge : « En 2011, des chercheurs ont examiné 1000 demandes de sursis. Après les pauses, 65% des jugements étaient favorables au sursis alors que juste avant ces pauses, presque tous les jugements y étaient défavorables. L'explication tiendrait au fait que la fatigue mentale (l'épuisement des ressources) conduit à choisir l'option la plus facile (la moins coûteuse) : rejeter la demande » : J-F. Lambert, *Les neurosciences et la justice : l'imagerie cérébrale au tribunal* in *L'esprit au-delà du droit, pour un dialogue entre les sciences cognitives et le droit* (dir. C. Tijus et C. Puigelier), Paris, Mare & Martin, collection sciences cognitives & droit, 284p, p. 182 ; F. Fezzani, *Les sciences du cerveau et le droit*, in *ibid*, p. 193.

<sup>385</sup> J-F. Lambert, *Les neurosciences et la justice : l'imagerie cérébrale au tribunal*, art. précité, pp. 159-190.

<sup>386</sup> V. l'exemple aux Etats-Unis et en Inde : M-C. Sordino, *Le procès pénal confronté aux neurosciences : science sans conscience ?* AJ Pénal. 2014. 58.

<sup>387</sup> Loi n°2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique.

de certaines structures) et celles exprimant plus ou moins directement l'activité cérébrale spontanée ou associée à un état mental particulier »<sup>388</sup>.

De toute évidence, c'est le juge qui sera sollicité pour en fixer les limites comme il a pu le faire en refusant l'usage du détecteur de mensonges ou de l'hypnose<sup>389</sup> comme mode de preuve. Malgré cela, la science inquiète, tant sur le plan moral<sup>390</sup> que juridique.

Différents auteurs ont bien mesuré « le risque de décharger les magistrats de leur intime conviction si les sciences cognitives ne leur sont pas compréhensibles. En effet, un magistrat qui ne sait pas ce que recouvrent les sciences cognitives risque de décharger sa décision sur les conclusions de l'expert scientifique et se défaire ainsi de son rôle »<sup>391</sup>.

En ce sens, nous ne pouvons que rejoindre les auteurs qui appellent à « promouvoir des programmes de recherche et d'enseignement en « neurodroit », permettant de distinguer les différents types d'imagerie, de démystifier l'imagerie fonctionnelle, et de mieux prendre en compte les biais qui affectent les décisions de justice »<sup>392</sup>. La science imposera tôt ou tard au droit de sortir de son isolement.

***La science et le droit ne sont jamais certains.*** La science est un ensemble de données organisées qui ne bénéficie pas d'une structure figée ou d'une vérité globale établie (le rôle qu'on assigne tant à la justice qu'à la science varie d'une époque à une autre)<sup>393</sup>.

Un tel consensus pourrait plus aisément trouver un écho dans les sciences dites dures mais la médecine n'en est pas une. Elle a, comme le prétend Didier Sicard, ses vérités incertaines<sup>394</sup>.

Au juge de prendre le pari d'une vérité ; c'est ce que souligne en substance Olivier Leclerc dans sa thèse : « lorsqu'un juge est confronté à une question scientifique ou lorsqu'un législateur réglemente une pratique scientifique ou ses conséquences, ils prennent un parti plus ou moins explicite sur les caractères que l'activité scientifique doit présenter pour remplir, aux yeux du droit, des conditions de scientificité »<sup>395</sup>.

C'est ainsi que la cour administrative d'appel de Paris a jugé que les conclusions des conférences de consensus ne procèdent d'aucun pouvoir normatif mais sont nécessairement récognitives de données médicales avérées dont l'efficacité a subi l'épreuve du temps<sup>396</sup>.

---

<sup>388</sup> J-F. Lambert, *les neurosciences et la justice : l'imagerie cérébrale au tribunal*, art. précité, p. 167.

<sup>389</sup> Cass. crim, 12 décembre 2000, n°00-83.852 ; Cass. crim, 28 novembre 2001, n°01-86.467.

<sup>390</sup> En Grande-Bretagne, le détecteur de mensonge est utilisé en matière de fraude aux allocations : M. Herzog-Evans, *Le détecteur de mensonges*, *Revue de droit du travail* 2008, p. 484.

<sup>391</sup> F. Fezzani, *Les sciences du cerveau et le droit*, art. précité, p. 193.

<sup>392</sup> *Ibid.* p. 190.

<sup>393</sup> L. Lemire, *Ces savants qui ont eu raison trop tôt*, Paris, Tallandier, Texto, 272 p.

<sup>394</sup> D. Sicard, *La médecine et ses vérités incertaines*, *Revue des deux mondes*, Octobre/novembre 2002, p. 189.

<sup>395</sup> O. Leclerc, *Le juge et l'expert. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, préf. A. Lyon-Caen, Paris, LGDJ, 2005, n°2, pp. 3 et 4.

<sup>396</sup> CAA Paris, 26 février 1998, *CHG Léon Binet de Provins*, Dr. adm. 1999, n°237, obs. M. Heers.

De surcroît, le juge est aussi soucieux des recommandations de bonnes pratiques<sup>397</sup> élaborées aujourd'hui par la Haute autorité de santé<sup>398</sup> comme l'a rappelé le Conseil d'Etat<sup>399</sup>.

Reste que ces recommandations sont éparses et difficiles d'accès<sup>400</sup> et que la question de leur obsolescence est régulièrement posée<sup>401</sup>.

***De la difficulté de définir et d'appréhender les données scientifiques.*** Il est difficile d'évaluer précisément ce que les juristes intègrent comme données scientifiques<sup>402</sup> et celles qui seront catégorisées comme telles<sup>403</sup> par les juges du fond.

Cette recherche induit nécessairement un jugement de qualité et de valeur<sup>404</sup>. En réalité, il n'est pas aisé de déterminer ce qui est de l'ordre du scientifique de ce qui ne l'est pas. Comme le souligne Claude Sureau, une donnée peut être acquise mais, si cette connaissance n'est pas généralisée, elle n'est toujours pas actuelle<sup>405</sup>.

Pour ainsi dire, le juge doit toujours conserver sa liberté d'appréciation et puiser dans ce que le Professeur Atias nommait « l'expérience commune, dans une culture non spécialisée, ni savante »<sup>406</sup>.

---

<sup>397</sup> M-F. Callu, *Les recommandations de bonnes pratiques confrontées au droit de la responsabilité médicale*, Revue droit & santé n°15, janvier 2007, pp. 29 à 39 ; ST. Ségui-Saulnier, *Quelle est la portée juridique des recommandations de bonne pratique ?* Droit et jurisprudence, septembre.-octobre 2005, n° 506, p. 38. ; B. Kouchner, *Les recommandations de bonne pratique, un outil de dialogue, de responsabilité et de diffusion de l'information*, 2002, p. 7, www.sante.gouv.fr.

<sup>398</sup> CE, 12 janvier 2005, *Kerkerian*, req. n°256001, AJDA 2005. 1009, note J.-P. Markus, RD sanit. soc. 2005.496, obs. J. Moret-Bailly ; même si le juge administratif ne prend pas part aux débats scientifiques : J.-S. Boda, *Le contrôle juridictionnel des recommandations de bonne pratique adoptées par la Haute autorité de santé*, RDA, n°5, mai 2015, comm.32, note sous CE, 23 décembre 2014, n° 362053.

<sup>399</sup> CE, 26 septembre 2005, AJDA, 13 février 2006, p. 308, note J. P. Markus ; E. Giorgetti de Saint Jean, *La portée des recommandations de bonnes pratiques à la lumière de la lecture du 26 septembre 2005 par le Conseil d'État*, Revue Droit et Santé, Mai 2006, n° 11, p. 297.

<sup>400</sup> M-F. Callu, *Les recommandations de bonnes pratiques confrontées au droit de la responsabilité médicale*, art. cité : « Si certaines recommandations de bonnes pratiques vont faire l'objet d'une homologation par le ministère, ce n'est pas le cas général. Beaucoup de ces textes vont émaner de conférences de consensus, de publication d'articles, de travaux de congrès scientifiques ou de sociétés savantes. Les lois et les règlements sont publiés au Journal officiel. (...) L'article L. 162-12-15 du Code de la santé publique prévoit plusieurs hypothèses de diffusion de l'information, mais ne fixe pas de date de prise d'effet dans ces différents cas ».

<sup>401</sup> « La question de l'obsolescence d'une recommandation est éminemment difficile à traiter en droit car cela signifie qu'une recommandation, qui a été admise par la communauté scientifique, est contestée par une partie de celle-ci avant qu'une réactualisation de ce texte ait été entreprise ». *ibid.*

<sup>402</sup> P. Amselek, *La part de la science dans les activités des juristes*, D. 1997, Chro, pp. 337-342 : « Si différentes que soient ces utilisations de la science, il est extrêmement ardu de déterminer celle qu'emploie le responsable dans sa prise de décision. C'est la raison pour laquelle la place réelle de la science dans l'élaboration du droit est souvent si délicate à évaluer. Toutefois, il est des situations où le rôle déterminant de la science est difficilement contestable. Tel est le cas lorsque les règles de droit incorporent directement en leur sein une référence aux connaissances scientifiques ».

<sup>403</sup> F. Terré, *Introduction générale au droit*, 6<sup>e</sup> éd, Paris, Dalloz, 2003, n°325, p. 321 : « Le droit se réalise à l'aide de *catégories juridiques*, c'est-à-dire de cadres dans lesquels prennent place les éléments de la vie juridique, selon leurs natures et leurs ressemblances ».

<sup>404</sup> SL. Laghmani, *Le concept de science du droit*, Revue Tunisienne de Droit, 1992, p. 287.

<sup>405</sup> « Dès 1821, la valeur de l'auscultation était une donnée acquise, que la suite des événements et au 20<sup>e</sup> siècle le renfort de l'électronique confirmèrent, ce n'était pas pour autant une donnée actuelle ». C. Sureau, *Les trois fautes de Frédéric Hélie*, in Bulletin de l'Académie nationale de médecine, 2000, 184, n°9, 1963-1975, séance du 19 décembre 2000, p. 1968.

<sup>406</sup> C. Atias, *Epistémologie juridique*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 69 et 70, n°105.

De plus, les fondements de la responsabilité médicale, en poussant jusqu'à ses derniers retranchements la notion de faute<sup>407</sup> (qui plus est dans un système assurantiel), reposent avant tout sur des impératifs humains, éthiques<sup>408</sup> sur le bénéfice-risque ou de bon sens et de prudence<sup>409</sup>.

C'est pourquoi on retrouve le respect de la personne humaine ou la nécessité de délivrer une information loyale, claire et appropriée.

A ce titre, les juges ne se limitent pas aux données acquises de la science. Ils vérifient avec minutie si l'acte est conforme à la pratique courante du bon professionnel de santé<sup>410</sup>.

C'est ce qu'on nomme le *bonus medicus*<sup>411</sup> (sans en avoir un modèle achevé)<sup>412</sup> ; ainsi condamnent-ils la simple maladresse<sup>413</sup>, l'erreur d'appréciation<sup>414</sup>, voire le manque de précision<sup>415</sup>.

Toutefois, c'est bien l'expert qui définit ce que sont les données acquises de la science<sup>416</sup> ; elles reposent généralement sur les travaux de professeurs reconnus et de leurs pratiques<sup>417</sup>.

Le juge est donc un « maître qui ne saurait se passer de serviteurs » selon les termes du Professeur Lyon-Caen<sup>418</sup>.

Dès lors, il faut espérer comme lui que de plus en plus de contestations seront soulevées eu égard à la meilleure accessibilité des données scientifiques. Les avocats et les médecins conseils peuvent jouer ainsi un rôle déterminant en enrichissant le principe du contradictoire par des études opposées.

De ce débat scientifique, les juges pourront parfois apprécier la valeur des pièces qui leur sont soumises et n'auront pas à se fier de fait à la totalité des conclusions de l'expert. Par conséquent, il faut aussi

---

<sup>407</sup> P. Sargos, *Réflexions sur les accidents médicaux et la doctrine jurisprudentielle de la Cour de cassation en matière de responsabilité médicale*, D. 1996, chron., p. 367.

<sup>408</sup> R. Savatier, J.-M. Auby, J. Savatier et H. Pequignot, *Traité de droit médical*, Paris, Librairies techniques, 1956, pp. 291 et s., n°311 et 312, p. 240, n°262 : « Il doit d'une part, se conformer à l'humanisme médical. Celui-ci se rattache à son ministère, source première de ses devoirs de conseil et d'assistance. D'autre part, il exerce une technique dont il doit connaître les règles pour y conformer sa conduite. Dans cette technique se retrouvent les mêmes devoirs de conseil et d'assistance. Mais l'élément contractuel y prévaut ».

<sup>409</sup> CA. Paris, 22 janvier 1913 : *Gazette du Palais*, 1913, II, p. 130.

<sup>410</sup> Les juges « distinguent avec beaucoup de constance la faute commise dans la conception de l'acte médical de celle commise dans sa réalisation matérielle ». A. Penneau, *Règles de l'art et normes techniques*, Paris, LGDJ, Thèses, Bibliothèques de droit privé, tome 203, 1989, 296 p, p. 49.

<sup>411</sup> F. Bouvier, *La responsabilité médicale*, *Gazette du Palais*, 1984, I, p. 285.

<sup>412</sup> G. Canselier, *Les données acquises de la science : les connaissances scientifiques et la faute médicale en droit privé*, op. cité : « en vérité, les magistrats n'ont pas à leur disposition un modèle achevé du bon médecin. Ils se contentent, collectivement, d'en ébaucher, par petites touches successives, un portrait constamment retravaillé. Le raisonnement judiciaire ne part pas de ce modèle abstrait pour définir le comportement adéquat. Plus sûrement, il s'attache directement à déterminer la conduite appropriée en confrontant les argumentations des plaideurs éclairés à la lumière de l'expertise. C'est ici qu'intervient le standard des données acquises de la science ». *ibid.* pp. 344-345.

<sup>413</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 7 janvier 1997 : *Bull.* n°6 ; rapp. P. Sargos, note D. Thouvenin.

<sup>414</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 13 mai 1998 : *Bull.* n°174.

<sup>415</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 5 juillet 1978 : *Bull.* n°259 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ, 9 octobre 2001 : *Bull.* n°248.

<sup>416</sup> C. Atias, *Les références médicales opposables : révolution ou continuité ?* RDSS, 1995, p. 23, n°3 : « Le juge ne se saisit [des données acquises de la science] qu'*a posteriori* [...]. Elles ne prennent pour lui un contenu réel qu'après expertise – expertise médicale éclairant le juge – d'un cas d'espèce par hypothèse litigieux ».

<sup>417</sup> P. Sargos, *Approche judiciaire du principe de précaution en matière de relation médecin/patient*, JCP 2000, I, 226, n°11.

<sup>418</sup> G. Lyon-Caen, *Plaidoyer pour le droit et les juristes*, in « Convergences. Etudes offertes à Marcel David », réunies par F. Babinet, J. Freyssinet, J. Le Goff et M. Offerlé, Rennes, Ed. Calligrammes, 1991, p. 301.

songer au fait que la communauté scientifique n'est pas une autorité incontestable ; aucune de ses solutions ne sont unanimes.

Blaise Pascal nous disait très justement que la science est une « ignorance savante qui se connaît »<sup>419</sup>. A défaut de règle spécifique, le juge dispose d'une marge de manœuvre assez étendue comme l'a toujours suggéré le Doyen Carbonnier<sup>420</sup>.

***De l'existence de débats contradictoires dans les données scientifiques : l'exemple des vaccins et du jeûne.*** Il suffit de revenir un instant sur les débats sempiternels entourant les vaccins. Le *British Medical Journal* avait alerté l'opinion publique sur les dangers du vaccin contre la grippe H1N1 Pandemrix soutenant qu'il avait causé des milliers de cas de narcolepsie chez les enfants sans que son efficacité ne soit attestée<sup>421</sup>.

D'autres publications émettaient des critiques notables sur les liens entre la vaccination contre la grippe et la maladie de Guillain-Barré<sup>422</sup>. Enfin, la vaccination contre l'hépatite B fut aussi très contestée dans la communauté scientifique si bien que le Conseil d'Etat a reconnu le lien de causalité entre cette vaccination et certaines maladies<sup>423</sup>.

La vaccination obligatoire divise encore les experts<sup>424</sup> quand les médecins émettent des doutes<sup>425</sup>.

Un autre débat concernait la pratique du jeûne. Le Norris Hospital de Los Angeles, spécialisé dans la lutte contre le cancer, a mené entre 2008 et 2009 des essais thérapeutiques sur le jeûne avec dix patients.

---

<sup>419</sup> B. Pascal, *Pensées sur la justice : trois discours sur les grands*, Paris, Flammarion, 2011, 416 p, pensée 327 : « Le monde juge bien des choses, car il est dans l'ignorance naturelle, qui est le vrai siège de l'homme. Les sciences ont deux extrémités qui se touchent. La première est la pure ignorance naturelle où se trouvent tous les hommes en naissant. L'autre extrémité est celle où arrivent les grandes âmes, qui, ayant parcouru tout ce que les hommes peuvent savoir, trouvent qu'ils ne savent rien, et se rencontrent en cette même ignorance d'où ils étaient partis ; mais c'est une ignorance savante qui se connaît ».

<sup>420</sup> J. Carbonnier, note sous CA Montpellier, 14 décembre 1954, D. 1955, p. 746 : « La médecine n'a pas toujours à proposer des solutions unanimes acceptées par les médecins ; il y a en médecine, plus que dans les autres disciplines (moins que le droit, toutefois), des opinions, des systèmes, des écoles ».

<sup>421</sup> <http://www.bmj.com/content/346/bmj.f794>

<sup>422</sup> *Guillain-Barré Syndrome After Influenza Vaccination in Adults* archive., David N. Juurlink, Therese A. Stukel, Jeffrey Kwong, Alexander Kopp, Allison McGeer, Ross E. Upshur, Douglas G. Manuel, Rahim Moineddin, Kumanan Wilson, Arch Intern Med. 2006 ; 166 : 2217-2221.

<sup>423</sup> CE, 21 novembre 2012, 3<sup>e</sup> et 8<sup>e</sup> sous-sections réunies, n°344561, publié au recueil Lebon ; *Les cahiers de la fonction publique*, 01/03/2014, pp. 84-85 ; T. Leleu, *Reconnaissance du lien de causalité entre la vaccination contre l'hépatite B et la myofasciite à macrophages*, AJDA, 28 janvier 2013, n°3, pp. 185-189 ; E. Gweltaz, *Vaccination contre l'hépatite B et maladie de service*, Droit administratif, 1<sup>er</sup> février 2013, n°2, pp. 34-37.

<sup>424</sup> M. Girard, *La vaccination aujourd'hui : un débat utile ?*, 09 décembre 2014 dans le cadre d'un débat de l'Association des Cadres de l'Industrie Pharmaceutique (ACIP), <http://www.rolandsimion.org/spip.php?article324> : « À mesure que, sans raison sanitaire contraignante, on promeut des vaccins contre des pathologies dont les complications sont de plus en plus exceptionnelles, le bénéfice attendu tend de plus en plus vers zéro ; en parallèle, cependant, le risque ne peut descendre en dessous d'une limite incompressible et j'ai même essayé de vous montrer qu'en matière d'immunisation, il tendait à augmenter en proportion du nombre de vaccins administrés ».

<sup>425</sup> Plus récemment encore, une étude de la DREES (F. Collange, L. Fressard, P. Verger et coll., *Vaccinations : attitudes et pratiques des médecins généralistes*, Etudes et résultats n°910, mars 2015, [www.drees.sante.gouv.fr](http://www.drees.sante.gouv.fr)) portant sur les généralistes relève que « un tiers d'entre eux préfèrent se fier à leur propre jugement, et les médecins ne se sentent pas toujours en confiance pour informer leurs patients sur certains aspects des vaccins, comme les adjuvants. Au total, près d'un quart d'entre eux émettent des doutes à l'égard des risques et de l'utilité de certains vaccins ».

Celui-ci permettrait de beaucoup mieux supporter la chimiothérapie. Cette idée est basée sur les travaux du docteur Valter Lungo qui ont été rapidement repris dans les médias<sup>426</sup>.

Un rapport a été publié à ce sujet et précise que les résultats obtenus sur la combinaison du jeûne et de la chimiothérapie sont sûrs et qu'il existe à ce titre un réel potentiel pour limiter l'impact des effets secondaires provoqués par la chimiothérapie.

Nonobstant ce fait, l'article ajoute que l'étude n'est pas destinée à devenir une référence et à donner des lignes directrices claires et établies pour les patients dans cette situation<sup>427</sup>. Cette analyse est intéressante car elle va totalement à l'encontre des recommandations officielles qui préconisent une alimentation plus riche en cas de cancer.

Cela étant, quand on compare les consignes sanitaires à l'échelle internationale, on s'aperçoit qu'elles sont loin d'être identiques d'un pays à l'autre, voire qu'elles se contredisent<sup>428</sup>.

C'est que la science et le droit s'accrochent à des vérités de circonstances qui, dans le temps comme dans l'espace, sont évolutives.

---

<sup>426</sup>[http://www.lemonde.fr/planete/article/2012/02/08/le-jeune-nouvelle-arme-de-lutte-contre-le-cancer\\_1640662\\_3244.html](http://www.lemonde.fr/planete/article/2012/02/08/le-jeune-nouvelle-arme-de-lutte-contre-le-cancer_1640662_3244.html) ; <http://naturalmedicinejournal.com/journal/2013-01/caloric-restriction-and-fasting-disease-prevention-and-treatment> ; <http://www.telegraph.co.uk/news/science/science-news/3337872/Fasting-could-help-fight-cancer.html>

<sup>427</sup><http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2815756/> ; <http://news.usc.edu/78953/fasting-and-less-toxic-cancer-drug-could-be-alternative-to-chemotherapy/>

<sup>428</sup> Les autorités sanitaires américaines, par l'entremise d'un rapport d'experts, ont récemment publié des recommandations dans lesquelles ils ne déconseillent plus de manger des aliments riches en cholestérol mais plutôt de réduire de manière drastique les apports en sucre et en graisses saturées. (*Scientific Report of The 2015 Dietary Guidelines Advisory Committee*. USDA, February 2015 : <http://www.health.gov/dietaryguidelines/2015-scientific-report/PDFs/Scientific-Report-of-the-2015-Dietary-Guidelines-Advisory-Committee.pdf> : Cholesterol. Previously, the Dietary Guidelines for Americans recommended that cholesterol intake be limited to no more than 300 mg/day. The 2015 DGAC will not bring forward this recommendation because available evidence shows no appreciable relationship between consumption of dietary cholesterol and serum cholesterol, consistent with the conclusions of the AHA/ACC report Cholesterol is not a nutrient of concern for overconsumption. (p. 17). Selon le comité d'experts, le cholestérol n'est pas un aliment dont on doit s'inquiéter en cas de surconsommation car il n'y aurait pas de corrélation mesurable entre sa consommation et le taux de cette substance dans le sang. V.aussi : [http://www.disclose.tv/news/World\\_Renowned\\_Heart\\_Surgeon\\_Speaks\\_Out\\_On\\_What\\_Really\\_Causes\\_Heart\\_Disease/113103](http://www.disclose.tv/news/World_Renowned_Heart_Surgeon_Speaks_Out_On_What_Really_Causes_Heart_Disease/113103)). A l'inverse, en France, on fait de la baisse du taux de cholestérol une priorité dans la prévention cardio-vasculaire à travers la promotion des statines (HAS, *Prévention cardio-vasculaire : le choix de la statine la mieux adaptée dépend de son efficacité et de son efficacité*, [http://www.has-sante.fr/portail/upload/docs/application/pdf/2012-02/statine\\_-\\_fiche\\_bum.pdf](http://www.has-sante.fr/portail/upload/docs/application/pdf/2012-02/statine_-_fiche_bum.pdf) ; [http://www.has-sante.fr/portail/jcms/c\\_1360516/pour-un-bon-usage-des-statines](http://www.has-sante.fr/portail/jcms/c_1360516/pour-un-bon-usage-des-statines)).

## Conclusion de la partie B

Le droit et la science sont en mouvement perpétuel<sup>429</sup>. Qu'est-ce qui est de la science et ce qui n'en est plus ? Un médecin peut-il suivre une nouvelle expérience thérapeutique concluante alors qu'elle s'oppose aux recommandations officielles ?

A l'inverse, un patient peut-il reprocher à son médecin de ne pas avoir bénéficié ou simplement été mis au courant des dernières expérimentations alors même qu'elles ne sont pas considérées comme acquises ? La question essentielle serait alors : qui détermine les données de la science ? Le consensus doit-il être national ou international ?

A partir de combien d'expériences et de patients traités pourra-t-on affirmer que celle-ci est scientifiquement valable ? Quid du juge auquel on présenterait deux publications contradictoires ? On peut songer à normaliser ces données sur un modèle anglo-saxon<sup>430</sup> tout en essayant qu'elles ne deviennent pas une solution de facilité<sup>431</sup>.

Les juges semblent attachés aux publications scientifiques, celles qui sont établies par des ouvrages et des traités, et ne sont guère bien armés pour appréhender des publications ponctuelles sur des expériences menées<sup>432</sup>. Il faut en effet rester prudent face à la frénésie qui entoure aussi les publications.

Les comités d'éthique ou les juridictions ne pourront résister longtemps à cette ascension irrésistible<sup>433</sup> de la science qui détruit tout sur son passage<sup>434</sup>. L'entreprise est difficile, entre dialogues, espérances ou rapports de force, les liens entre le droit et la science restent pour le moins ambiguës.

---

<sup>429</sup> G. Canivet, *Le juge entre progrès scientifique et mondialisation*, RTD Civ. 2005, p. 33.

<sup>430</sup> G. Canselier, *Les données acquises de la science : les connaissances scientifiques et la faute médicale en droit privé*, op. cité, pp. 397-398. « Le constat a été dressé, depuis quelques années d'une évolution vers une certaine normalisation des données acquises de la science ».

<sup>431</sup> C. Atias, *Les références médicales opposables et l'anesthésie : aspects médico-légaux*, RRJ, 1<sup>er</sup> juillet 1995, n°3, p. 761.

<sup>432</sup> G. Canselier, *Les données acquises de la science : les connaissances scientifiques et la faute médicale en droit privé*, op. cité, p. 454 : « En effet, l'existence de publications faisant état des connaissances en cause est une circonstance à laquelle les juges attachent une importance toute particulière. Ainsi, il n'est pas rare de croiser, au gré des décisions de justice, des références aux « livres classiques », aux « traités médicaux les plus récents », aux « articles d'éminents spécialistes », aux « articles écrits par des médecins dans des revues spécialisées » ou plus largement à « la littérature spécialisée ». Lorsque les sources consultées concordent, les juges ont tendance à le souligner, n'hésitant pas à faire mention de « l'avis unanime exprimé par les auteurs de manuels, traités ou articles ».

<sup>433</sup> V. Les réflexions du Professeur G. Mémeteau : « Ne voit-on pas les données de la science passée en force de « sources normatives » (...) « Il ne s'agit pas de dénoncer une confiscation de la pensée et de la méthode scientifique par la médecine et la biologie. Il s'agit de mettre en garde contre la divinisation de cette « science » qu'on ne définit pas mais qui absorbe l'être humain, anthropophage en quelque sorte ». G. Mémeteau, *Le juge ignorant la médecine ?* Gazette du Palais, 08 février 2014 n° 39 in Recueil bimestriel, janvier/février 2014, p. 164.

<sup>434</sup> F. Demichel, *Au nom de quoi ? Libre propos d'un juriste sur la médicalisation de la vie*, Bibliothèque numérique de droit de la santé et d'éthique médicale, Bordeaux, Les Etudes Hospitalières, 2013, 284 p, p. 11 : « aujourd'hui, la science détruit tout sur son passage. Elle travaille sur la vie « brute », sans se préoccuper des effets sociaux, et notamment des conséquences juridiques... Et plus la science, qui travaille de plus en plus sur le vivant, s'écarte de la symbolique traditionnelle, plus un décalage important se produit avec le droit positif. Comment le droit moderne va-t-il nouer, attacher, logique généalogique et biologie ? De quel droit arrêterait-on le progrès scientifique ? ».

Il ne paraît donc pas excessif de se demander si la science n'absorbera pas, à terme, le droit en modifiant fondamentalement l'image juridique du monde<sup>435</sup>.

Les juges ne pouvant légitimement énoncer les critères de la scientificité, cette appréciation ne sera plus de leur ressort. Bien que la démarche ne leur paraît pas encore naturelle, les juristes devraient être plus sensibles à ces problématiques entre le droit et la science. Les connaissances médicales évoluent à un rythme que la législation n'est plus en mesure d'appréhender<sup>436</sup>.

A cette fréquence, nos données scientifiques actuelles seront considérées dans moins d'un demi-siècle d'un autre âge, voire dangereuses.

En effet, les problématiques qui apparaissent aux yeux des juristes sont de plus en plus scientifiques : quel est le statut de l'embryon ? Comment évaluer le profil psychiatrique d'une personne pour un internement<sup>437</sup> ? Quelle preuve scientifique peut-on accepter ?

On peut soutenir comme le Professeur Catherine Puigelier<sup>438</sup> qu'il existe déjà un droit scientifique que les juristes peinent encore à saisir car plus les questions sont scientifiques, plus la jurisprudence est hésitante et désespérée<sup>439</sup>.

« Où va la science ? où mène ce fil fragile au long circuit » ? se demandait hier le poète Sully Prudhomme<sup>440</sup> ; la science et le droit poursuivent un idéal en se remettant perpétuellement en question, tous deux sont liés par ce que le docteur Marc Girard nomme une éthique du renoncement<sup>441</sup>.

---

<sup>435</sup> A. Rabagny, *L'image juridique du monde. Apparence et réalité*, Paris, PUF, 2003, 424 p, p. 54 : « C'est qu'au sein de la culture contemporaine, la science a désormais acquis le statut de paradigme de savoir. De fait, la connaissance issue des sciences de la nature est communément tenue pour la meilleure et la plus précieuse dont nous disposons. Les qualités de rationalité et d'objectivité qui y sont associées lui confèrent une force de conviction sans égal » ; CEDH, 17 octobre 1986, *Rees c/ Royaume-Uni*, série A, n°106, §47 : « La nécessité de mesures juridiques appropriées doit donner lieu à un examen constant eu égard, notamment, à l'évolution de la science et de la société ».

<sup>436</sup> « La base de données bibliographiques *MEDLINE* est à ce jour la plus utilisée. Développée par la *National Library of Medicine*, elle intègre chaque année environ 500 000 nouveaux articles ». G. Canselier, *Les données acquises de la science : les connaissances scientifiques et la faute médicale en droit privé*, op. cit., p. 457. *ibid.*

<sup>437</sup> V. Doumeng, *De l'hospitalisation sans consentement à l'admission en soins psychiatriques...la fin de la contrainte ?* (Loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011), RGDM, 1<sup>er</sup> juin 2012, n° 43, pp. 375-396 ; M. Couturier, *La contrainte et le consentement dans les soins ordonnés par l'autorité publique : vers une aporie juridique ?* RDSS, 1<sup>er</sup> janvier 2014, n° 1, pp. 120-133.

<sup>438</sup> V. C. Puigelier, *Existe-t-il un droit scientifique ?*, art. cité, p. 259 ; la science juridique a aussi une fonction prospective : *Science-fiction et science juridique, les voies du droit*, (sous la coordination de P-J. Delage), Paris, IRJS éditions, 2013, 380 pages ; L. Neyret, *Le droit du terraformage. Approche juridique de la colonisation de l'espace*, *ibid.*, p. 341, v. aussi P. Ledoux, *Introduction au droit martien*, Textes choisis et présentés par H. Croze, Paris, Litec, 2005, pp. 52-53.

<sup>439</sup> C. Puigelier, J. Sainte-Rose, *Délibérément pousser un homme sur la voie (le juge et la science)*, RGDM, n°29, décembre 2008, pp. 179 à 186, p. 181 : « (...) dans le domaine du droit du vivant, si le juge est aidé par la science, il est aussi confronté à des difficultés considérables liées elles-mêmes aux progrès de la science. On pense cette fois-ci aux dossiers liés à l'assistance médicale à la procréation, mais aussi aux dossiers (difficiles) dont ont été saisis les juges à propos des contaminations par le virus de l'immunodéficience humaine (VIH) ou le virus de l'hépatite C (VHC) à la suite de transfusions sanguines ». ; C. Puigelier, *Science et droit : réflexions sur un malentendu*, JCP N Semaine Juridique (édition notariale et immobilière), 2004, n°31, pp. 1247-1252.

<sup>440</sup> S. Prudhomme, *Une voix* in « Œuvres de Sully Prudhomme » Paris, Ed. Alphonse Lemerre, 1886, Poésies 1878-1897, p. 71.

<sup>441</sup> M. Girard, *Ethique scientifique : de la falsifiabilité à la falsification*, Prospective 2100 – Club « Solidarité santé », Paris, 26 mai 2010, [http://www.rolandsimion.fr/IMG/pdf/Conference\\_ethique-2.pdf](http://www.rolandsimion.fr/IMG/pdf/Conference_ethique-2.pdf) : « Faire de la science, c'est, parmi les milliards de paramètres susceptibles d'influer sur le phénomène à l'étude, apercevoir celui ou les quelques-uns qui vont effectivement rendre compte de l'essentiel prévisible. Faire de la science, c'est par conséquent sacrifier à un réductionnisme radical : c'est

Une avancée scientifique, à l'inverse d'une avancée législative, sera beaucoup plus volontiers interprétée instinctivement comme un progrès alors que chacun a sa perception du progrès.

D'ailleurs, Jacques Lacan arguait que « Descartes peut bien encore un temps conserver lui, penseur, la carcasse de l'assurance traditionnelle des vérités éternelles – elles sont ainsi parce que Dieu le veut –, mais de cette façon aussi bien il s'en débarrasse. Et par la voie ouverte, la science entre et progresse, qui institue un savoir qui n'a plus à s'embarrasser de ses fondements de vérité »<sup>442</sup>.

Claude Landman commentait ainsi l'affirmation de Jacques Lacan en décrivant « cette accumulation du savoir qu'à permise l'émergence d'un nouveau statut du sujet est allée de pair avec une accumulation du capital et la naissance d'une éthique individualiste »<sup>443</sup>.

Cette éthique de l'individu renvoie à une notion centrale en droit de la responsabilité médicale : le préjudice.

---

tolérer l'incertitude (...). C'est à la fois promouvoir une exigence de délimitation tout en faisant allégeance à une éthique du renoncement ».

<sup>442</sup> J. Lacan, *L'Objet de la psychanalyse*, Paris, Éditions M. Roussan, 2006, p. 325.

<sup>443</sup> C. Landman, *Le savoir peut-il se passer de la vérité ?* La revue lacanienne 3/2007 (n° 3), pp. 36-41.

## Conclusion du chapitre 1

Nous observons ici toute la difficulté du juge à s'immiscer dans un monde qu'il ne connaît pas. Il est indispensable que sa réflexion soit balisée par un expert médical qui lui retranscrit ses connaissances scientifiques.

Il n'est ici pas inutile de réfléchir à la part du pouvoir juridictionnel que la science peut absorber par l'entremise de l'expert. Le juge est confronté à deux autorités, une scientifique, une autre morale lorsque l'individu demande que soit reconnu un préjudice.

L'essor de l'individualisme<sup>444</sup> et de la science représente un phénomène contemporain qu'il est bien difficile de maîtriser.

Dans cette perspective, l'éthique de l'individu marquera l'essor de la notion de préjudice car la science a placé l'homme au cœur de sa vérité et les hommes attendent de la science d'accroître leur plaisir personnel, et au-delà, leur confort d'exister.

On peut donc suggérer que plus le confort de vie augmente, plus le sentiment du préjudice s'accroît. La notion de préjudice est ondoiyante car elle dépend des attentes sociétales.

---

<sup>444</sup> L'écrivain Thomas Bernhard évoquait justement cette « cacophonie » des individualismes : T. Bernhard, *Béton*, Paris, Gallimard, NRF, 1985, 158 p, p. 115 : « chaque individu est un virtuose de son instrument, tous ensemble, une insupportable cacophonie ».

## Chapitre 2

### LE PRÉJUDICE : UNE NOTION ONDOYANTE

En premier lieu, le juge cherche à établir le principe de responsabilité. Pour cela, il analyse si ses conditions sont bien réunies : une faute, un dommage et un lien de causalité entre les deux. Une fois cette responsabilité établie, il faut lui donner un prolongement concret. Il n'existe pas de condamnation par principe et on imagine mal une indemnisation par réparation<sup>445</sup> ou en nature dans ce domaine<sup>446</sup> ; le juge devra donc allouer une somme à la victime afin de liquider la totalité des préjudices qu'elle a subis. Les arrêts sont divisés en plusieurs parties selon cette méthode<sup>447</sup>. Le juge civil et le juge administratif utilisent globalement le même processus pour liquider le préjudice corporel en différentes étapes afin de déterminer l'indemnisation de la victime<sup>448</sup>.

Finalité d'une action en justice devant le juge civil et administratif en responsabilité médicale, l'indemnisation des préjudices est un enjeu crucial pour les victimes et leurs avocats. Préalablement, il convient de définir la notion même de préjudice (A) avant d'entrevoir son aspect théorique (B), puis pratique (C).

---

<sup>445</sup> On imagine mal une indemnisation par réparation comme on le conçoit pour des travaux (Cass. 2<sup>e</sup> civ, 18 mars 2010, n°09-13.376) pour les dommages physiques.

<sup>446</sup> En matière de dommage corporel, on ne peut exiger une remise en état du bien endommagé comme on peut le faire dans certains contentieux (v. Crim. 11 avril 2012, n°11-83.007) car notre corps est unique, comme notre rapport à lui.

<sup>447</sup> CAA, Lyon, 28 novembre 2006, n°03LY00930 ; CE, 28 juillet 2011, n°331126.

<sup>448</sup> J-M. Delandre, *Quelle typologie des postes de préjudice ? La nomenclature des postes de préjudices : point de vue du juge administratif*, Resp. civ & ass, n°3, mars 2010, dossier 8 : « Enfin, le Conseil d'État donne la méthode à suivre par le juge du fond pour respecter tous ces principes : Première étape. - Le juge doit d'abord évaluer le montant total de chaque poste de préjudices en tenant compte de l'ensemble des dommages qui s'y rattachent (...) - Deuxième étape. - Le juge fixe, pour chaque poste de préjudices, la part demeurée à la charge de la victime compte tenu des prestations versées par les tiers payeurs au titre du poste de préjudices. - Troisième étape. - Le juge détermine le montant de l'indemnité mise à la charge du tiers responsable au titre de chaque poste de préjudice- Quatrième étape. - Le juge accorde à la victime, dans le cadre de chaque poste de préjudices et dans la limite de la somme mise à la charge du tiers responsable, une somme correspondant à la part des dommages qui n'a pas été réparée par des prestations, c'est-à-dire la somme restée à charge après versement des prestations. - Cinquième étape. - Le juge accorde aux tiers payeurs, le solde, par poste de préjudices, de l'indemnité mise à la charge du tiers responsable. Se pose alors une question qui n'est pas réglée par l'avis du Conseil d'État, celle résultant du concours entre tiers payeurs sur un même poste de préjudices ».

## Introduction : la notion de préjudice

Il est courant d'associer le dommage au préjudice or ce ne sont pas tout à fait les mêmes concepts.

***De la nécessité de distinguer le dommage du préjudice.*** Un dommage est un fait, un événement objectivement constatable qui peut être corporel, matériel ou immatériel. Si le chirurgien procède à une opération à cœur ouvert, il va nécessairement créer un dommage en ouvrant le corps du patient. Toutefois, ce dommage est nécessaire au bon déroulement de l'acte médical, il ne constitue donc pas en soi un préjudice.

Le préjudice est une notion juridique qui correspond à une atteinte aux droits patrimoniaux et/ou extra-patrimoniaux de la personne ; il marque le passage du fait au droit. Un dommage ne donne pas lieu nécessairement à l'établissement d'un préjudice mais un préjudice découle inévitablement d'un dommage. Le préjudice est, en quelque sorte, un dommage anormal (certains auteurs souhaiteraient d'ailleurs généraliser la notion<sup>449</sup>) qui induit l'application du principe de responsabilité et une réparation.

Le Doyen Cornu déclarait qu'il est bien synonyme de dommage dans l'usage régnant, à cela il précise que le préjudice est un « dommage subi par une personne dans son intégrité physique, dans ses biens, dans ses sentiments, qui fait naître, chez la victime, un droit à réparation ; plus précisément, pour le chef de dommage corporel, ensemble des chefs de préjudice qui en résultent pour celui qui en est la victime directe ou indirecte »<sup>450</sup>.

Le préjudice présente des caractéristiques différentes du dommage : pour être considéré ainsi, tant par le juge civil que le juge administratif, le préjudice doit être direct<sup>451</sup>, certain<sup>452</sup> et personnel<sup>453</sup> et son existence est laissée à l'appréciation des juges du fond sauf dénaturation des faits<sup>454</sup>.

---

<sup>449</sup> Certains auteurs ont défendu l'idée d'utiliser la notion de dommage anormal en droit civil afin de « freiner les velléités expansionnistes de la responsabilité civile » en prenant l'exemple de l'Italie qui a tenté d'instaurer un encadrement des préjudices moraux limités aux intérêts légitimes juridiquement protégés. v. Wester-Ouisse, *Le dommage anormal*, RTD Civ. 2016. 531.

<sup>450</sup> G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 10<sup>e</sup> éd, Paris, PUF, 2014, p. 787.

<sup>451</sup> Cass. 14 mars 1892, DP 1892. I. 523.

<sup>452</sup> Actuel ou futur, la victime doit établir la preuve d'un préjudice (article 1315 du Code Civil) qui ne peut être hypothétique : Cass. 1<sup>re</sup> civ, 28 juin 2012, n°11-19.265, Bull. civ. I, n°148 : D. 2012. 1736.

<sup>453</sup> CE, sect. 25 juin 1999, *Sté d'exploitation de l'établissement thermal d'Uriage*, Lebon. 231 ; à nuancer en droit du dommage corporel vu la possibilité pour les victimes indirectes d'être indemnisées par ricochet

<sup>454</sup> CE, 22 mars 1993, *CH de Brest c/ Mme Fraboul*, req. n°129052, Lebon. 79.

La dichotomie entre le dommage et le préjudice n'est pas anodine et souvent discutée par la doctrine<sup>455</sup> qui estime la question complexe<sup>456</sup>, voire idéologique<sup>457</sup>. Malgré cela, la différenciation semble faire consensus entre les civilistes et les privatistes, notamment sur l'aspect subjectif du préjudice<sup>458</sup>.

Dans la mesure où la responsabilité civile est essentiellement indemnificatrice (comme peut l'être la responsabilité administrative), le préjudice est la pierre angulaire de la responsabilité médicale dans le sens où s'il existe un dommage relié par un lien causal à une faute, la conséquence est l'indemnisation d'un préjudice.

**De la difficulté de cerner les frontières du préjudice.** La notion de préjudice est une construction de l'esprit particulièrement riche en droit médical car elle a un versant objectif et subjectif ; il s'agit d'appréhender une personne comme un sujet physique et social. Les juges sont sensibles à cette conscience du préjudice.

C'est ainsi que la Cour de cassation et le Conseil d'Etat ont estimé successivement que « l'état végétatif d'une personne humaine n'excluant aucun chef d'indemnisation, son préjudice doit être réparé dans tous ses éléments »<sup>459</sup>. Ainsi « la circonstance qu'un patient se trouve placé dans un état végétatif chronique ne conduit, par elle-même, à exclure aucun chef d'indemnisation ni ne fait obstacle à ce que le préjudice subi par la victime soit réparé en tous ses éléments »<sup>460</sup>.

Pour le conseiller Thierry Olson : « toute personne [est] par essence humaine quel que soit son degré de conscience » (...). La victime d'atteintes gravissimes, y compris lorsque sa conscience en est affectée, doit être respectée dans sa dignité humaine »<sup>461</sup>.

Le préjudice sert donc à saisir une personne dans toutes ses dimensions ; ce qu'elle est ou ce qu'elle a été. Même si la personne est décédée, le droit admet que les tiers puissent subir des préjudices par ricochet.

---

<sup>455</sup> F. Leduc, *Faut-il distinguer le dommage et le préjudice ? : point de vue privatiste*, Resp.civ & ass, n°3, mars 2010, dossier 3 : « Ni le Code civil ni la jurisprudence ne dissociant dommage et préjudice, pas une voix ne s'élevait en doctrine pour contester la parfaite synonymie de ces deux termes. L'idée d'une possible distinction entre l'atteinte (le dommage) et ses conséquences (les préjudices) n'a réellement pris corps que dans la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle ».

<sup>456</sup> « Différencier le dommage et le préjudice, c'est, qu'on le veuille ou non, introduire un facteur de complexité dans l'appréhension des conditions de la responsabilité, puisque cela revient à faire passer le nombre de celles-ci de trois (fait générateur, dommage, lien de causalité) à cinq (fait générateur, dommage, préjudice, plus deux relations causales : l'une entre le fait générateur et le dommage, l'autre entre le dommage et le préjudice) ». *ibid.*

<sup>457</sup> « Pour certains, qui dénoncent avec force l'idéologie de la réparation, la distinction dommage/préjudice constitue un outil efficace pour juguler la dérive indemnitaire contemporaine. Ces auteurs mettent l'accent sur le caractère factuel du dommage, par opposition au préjudice qui est une notion juridique ». *ibid.*

<sup>458</sup> C. Paillard, *Faut-il distinguer le dommage et le préjudice ? : point de vue publiciste*, Resp. civ & ass, n°3, mars 2010, dossier 4 : « La distinction remplit une fonction explicative en tant qu'elle permet de caractériser le préjudice, et surtout de le délimiter, notamment en défendant une conception subjective de cette notion. Elle remplit en outre une fonction typologique particulièrement nécessaire en droit administratif où le juge est naturellement assez réticent à l'égard d'une démarche de catégorisation ».

<sup>459</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 22 février 1995, Déchant, n° 92-18.731, D. 1996. 69.

<sup>460</sup> CE, 24 novembre 2004, *Épx Maridet*, Lebon. 445 ; AJDA 2005. 336, concl. T. Olson ; RDSS 2005. 155, obs. D. Cristol.

<sup>461</sup> T. Olson, concl., AJDA 2005. 338, ccl. Sous. *ibid.*

Avant de voir les versants théoriques et pratiques du préjudice, nous proposons à titre préliminaire d'étudier la notion transversale de préjudice.

L'idée maîtresse du droit civil et administratif de la réparation du dommage corporel réside dans la nécessité de « rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable ne s'était pas produit »<sup>462</sup>.

Ce fameux principe de réparation intégrale paraît somme toute évident. Pourtant, les modalités de la réparation sont davantage le reflet d'une époque. La notion d'individu, de moi <sup>463</sup> (que Pascal est le premier à utiliser comme substantif<sup>464</sup>), a été sans cesse repensée juridiquement à travers le prisme du préjudice. Ses contours sont loin d'être nets, si ce n'est incertains. Par exemple, le juge administratif a longtemps considéré que les larmes ne se monnaient pas avant d'accepter, bien après le juge civil<sup>465</sup>, de réparer le préjudice moral<sup>466</sup>.

L'office du juge est ici central ; il s'agit de composer avec les aspirations de la société<sup>467</sup>. A cette fin, il dispose d'une liberté quasi-totale dans l'affirmation de ce qui est réparable ou non à défaut d'une définition figée du préjudice<sup>468</sup> ; en ce domaine « le pouvoir créateur du juge français n'est pas moindre que celui du juge anglais »<sup>469</sup>.

Cette marge de manœuvre est telle que c'est le législateur qui doit poser ses limites, qui plus est lorsque la reconnaissance d'un préjudice particulier est sujet à controverses<sup>470</sup>.

La notion a connu des bouleversements majeurs durant ces dernières décennies dans la logique de marché décrite par le doyen Carbonnier quand « tout vaut tant »<sup>471</sup> car, quand tout est monnayable, tout peut sembler réparable.

---

<sup>462</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 28 octobre 1954, JCP 1955, II, 8765, et, en matière contractuelle : Cass. 3<sup>e</sup> civ, 6 mai 1998, B.III, n° 91.

<sup>463</sup> Une création relativement moderne que l'on doit, selon le Professeur Antoine Compagnon, à Montaigne : A. Compagnon, Collège de France, cours Littérature française moderne et contemporaine : histoire, critique, théorie : *Ecrire la vie II, l'invention du moi*, cours du 2 mars 2010, [https://www.college-de-france.fr/media/antoine-compagnon/UPL66272\\_Compagnon.pdf](https://www.college-de-france.fr/media/antoine-compagnon/UPL66272_Compagnon.pdf).

<sup>464</sup> V. Carraud, *L'invention du moi*, Paris, PUF, 2010 ; Z. Klein, *La Notion de dignité humaine dans la pensée de Kant et de Pascal*, Paris, J. Vrin, Bibliothèque d'histoire de la Philosophie, 1968, 136 p, p. 106.

<sup>465</sup> Cass., ch. réun., 15 juin 1833, S. 1833. I. col. 458 ; Cass. crim, 8 août 1908, Bull. crim, n°353, p. 661 « ce n'est pas seulement le préjudice matériel qui peut servir de base à une condamnation, mais encore le préjudice moral (...) ».

<sup>466</sup> CE Ass. 24 novembre 1961 *Ministre des travaux publics c/ Consorts Letisserand*, n° 48841.

<sup>467</sup> P. Mounien, *Indemnisation du préjudice corporel et garanties procédurales, l'exemple des anciens combattants de la Première guerre mondiale*, RGDM, n°56, septembre 2015, pp. 163-174.

<sup>468</sup> L. Reiss, *Le juge et le préjudice : étude comparée des droits français et anglais*, P. Delebecque (préf.), Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003, 569 p, p. 17.

<sup>469</sup> Ibid. p. 45.

<sup>470</sup> L'article 1 de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé affirme sans détour que « nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance ».

<sup>471</sup> J. Carbonnier, *Droit civil*, T.III, Les biens, 18<sup>e</sup> éd. Paris, PUF, 1998, n°9.

Dans ce contexte, le doyen Ripert critiquait le « prix de la douleur »<sup>472</sup> quand le Professeur Esmein évoquait une « commercialisation du dommage moral »<sup>473</sup>, d'autres dénonçaient « la désintégration du préjudice moral »<sup>474</sup>.

Par conséquent, la notion de préjudice entraîne des questionnements qui ne sont pas uniquement juridiques. En cela, elle est d'abord une notion transversale et pluri-disciplinaire (a) avant d'être juridique (b).

#### a) Le préjudice : une notion transversale

Le préjudice est une abstraction qui est loin d'être appréhendée par les seuls juristes ; « pendant longtemps le préjudice n'a guère été une préoccupation du droit »<sup>475</sup>.

Les psychiatres se penchent de longue date sur cette terreur d'exister en analysant les événements traumatiques qui modifient l'existence humaine<sup>476</sup>. Par ailleurs, les philosophes se sont intéressés à la naissance du Moi comme sujet qui conditionne notre identité<sup>477</sup>.

Le psychologue Jacques Lacan avait bien montré combien le désir était insaisissable, entouré de discours sur les comportements, ce qu'il faut faire, comment jouir ou penser dans « un champ où règne le mot, le signifiant »<sup>478</sup>. La notion de préjudice sexuelle est due aussi à l'émancipation qu'induit dans nos sociétés modernes la liberté sexuelle. Dans un état religieux, l'acte sexuel, en dehors de la phase productive, n'a pas de sens.

Enfin, comment appréhender une notion si personnelle et sensible ? « Le monde est ma volonté » soutenait le philosophe Arthur Schopenhauer. Il précise que « ce qui connaît tout et n'est connu par personne c'est le sujet. C'est par suite le support du monde, la condition générale, toujours présumée, de tout ce qui se manifeste, de tout objet : car ce qui existe n'existe jamais que pour un sujet »<sup>479</sup>. Ici, la tentation est grande de se résigner au fait qu'il y a autant de préjudices que d'individus.

---

<sup>472</sup> G. Ripert, *Le prix de la douleur*, D. 1948, chr. 1.

<sup>473</sup> P. Esmein, *La commercialisation du dommage moral*, D. 1954, chr. 113.

<sup>474</sup> J. Knetsch, *La désintégration du préjudice moral*, D. 2015. 443.

<sup>475</sup> L. Reiss, *Le juge et le préjudice : étude comparée des droits français et anglais*, P. Delebecque (préf.), Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003, 569 p, p. 15.

<sup>476</sup> M. Corcos, *La terreur d'exister : fonctionnements limites à l'adolescence*, 2<sup>e</sup> éd, Malakoff, Dunod, 2013, 328 p.

<sup>477</sup> A. de Libera, *archéologie du sujet, naissance du sujet*, Paris, Vrin, Bibliothèque d'Histoire de la Philosophie, 2007, 448 p ; A. de Libera, *La quête de l'identité (Archéologie du Sujet II)*, Paris, Vrin, Bibliothèque d'Histoire de la Philosophie, 2008, 512 p.

<sup>478</sup> J. Lacan, Le Séminaire, livre VI, *Le désir et son interprétation*, Paris, La Martinière/Le Champ freudien, 2013, p. 63.

<sup>479</sup> A. Schopenhauer, *Le monde comme volonté et représentation I*, Paris, Gallimard, Folio, 2009, Livre I, §1, p.79

Le juriste, plus modestement, essaye de prolonger le principe de la responsabilité en donnant corps à la notion de préjudice, aussi fuyante soit-elle. Le sociologue Norbert Elias affirmait avec une grande justesse que « la société n'est pas seulement le facteur de caractérisation et d'uniformisation, elle est aussi le facteur d'individualisation »<sup>480</sup>.

Le corps lui-même a une nature ambivalente car on existe comme une chose et une conscience, notre mode d'existence est donc particulièrement ambigu. C'est la raison pour laquelle la notion de préjudice est aujourd'hui de plus en plus étendue ; elle permet d'envisager l'homme comme un être matériel mais aussi comme une conscience.

Le préjudice est une notion relativement contemporaine, nous avons tenté de montrer que l'individu en tant que tel n'existe pas dans l'Antiquité. Au Moyen Âge, la souffrance est considérée comme une épreuve divine.

***Le préjudice : un nouveau paradigme.*** Le préjudice a pris au XX<sup>e</sup> siècle une dimension nouvelle ; il est notre nouveau paradigme à mesure que la personne humaine est protégée par le droit.

Dans nos sociétés modernes, l'État ambitionne de couvrir les individus face aux risques sociaux et économiques par des mécanismes de solidarité auquel s'ajoute aujourd'hui un secteur assurantiel de plus en plus important. Le fait que la religion ait été séparée de l'État laissait entrevoir l'émergence d'une société des individus dont les attentes juridiques ont supplanté les espérances religieuses<sup>481</sup>.

« L'homme est en rapport avec les autres hommes et avec le monde. Les autres hommes et le monde, voilà ce qui, s'unissant à lui, le détermine et le révèle, ou le fait se révéler ; voilà sa vie objective, sans laquelle sa vie subjective reste latente et sans manifestation » résume un philosophe<sup>482</sup>.

Il ajoute que « la vie de l'individu, à chaque moment de son existence est à la fois subjective et objective. (...) Si vous détruisez la possibilité de ma communication avec les autres hommes mes semblables, vous anéantissez en moi mon objet possible ; par conséquent c'est m'anéantir moi-même, et c'est violer mon droit »<sup>483</sup>. Cette conception globale est celle de notre droit du dommage corporel scindé en différents postes de préjudice. Ces derniers indemnisent l'individu pour lui-même mais aussi à l'égard d'autrui. En ce sens, l'indemnisation est liée au regard de l'autre (le préjudice esthétique en témoigne).

L'individu est appréhendé en droit d'une manière objective et subjective pour tenter de le replacer dans son état antérieur sur le plan tant physique et psychologique que social.

---

<sup>480</sup> N. Elias, *La société des individus*, Paris, éd. Pocket, 2004, p. 103.

<sup>481</sup> Pour le cheminement intellectuel d'un droit ancré en Dieu à un droit fondé sur l'homme : M-F. Renoux-Zagame, *Du droit de Dieu au droit de l'homme*, Paris, PUF, 2003, Léviathan, 2003, 324p.

<sup>482</sup> P. LEROUX, *De l'Humanité*, T. 2, Paris, Perrotin, 1840, p. 127.

<sup>483</sup> *Ibid.* p. 145.

Les juristes n'ont pas, sur la notion de préjudice, un monopole de pensée ; les sciences humaines peuvent nous apprendre beaucoup à son sujet.

## b) Le préjudice : une notion juridique

Au XIX<sup>e</sup> siècle, Aubry et Rau ont tenté de présenter une définition du patrimoine et ont largement contribué à le conceptualiser<sup>484</sup>. Le patrimoine est lié à la personnalité d'une personne, il en est son attribut. Il est en ce sens une universalité juridique où tous les droits de la personne sont unis et soudés. Il est plus précisément détenu uniquement par la personne, chaque personne a nécessairement un seul patrimoine qui lui est propre. Toutefois, Aubry et Rau considéraient que les droits de la personnalité, dits extrapatrimoniaux, ne faisaient pas partie du patrimoine.

Depuis, c'est « au sujet précisément du principe de l'unité du patrimoine que les inconvénients de la solution classique française ont été dénoncés » comme le souligne le Professeur François Terré affirmant par la même occasion que la relation de la personne et ses patrimoines induit « des pépins par milliers » du fait notamment du développement du droit commercial<sup>485</sup>.

Cette conception classique a permis de dissocier les droits subjectifs patrimoniaux et extrapatrimoniaux tout en la consolidant.

En droit médical, cette dissociation est essentielle et la nomenclature Dintilhac en porte l'empreinte. Elle est d'autant plus nécessaire que les préjudices dits extrapatrimoniaux se sont considérablement développés et jugés parfois de plus en plus futiles<sup>486</sup>.

***Le préjudice : une notion insondable et continue.*** Certains condamnent ici le fait que nous soyons de plus en plus dans une idéologie victimaire qui, par le biais d'une idéologie de la réparation<sup>487</sup>, a fait de la victime un enjeu politique<sup>488</sup>. Lucide, le philosophe Friedrich Nietzsche soutenait que « la douleur demande toujours des raisons, tandis que le plaisir est enclin à ne se considérer que lui-même sans regarder en deçà »<sup>489</sup>.

---

<sup>484</sup> J.-L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, PUF, 1996, p. 66, n°34 v. aussi la réédition : C. Aubry, C-F. Rau, *Cours de droit civil français : d'après la méthoe de Zachariae*, T. 6, Paris, Hachette Livre BNF, Sciences sociales, 2014, 462 p.

<sup>485</sup> F. Terré, *La personne et ses patrimoines – des pépins par milliers*, JCP N 52. 27 décembre 2010, 1328.

<sup>486</sup> J. Knetsch, *La désintégration du préjudice moral*, D. 2015, p. 443.

<sup>487</sup> E. Dreyer, *Du caractère fondamental de certains droit*, Rev. de la recherche juridique, droit prospectif, 2006, n° 2 p. 1, spéc. n° 25.

<sup>488</sup> F. Demichel, *Au nom de quoi ? Libre propos d'une juriste sur la médicalisation de la vie*, op. cité, p. 111.

<sup>489</sup> F. Nietzsche, *Le Gai Savoir*, Fragments Posthumes, Été 1881- été 1882, Paris, Gallimard, NRF, 1982, 688 p, p. 62.

Il n'en demeure pas moins difficile de contester qu'il existe « un flottement dans la définition des préjudices indemnisables »<sup>490</sup> (on parle de plus en plus de préjudice écologique<sup>491</sup>, d'anxiété<sup>492</sup>, d'impréparation<sup>493</sup>, voire de préjudice identitaire<sup>494</sup>, de préjudice d'institutionnalisation<sup>495</sup> ou de préjudice religieux<sup>496</sup>) et ce davantage pour le préjudice moral, « notion multiforme qui se décline plus volontiers au pluriel »<sup>497</sup>.

Le sentier est sinueux, le droit rencontre les sentiments et, pour certains, prétend offrir le bonheur<sup>498</sup>. On ne peut nier non plus que les préjudices ont été de plus en plus nombreux et l'on a pris depuis toute la mesure *De l'inconvénient d'être né*<sup>499</sup>. La raison est simple : la notion englobe de plus en plus la personnalité de l'individu, même dans sa dimension quotidienne, la tourbe des menus maux aurait dit Montaigne<sup>500</sup>.

Il nous semble que le préjudice est davantage un moyen de mettre en exergue des réalités humaines et des attentes sociales. Au fil du temps, le juge a peint plus finement cette notion car nul n'ignore que les risques sociaux sont de plus en plus prégnants.

Le doyen Savatier a retranscrit les métamorphoses du droit qui ont placé la personne au cœur de celui-ci<sup>501</sup>. La qualification et la reconnaissance du préjudice contribuent à la reconstruction de la victime.

---

<sup>490</sup> L. Grynbaum, *Le préjudice corporel : rapport français, L'indemnisation*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Société de législation comparée, Journées Québécoises, Tome LIV / 2004, p. 592.

<sup>491</sup> V. Cass. crim, 22 mars 2016, n°13-87650.

<sup>492</sup> Cass. soc., 2 avril 2014, n° 12-28616 ; JCP G, n° 24, 16 juin 2014 et JCP Social, n° 25, 24 juin 2014 ; J. Knetsch, *Les limites de la réparation du préjudice d'anxiété*, D. 2015, p. 968.

<sup>493</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 3 juin 2010, n° 09-13.591, D. 2010. 1484, obs. I. Gallmeister, 1522, note P. Sargos, 1801, point de vue D. Bert, 2092, chron. C. Creton, 2011. 35, obs. O. Gout, et 2565, obs. A. Laude ; AJDA 2010. 2169, note C. Lantero ; RDSS 2010. 898, note F. Arhab-Girardin ; RTD civ. 2010. 571, obs. P. Jourdain ; Cass. 1<sup>re</sup> civ, 25 janvier 2017, n°15-27.898, *Responsabilité médicale (défaut d'information) : réparation du préjudice d'impréparation*, D. 2017, p. 407.

<sup>494</sup> É. Guillermou, *Le préjudice identitaire ou de dépersonnalisation*, Gazette du Palais, 23-25 février 2014, p. 11.

<sup>495</sup> A. Wantuch, *Le préjudice exceptionnel d'institutionnalisation*, Gazette du Palais, 23-25 février 2014, p. 9.

<sup>496</sup> S. Fraisse, F. Bibal, *Le préjudice religieux*, Gazette du Palais, dimanche 23 au mardi 25 février 2014, n°54 à 56, p. 5 : « résultant de l'impossibilité ou de la difficulté de pratiquer une religion, le préjudice religieux, distinct du préjudice d'agrément, devrait être indemnisé en tant que préjudice permanent exceptionnel ». Deux arrêts de cours d'appel sont cités : (CA, Angers, ch. soc, 21 février 2012, n°09/01482) : la cour d'appel d'Angers a rejeté la demande d'indemnisation pour des motifs religieux au motif que le « préjudice, d'ordre culturel, est compris dans le préjudice d'agrément et a été pris en compte à ce titre ». Comme le critiquent les avocats, l'activité religieuse n'est pas une activité de loisir mais une activité d'ordre spirituelle. Ce préjudice, comme le préjudice sexuel, devrait ainsi peu à peu « s'émanciper » du préjudice d'agrément. (CA, Paris, p. 6, ch. 12, 7 mars 2013 n°07/00665).

<sup>497</sup> P. Jourdain, *Les préjudices d'angoisse*, JCP éd. G, n°25, 22 juin 2015, doct. 739.

<sup>498</sup> G. Mémeteau, *Le droit médical est-il un droit au bonheur ?* in « Mélanges en l'honneur de Claude Lombois, Apprendre à douter », Limoges, PULIM, 2004, p. 338 : « Le droit rencontre les sentiments. Il les consacre, civilise leur expression, qualifie leur manifestation (mariage, filiation, succession, intuitus, personae, affectio societatis...), et en ce sens, prétend offrir le bonheur ».

<sup>499</sup> E.-M. Cioran, *De l'inconvénient d'être né*, Paris, Folio essais, 243 p.

<sup>500</sup> *Les essais*, Paris, Gallimard, Quarto, 2009, Livre III, chap. IX.

<sup>501</sup> R. Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui, 2<sup>e</sup> série : L'universalisme renouvelé des disciplines juridiques, 3<sup>e</sup> série : Approfondissement d'un droit renouvelé*, Paris, Dalloz, 1959, 340 et 268 p ; R. David, *Revue internationale de droit comparé*, 1959, vol. 11, n°3, pp. 639-642.

Un conseiller d'Etat observait que « pour la victime, en effet, après la satisfaction morale que procure la condamnation de l'auteur du dommage ou la reconnaissance d'une dette de la société à son égard, cette étape est un moment de vérité dans lequel va s'exprimer sous forme monétaire le prix humain et social de l'accident (...) »<sup>502</sup>. C'est la raison pour laquelle il faut appréhender la personne corps et âme<sup>503</sup>, dans toutes ses dimensions. En dépit de cette volonté de rétablir la victime dans sa situation antérieure au dommage, l'indemnisation est intrinsèquement imparfaite car elle est monétaire ; elle n'efface pas le mal causé mais en diminue, du moins, les effets pécuniaires remarquait le doyen Savatier<sup>504</sup>.

Enfin, nous savons pertinemment qu'il ne s'agit pas uniquement d'indemniser un être en tant que tel mais aussi un agent économique car l'indemnisation est en grande partie évaluée en fonction des activités économiques. En ce sens, on indemnise un être sensible, mais aussi un patrimoine économique.

Le préjudice est une notion évolutive qui intéresse d'autant plus les juristes de droit de la santé parce qu'elle implique un questionnement théorique et pratique.

**La notion de préjudice délimitée par le droit.** Les modes de réparation du préjudice ont été profondément modifiés depuis le début des années 2000. En tout état de cause, la notion a été conceptualisée à travers une typologie des différents postes de préjudice<sup>505</sup> réunis dans une nomenclature utilisée par le juge civil.

La liste du juge administratif est différente mais il s'agit toujours d'énumérer les postes de préjudice réparables pour rendre la liquidation du préjudice corporel beaucoup plus lisible.

Le temps est déjà loin où les juges liquidaient le préjudice d'une façon sommaire et globale<sup>506</sup> sans que les victimes et les payeurs ne puissent se représenter précisément ce qui était indemnisé.

---

<sup>502</sup> S. Hubac, *L'indemnisation des préjudices*, p. 198 in « Conseil d'Etat, Santé et justice : quelles responsabilités ? », La Documentation Française, 2013, 405 p.

<sup>503</sup> C. Lombois, *La personne, corps et âme* in « La personne humaine, sujet de droit », R. Savatier, 1993, Paris, PUF, 1994, p. 57.

<sup>504</sup> R. Savatier, *La responsabilité médicale en France (aspects de droit privé)*, Revue internationale de droit comparé, 1976, vol. 2, n°3, pp. 493-510, p.494 : « Je sais bien que réparer, par de l'argent, un mal humain irréversible, est une solution imparfaite. Elle identifie de l'incomptable au comptable. C'est pourtant la seule justice alors possible. Si l'argent ne peut effacer le mal causé, il en diminue, du moins, les effets pécuniaires ».

<sup>505</sup> A. Vignon-Barrault, *Quelle typologie des postes de préjudices ? La notion de poste de préjudice*, Resp. civ & ass, n°3, mars 2010, dossier 4.

<sup>506</sup> J.G. Moore, *La réparation du préjudice corporel : son évolution de 1930 à nos jours*, art. précité, p. 5. « Au fil des tableaux de jurisprudence chiffrée publiés dans les colonnes de la Gazette du Palais depuis 1956, l'évaluation globale, toutes causes confondues, a progressivement laissé place au détail de certains postes de préjudice, jusqu'à aboutir, aujourd'hui, à une nomenclature riche et détaillée ».

Le juge pouvait allouer des indemnités toutes causes de préjudices confondues, sans avoir à préciser la nature des préjudices personnels indemnisés<sup>507</sup>.

Les juristes n'ont jamais apprécié les approximations et les payeurs encore moins. Cette nécessité de dissocier les différents postes de préjudice a été renforcée par l'article 25 de la loi n°2006-1640 du 21 décembre 2006 modifiant les effets de l'action subrogatoire des tiers légalement tenus à réparation.

Ainsi la notion de préjudice a été de plus en plus théorisée (A) afin de faciliter sa mise en œuvre pratique (B).

---

<sup>507</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 7 mars 1985, n°83-15.509, Bull. civ, n°62, p. 43.

## A / Le préjudice : une notion théorique

« Le dommage a pendant longtemps été le grand oublié du droit de la responsabilité civile. Cette notion, oméga de cette matière, a en effet souvent été délaissée par la doctrine, davantage intéressée par l'étude des faits générateurs ou du lien de causalité. La situation a aujourd'hui changé. Le préjudice, notamment lorsqu'il naît d'un dommage corporel, est de plus en plus souvent sous les feux de la rampe. (...) Il en est la force d'attraction, ce vers quoi tout gravite, ce pour quoi tous les mécanismes actuels ont été mis en place » résume justement le Professeur Porchy-Simon<sup>508</sup>.

En ce sens, les modalités d'évaluation des atteintes à l'intégrité corporelle sont en voie d'harmonisation même si des différences notables subsistent ; c'est même la confusion qui domine.

Nous avons vu précédemment que le régime de l'expertise n'est pas unifié et qu'il existe des distinctions entre l'ordre administratif et l'ordre judiciaire.

Ce contraste ne se limite pas à la procédure ; en matière de préjudice, le juge civil et le juge administratif n'utilisent pas la même liste de préjudices. Bien qu'ils aient globalement tendance à se rejoindre, le juge civil (a) et le juge administratif (b) ont une conception du préjudice qui leur est propre.

L'un des rôles principaux de l'office de juge est de délimiter le contenu des postes de préjudice ainsi que leur articulation. Ainsi, il convient d'étudier successivement la méthode du juge civil et du juge administratif.

---

<sup>508</sup> S. Porchy-Simon, *Domage médical, entre dommage de droit commun et dommage spécial*, Gazette du Palais, 16 juin 2012, n°168, p. 26.

## a) Le préjudice selon le juge civil : la nomenclature Dintilhac

En 2003, le *rapport sur l'indemnisation du dommage corporel* sous la présidence d'Yvonne Lambert-Faivre, insistait sur la nécessité d'opérer « un classement et une nomenclature nécessaires à toute méthodologie de l'indemnisation » dans la mesure où « l'élaboration d'une nomenclature claire des différents chefs de préjudice fournit aux professionnels un listing-guide est un instrument d'homogénéité des décisions. En outre, elle donne une cohérence au droit de l'indemnisation en évitant une atomisation indéfinie de postes de préjudices, ingérable en droit »<sup>509</sup>.

Pour ce faire, le rapport proposait une nomenclature précise des chefs de préjudices<sup>510</sup> qui dissocie les préjudices économiques et non économiques d'une part pour la victime directe, et d'autre part, pour la victime indirecte par ricochet.

Afin de prolonger et de préciser la teneur de ce rapport, le secrétaire d'Etat chargé de l'aide aux victimes Nicole Guedj sollicite Jean-Pierre Dintilhac, alors président de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, afin de diriger un groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels.

Le but est double, il s'agit en premier lieu de proposer une nomenclature globale des postes de préjudice qui puisse servir aux professionnels du droit afin de rendre le droit du dommage corporel plus lisible.

La seconde raison étant que les dispositions de la loi du 21 décembre 2006 de financement de la sécurité sociale pour 2007 rendent un tel outil indispensable pour appliquer cette loi<sup>511</sup>.

Cette loi a pour origine une demande lancinante des conseils de victime d'un recours subrogatoire des caisses poste par poste sur les seules indemnités qu'elles ont pris en charge, à l'exclusion des préjudices à caractère personnel.

La nomenclature qui porte le nom du président Dintilhac a modifié en profondeur la pratique du dommage corporel comme le remarque le Professeur Philippe Brun : « elle a donné enfin au droit du dommage corporel un outil fiable d'ordonnement des chefs de préjudices réparables, instrument indispensable d'un système tout entier articulé autour du principe du recours poste par poste »<sup>512</sup>.

Le but de la nomenclature est bien de proposer une définition juridique et non limitative des postes indemnisables regroupés dans une liste distinguant les préjudices ayant une incidence économique de ceux ayant un caractère personnel. La nomenclature est pratiquement identique à celle proposée par le groupe de travail du Professeur Yvonne Lambert-Faivre en 2003.

---

<sup>509</sup> Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels dirigé par Jean-Pierre Dintilhac, juillet 2005, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/034000490.pdf>, p. 12.

<sup>510</sup> Ibid. p. 17.

<sup>511</sup> L. n° 2006-1640, 21 décembre 2006, de financement de la Sécurité sociale pour 2007 : JO 22 décembre 2006, p. 19315.

<sup>512</sup> P. Brun (entretien avec), *De la relativité des outils d'évaluation*, Gazette du Palais, 10 novembre 2012 n° 315, p. 31.

*Une nomenclature issue d'un groupe de réflexion.* Le groupe de travail présidé par le président Dintilhac est relativement hétéroclite ; il est composé en majorité de magistrats de l'ordre judiciaire (à qui la nomenclature est naturellement destinée) et un magistrat de l'ordre administratif ainsi que des avocats, des experts, des professeurs et des représentants politiques.

On peut d'ailleurs se demander s'il n'eût pas été préférable d'associer plus de magistrats de l'ordre administratif comme des conseillers d'Etat dans la mesure où le juge administratif a préféré une autre méthode.

La mission du groupe de travail était en substance de procéder à « l'établissement d'une nomenclature des chefs de préjudice corporel cohérente, reposant sur une distinction claire entre les préjudices économiques et non économiques, notamment en ce qui concerne l'incapacité permanente partielle »<sup>513</sup> en attendant une « réflexion ultérieure spécifique » sur « les règles de l'action récursoire des organismes sociaux sur les indemnités versées aux victimes »<sup>514</sup> (réflexion sur laquelle la Cour de cassation avait pris position dès 2004 en préconisant une indemnisation poste par poste des différents chefs de préjudice)<sup>515</sup>.

Le rapport fait état d'un certain ébranlement de la matière qui oscille entre diverses nomenclatures en vigueur<sup>516</sup>, lesquelles reposent sur une distinction hermétique entre les préjudices économiques et personnels<sup>517</sup>. Quant à l'incapacité permanente partielle, elle se situait entre un préjudice économique et un préjudice personnel<sup>518</sup>. Face au méli-mélo des préjudices, on comprend aisément qu'il était plus pratique pour les magistrats de liquider le préjudice corporel à la louche sans rentrer dans des détails rebelles.

Par la suite, le rapport indique la structure qu'il a favorisée pour la nomenclature : « le groupe de travail a finalement décidé de reprendre, en l'aménageant sensiblement, l'économie générale de la trilogie des divisions des postes de préjudice corporel habituellement admise tant en droit interne qu'en droit comparé, à savoir la distinction entre les préjudices de la victime directe et des victimes par ricochet, les préjudices patrimoniaux et extra-patrimoniaux, et les préjudices temporaires et permanents.

Il a également été décidé de supprimer de la nomenclature proposée l'emploi de sigles lesquels sont source de confusion dans l'esprit des praticiens comme des victimes qui ne retiennent pas tous une interprétation identique et univoque du sigle en question (par exemple le signe I.T.T. signifie "Incapacité

---

<sup>513</sup> Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels dirigé par Jean-Pierre Dintilhac, juillet 2005, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/064000217.pdf>, p. 1.

<sup>514</sup> Ibid. p. 2.

<sup>515</sup> Rapport annuel de la Cour de cassation 2004, *La vérité*, Paris, La Documentation Française, 2005, Première partie : suggestions de modifications législatives ou réglementaires, pp. 12-13.

<sup>516</sup> Celle du FIVA ou de l'AREDOC par exemple.

<sup>517</sup> Rapport Dintilhac pré-cité, p. 2.

<sup>518</sup> J. G. Moore, *La réparation du préjudice corporel : son évolution de 1930 à nos jours*, art. précité. : « L'évolution de l'« IPP » vers le « déficit fonctionnel permanent » – qui comporte d'autres composantes que les strictes répercussions fonctionnelles – n'est certainement pas achevée, et il appartient à la jurisprudence, ici aussi, de continuer son œuvre créatrice ».

Temporaire de Travail” pour certains et “Incapacité Totale de Travail” pour d’autres). En outre, pour tenir compte de la situation particulière de certaines victimes, le groupe recommande d’admettre l’existence d’un poste de préjudice spécifique destiné à réparer certains préjudices liés à des pathologies évolutives qui échappent à toute idée de consolidation de la victime de type contamination par le virus de l’hépatite C, le VIH, l’amiante ou la maladie de Creutzfeldt-Jakob »<sup>519</sup>.

**Un outil évolutif.** Le rapport précise, et c’est essentiel, que la nomenclature n’est pas gravée dans l’airain. Elle est évolutive et n’a pas vocation à être « un carcan rigide et intangible conduisant à exclure systématiquement tout nouveau chef de préjudice sollicité dans l’avenir par les victimes, mais plutôt comme une liste indicative – une sorte de guide – susceptible au besoin de s’enrichir de nouveaux postes de préjudice qui viendraient alors s’agréger à la trame initiale »<sup>520</sup>.

L’outil est donc une aide pour les magistrats et non une contrainte dans le sens où il n’a pas de valeur normative. Le rapport rappelle qu’il demeure « indispensable de laisser une place importante à l’office du juge qui est seul habilité à reconnaître au cas par cas l’existence de tel ou tel poste de préjudice en fonction de chaque victime »<sup>521</sup>.

**Un outil structuré autour de la notion de causalité.** Le contenu de chaque poste de préjudice de la nomenclature a été enrichi au fil du temps par la jurisprudence.

Néanmoins, la nomenclature est toute entière construite autour de la notion de consolidation qui est centrale en droit médical.

Le Doyen Cornu l’a définie ainsi : « état qui ressort, après l’arrêt des soins, de la blessure stabilisée et qui permet de déterminer l’étendue de l’incapacité définitive résultant de cette blessure »<sup>522</sup>. Cette date est définie lorsque les lésions sont fixes et prennent un caractère permanent ; un traitement n’est plus nécessaire hormis pour éviter une aggravation éventuelle.

Même s’il existe un système de provisions<sup>523</sup> et des recours fréquents aux sursis à statuer dans l’attente de nouvelles pièces ou d’un décompte<sup>524</sup>, la consolidation constitue en principe le point de départ de la liquidation de l’indemnisation du préjudice et trace la frontière entre les préjudices temporaires et permanents.

---

<sup>519</sup> Ibid. p. 4.

<sup>520</sup> Ibid.

<sup>521</sup> Ibid.

<sup>522</sup> G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 10<sup>e</sup> éd, Paris, PUF, Quadrige, p. 247.

<sup>523</sup> Le juge peut statuer sur l’évaluation d’un préjudice de manière provisoire. C’est le cas le plus souvent d’un préjudice subi par un enfant. Le juge peut alors allouer une rente jusqu’à la majorité dans l’attente d’une nouvelle saisine en vue de l’évaluation définitive du dommage (CE, 17 avril 1985, *Dpt de la Moselle c/ Épx M.*, req. n° 50438, Lebon T. 7322).

<sup>524</sup> Article 378 du Code de procédure civile : « la décision de sursis suspend le cours de l’instance pour le temps ou jusqu’à la survenance de l’événement qu’elle détermine » ; CA, Paris, 18 mars 2016, n°2016104, Pole 02 ch. 02 ; CA, Aix-en-Provence, 2 juillet 2015, n°14/06922, ch. 10.

Le code de la santé publique prévoit en son article L. 1142-28 que « les actions tendant à mettre en cause la responsabilité des professionnels de santé ou des établissements de santé publics ou privés à l'occasion d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins se prescrivent par dix ans à compter de la consolidation du dommage ».

Le principe ainsi posé, la nomenclature Dintilhac, composée de vingt postes de préjudice, dissocie selon les victimes directes et indirectes, la nature temporaire ou permanente du préjudice (avant ou après consolidation) ainsi que son caractère patrimonial ou extrapatrimonial.

Par conséquent, nous proposons d'analyser la nomenclature Dintilhac et ses prolongements tout en respectant sa trame à savoir en premier lieu les préjudices corporels de la victime directe (1) et, dans un second temps, les préjudices corporels des victimes indirectes dites victimes par ricochet (2).

### *1) Les préjudices corporels de la victime directe*

On distingue les préjudices patrimoniaux des préjudices extrapatrimoniaux de la victime directe.

#### - Les préjudices patrimoniaux de la victime directe

##### Avant consolidation :

Parmi les préjudices patrimoniaux temporaires de la victime directe (avant consolidation), la nomenclature propose en premier lieu d'indemniser les **dépenses de santé actuelles** qui, selon le rapport Dintilhac, consiste à « indemniser la victime directe du dommage corporel de l'ensemble des frais hospitaliers, médicaux, paramédicaux et pharmaceutiques (infirmiers, kinésithérapie, orthoptie, orthophonie, etc), le paiement de la plupart de ces dépenses étant habituellement pris en charge par les organismes sociaux. Cependant, il arrive fréquemment qu'à côté de la part payée par l'organisme social, un reliquat demeure à la charge de la victime, ce qui nécessite, afin de déterminer le coût exact de ses dépenses, de les additionner pour en établir le coût réel »<sup>525</sup>.

Il s'agit ici, pour la victime, de présenter les frais médicaux et d'hospitalisation avant sa consolidation en déduisant les sommes prises en charge par les organismes sociaux. En cela, ce n'est généralement pas le poste de préjudice le plus important et il arrive assez souvent qu'il ne soit pas sollicité<sup>526</sup>, les organismes sociaux ayant supporté ces charges<sup>527</sup>.

---

<sup>525</sup> Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels dirigé par Jean-Pierre Dintilhac, juillet 2005, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/064000217.pdf>, pp. 30-31.

<sup>526</sup> CA, Nancy, 23 février 2016, n°16/00472, ch. civile 01 ; CA, Aix-en-Provence du 10 mars 2016, n°2016/110, ch. 10 ; CA, Aix-en-Provence, 18 février 2016, n°14/14361.

<sup>527</sup> « Frais pris en charge par la CPAM » : CA Rouen, 10 février 2016, n°15/00929, ch. civile 01 .

Naturellement, la victime doit produire des justificatifs<sup>528</sup> et ainsi « rapporter la preuve, à sa charge, d'en avoir personnellement supporté le coût final alors que de telles dépenses sont normalement prises en charge par l'organisme social »<sup>529</sup>. Néanmoins, le juge civil semble avoir une vision assez large de ce poste de préjudice qui englobe « des frais d'hospitalisation, frais médicaux et pharmaceutiques » mais aussi « des frais de transports, de massages, d'actes de radiologie et divers »<sup>530</sup>.

Après les dépenses actuelles de santé, on trouve le préjudice de *frais divers* qui porte bien son nom : « il s'agit ici de prendre en compte tous les frais susceptibles d'être exposés par la victime directe avant la date de consolidation de ses blessures (...) Il concerne notamment les honoraires que la victime a été contrainte de déboursier auprès de médecins pour se faire conseiller et assister à l'occasion de l'expertise médicale le concernant (...) également les frais de transports survenus durant la maladie traumatique, dont le coût et le surcoût sont imputables à l'accident (...) les dépenses destinées à compenser des activités non professionnelles particulières qui ne peuvent être assumées par la victime directe durant sa maladie traumatique ».

Le rapport Dintilhac précise à ce sujet que la liste de ces frais divers n'est pas exhaustive<sup>531</sup>.

La jurisprudence illustre le caractère relativement ouvert de ce poste, on trouve aussi bien les honoraires du médecin conseil<sup>532</sup> (en produisant la note d'honoraires du médecin)<sup>533</sup>, l'assistance temporaire de tierce personne<sup>534</sup>, les frais d'aide-ménagère<sup>535</sup>, le coût d'un bilan neuropsychologique ou des frais de chambre particulière<sup>536</sup>, les frais de déplacement (notamment selon un coût kilométrique)<sup>537</sup>.

Il arrive aussi que la victime demande un préjudice sur un autre poste de préjudice alors que ce dernier est prévu initialement dans les frais divers<sup>538</sup>. Le juge a donc aussi un rôle pédagogique.

Enfin, le poste de *pertes de gains professionnels actuels* permet de clarifier l'ancien vocable d'incapacité temporaire de travail (I.T.T) qui regroupait à la fois l'incapacité professionnelle et l'incapacité fonctionnelle non économique et personnelle.

---

<sup>528</sup> Sur des séances de psychothérapie par exemple : CA, Paris, 18 mars 2016, n°14/24724, Pôle 02, ch. 02.

<sup>529</sup> CA, Aix-en-Provence, 17 mars 2016, n°2016/126, ch. 10.

<sup>530</sup> CA, Aix-en-Provence, 10 mars 2016, n°2016/110, ch. 10.

<sup>531</sup> Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels dirigé par Jean-Pierre Dintilhac, juillet 2005, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/064000217.pdf>, p. 31.

<sup>532</sup> CA, Aix-en-Provence, 18 février 2016, n°14/14361, ch. 10.

<sup>533</sup> CA, Colmar, 25 novembre 2015, n°15/702, ch. civile, 02 sect. A.

<sup>534</sup> CA, Aix-en-Provence, 17 mars 2016, n°2016/126, ch. 10.

<sup>535</sup> CA, Dijon, 15 décembre 2015, n°13/01778, ch. civile. 01.

<sup>536</sup> CA, Versailles, 14 janvier 2016, n°14/00103, ch. 02.

<sup>537</sup> CA, Douai, 10 mars 2016, n°16/244, ch. 03.

<sup>538</sup> CA, Douai, 28 janvier 2016, n°16/81, ch. 03.

Un poste inintelligible déjà dénoncé par le rapport Lambert-Faivre et source de confusion juridique selon le rapport Dintilhac<sup>539</sup>. Ce d'autant plus que les différentes juridictions appréhendaient d'une manière très éloignée ce poste de préjudice en se cantonnant parfois au seul préjudice économique.

« Le groupe de travail propose en conséquence de cantonner les pertes de gains liées à l'incapacité provisoire de travail à la réparation exclusive du préjudice patrimonial temporaire subi par la victime du fait de l'accident, c'est-à-dire aux pertes actuelles de revenus éprouvées par cette victime du fait de son dommage (...) bien sûr, ces pertes de gains peuvent être totales (...) ou partielles (...) l'évaluation judiciaire ou amiable de ces pertes de gains doit être effectuée *in concreto* au regard de la preuve d'une perte de revenus établie par la victime jusqu'au jour de sa consolidation »<sup>540</sup>.

Pour le juge civil « ce poste vise à compenser une incapacité temporaire spécifique concernant les répercussions sur la sphère professionnelle de la victime et doit être évalué au regard de la preuve d'une perte effective de revenus »<sup>541</sup>.

En toute logique, si le gérant d'une entreprise « ne fournit aucune donnée ni sur l'importance de l'activité antérieure ni sur ses propres prévisions d'activités »<sup>542</sup>, alors la demande au titre d'une perte de gains professionnels actuels n'est pas démontrée.

Ce poste de préjudice est loin d'être évident car il s'agit de prévisions : le juge se livre parfois à un exercice laborieux ; il doit prendre en compte le revenu annuel de référence<sup>543</sup> (ou une moyenne mensuelle<sup>544</sup>), la conformité du temps d'arrêt de travail avec les conclusions de l'expertise, le recours subrogatoire des tiers payeurs.

En témoigne un arrêt de la cour d'appel de Douai daté de 2016<sup>545</sup> qui, à travers un long raisonnement, établit l'existence d'un préjudice de pertes de gains professionnels actuels alors même que le jugement de premier degré ne s'était pas attardé sur la réalité du préjudice, faute d'éléments.

On peut aussi rapporter un arrêt de la cour d'appel de Paris qui soutient qu'un tel poste est déterminé « en fonction des attestations de ses employeurs, de préférence aux bulletins de paye des mois précédant l'accident, les premières ayant l'avantage de prendre en compte l'ensemble des nombreuses et diverses primes (prime de pénibilité, de remplacement, pour non-accident, pour entretien du véhicule, d'activité, de Noël, pour jours de récupération, etc.) qu'il aurait dû percevoir, notamment en fin d'année »<sup>546</sup>.

---

<sup>539</sup> Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels dirigé par Jean-Pierre Dintilhac, juillet 2005, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/064000217.pdf>, p. 32.

<sup>540</sup> Ibid.

<sup>541</sup> CA, Aix-en-Provence, 10 mars 2016, n°2016/110, ch. 10.

<sup>542</sup> Ibid.

<sup>543</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 3 octobre 2013, n°12-23377 : « En cas de décès de la victime directe, le préjudice patrimonial subi par l'ensemble de la famille proche du défunt doit être évalué en prenant en compte comme élément de référence le revenu annuel du foyer avant le dommage ayant entraîné le décès de la victime directe en tenant compte de la part de consommation personnelle de celle-ci, et du salaire que continue à percevoir le conjoint ».

<sup>544</sup> CA, Lyon, 23 février 2016, n°14/06273, ch. civile 01.

<sup>545</sup> CA, Douai, 10 mars 2016, n°16/244, ch. 03.

<sup>546</sup> CA, Paris, 11 mars 2013, n°11/17001.

Enfin, les opportunités manquées d'avoir un nouvel emploi ou une chance sérieuse de promotion durant ladite période peuvent être prises en compte<sup>547</sup>.

Ces arrêts démontrent combien le juge, pour évaluer des postes de préjudice *in concreto*, se doit d'être rigoureux.

#### Après consolidation :

La partie la plus importante de l'indemnisation découle le plus souvent des préjudices patrimoniaux permanents -et donc après consolidation- de la victime directe. Ils sont d'autant plus déterminants qu'ils réparent le préjudice économique subi pour le reste de l'existence de la victime directe.

On y trouve en premier lieu les **dépenses de santé futures** qui représentent les mêmes dépenses que les dépenses de santé actuelles mais après la consolidation « dès lors qu'ils sont médicalement prévisibles, répétitifs et rendus nécessaires par l'état pathologique permanent et chronique de la victime après sa consolidation définitive (frais liés à des hospitalisations périodiques dans un établissement de santé, à un suivi médical assorti d'analyses, à des examens et des actes périodiques, des soins infirmiers, ou autres frais occasionnels, etc.). Ces frais futurs ne se limitent pas aux frais médicaux au sens strict : ils incluent, en outre, les frais liés soient à l'installation de prothèse (...) soit à la pose d'appareillages spécifiques (...) »<sup>548</sup>.

La jurisprudence précise qu'ils peuvent être occasionnels mais ces derniers doivent être prévisibles<sup>549</sup> et ces dépenses doivent évidemment résulter de la faute médicale<sup>550</sup>. Quand bien même le besoin serait attesté par l'expert, la victime ne peut se limiter à réclamer une somme forfaitaire sans apporter des éléments permettant d'en chiffrer le coût à sa charge finale<sup>551</sup>. Le poste peut être liquidé sous forme de capital basé selon une moyenne annuelle des dépenses de santé en application d'un barème fixant une moyenne conjuguant un taux directeur avec l'espérance de vie de la personne<sup>552</sup>.

On y trouve par exemple des appareillages<sup>553</sup>, des frais de suivi psychologique<sup>554</sup>, des séances de kinésithérapie, des frais de déplacement ou de petit matériel<sup>555</sup>.

---

<sup>547</sup> CA, Douai, 30 juin 2011, n°10/00458.

<sup>548</sup> Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels dirigé par Jean-Pierre Dintilhac, juillet 2005, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/064000217.pdf>, pp. 32-33.

<sup>549</sup> CA, Aix-en-Provence, 17 mars 2016, n°2016/126, ch. 10.

<sup>550</sup> CA, Colmar, 5 février 2016, n°104/2016, ch. civile 02 sect. a.

<sup>551</sup> CA, Colmar 23 octobre 2015 n°654/2014, ch. civile 02 sect. a.

<sup>552</sup> CA, Bordeaux, 5 août 2015, n°14/1240.

<sup>553</sup> CA, Bastia, 8 juillet 2015, n°13/00142, ch. civile B.

<sup>554</sup> CA, Lyon, 4 février 2016, n°14/02027, ch. 06.

<sup>555</sup> CA, Aix-en-Provence, 2 juillet 2015, n°14/06922, ch. 10.

La nomenclature prévoit aussi l'indemnisation des *frais de logement adapté* qui correspond aux frais que la victime directe doit déboursier « à la suite du dommage pour adapter son logement à son handicap et bénéficier ainsi d'un habitat en adéquation avec ce handicap » étant entendu que « les frais d'adaptation du logement exposés, temporaires, sont déjà susceptibles d'être indemnisés au titre du poste de préjudice divers ».

Le rapport précise que, comme la plupart des postes de préjudice patrimoniaux, l'indemnisation intervient *in concreto* « sur la base de factures, de devis ou même des conclusions du rapport de l'expert sur la consistance et le montant des travaux nécessaires à la victime pour vivre dans son logement ».

Il inclut « non seulement l'aménagement du domicile préexistant, mais éventuellement celui découlant de l'acquisition d'un domicile mieux adapté prenant en compte le surcoût financier engendré par cette acquisition (...) il est possible d'inclure (...) les frais de déménagement et d'emménagement » (...). Enfin, ce poste intègre également les frais de structure nécessaires pour que la victime handicapée puisse disposer d'un autre lieu de vie extérieur à son logement habituel de type foyer ou maison médicalisée »<sup>556</sup>.

Ces frais peuvent être le fait de l'extension de la surface du logement (en incluant la taxe foncière liée à celle-ci<sup>557</sup>) ou l'aménagement d'une partie de l'habitat comme la cuisine ou la salle d'eau sur la base du rapport d'expertise<sup>558</sup> ou de l'avis d'un ergothérapeute quand bien même son rapport « n'a pas été établi contradictoirement, mais constitue un élément probant soumis à l'appréciation et à la discussion des parties »<sup>559</sup>. Le bilan de fonctionnement de l'ergothérapeute est le plus souvent mené selon la Classification Internationale du Fonctionnement, du handicap et de la santé (CIF) de l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS)<sup>560</sup>.

Le poste des frais de logement adapté concerne aussi des objets à acquérir pour l'habitat comme un sommier motorisé, un monte escalier adaptable sur tout fauteuil roulant<sup>561</sup>, la pose de barres dans les sanitaires<sup>562</sup> ou leur modification comme l'aménagement domotique d'une douche<sup>563</sup> ou la pose d'une douche avec siège<sup>564</sup>.

---

<sup>556</sup> Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels dirigé par Jean-Pierre Dintilhac, juillet 2005, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/064000217.pdf>, p. 33.

<sup>557</sup> CA, Douai, 23 septembre 2010, n°05/03441.

<sup>558</sup> CA, Dijon, 15 décembre 2015, n°13/01778, ch. civile 01.

<sup>559</sup> CA, Douai, 28 janvier 2016, n°16/81, ch. 03 ; Pour plus de précisions sur les critères de prises en charge de l'acquisition d'un logement adapté : A. Coviaux, *Logement adapté : vers un élargissement des critères de prise en charge de l'acquisition*, Gazette du Palais, juin 2017, n°21, p. 59 sous Cass. 2<sup>e</sup> civ, 2 février 2017, n° 15-29527 ; Cass. 2<sup>e</sup> civ, 18 mai 2017, n°16-15912.

<sup>560</sup> [http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/42418/1/9242545422\\_fre.pdf](http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/42418/1/9242545422_fre.pdf) ; Pour mesurer l'interaction d'un individu avec son environnement, elle s'appuie sur l'étude de neuf domaines : 1) Apprentissage et application des connaissances 2) Tâches et exigences générales 3) Communication 4) Mobilité 5) Entretien personnel 6) Vie domestique 7) Relations et interactions avec autrui 8) Grands domaines de la vie 9) Vie communautaire, sociale et civique.

<sup>561</sup> CA, Nîmes, 2 mars 2010, n°04/03639, ch. civile 01.

<sup>562</sup> CA, Douai, 26 mars 2015, n°15/239, ch. 03.

<sup>563</sup> CA, Bordeaux, 11 mars 2015, n°13/4650, ch. civile 05.

<sup>564</sup> CA, Amiens, 20 mai 2014, n°12/02048, ch. civile 01.

Il peut nécessiter l'acquisition d'un logement entier lorsque la victime n'est pas propriétaire de son logement<sup>565</sup>. Cette indemnisation doit permettre d'acquérir un logement équivalent et non de le remplacer par l'acquisition d'un bien plus confortable dont la valeur est supérieure au bien initial<sup>566</sup>.

De cette manière, les juges indemnisent plus volontiers le surcoût d'un nouveau logement<sup>567</sup> que son remplacement total en prenant en compte au besoin les frais de déménagement et d'emménagement<sup>568</sup>.

Les victimes doivent fournir un devis<sup>569</sup>, des factures ou des documents médicaux<sup>570</sup> en lien avec le handicap<sup>571</sup>.

La nomenclature ajoute que les *frais de véhicule adapté* peuvent être indemnisés.

Ils correspondent aux « dépenses nécessaires pour procéder à l'adaptation d'un ou de plusieurs véhicules aux besoins de la victime atteinte d'un handicap permanent » ainsi que « les surcoût(s) lié(s) au renouvellement du véhicule et à son entretien.

En revanche, les frais liés à l'adaptation, à titre temporaire, du véhicule avant consolidation (...) sont déjà susceptibles d'être indemnisés au titre du poste « Frais divers »<sup>572</sup>.

Ce poste peut comprendre l'utilisation d'un véhicule avec boîte automatique quand cette nécessité résulte de l'expertise médicale<sup>573</sup> ainsi que la nécessité d'équiper son véhicule de commandes de frein et d'accélérateur au volant<sup>574</sup>.

Les juges admettent parfois que la victime puisse renouveler son véhicule en faisant une prévision pour l'avenir. Ainsi la cour d'appel d'Amiens a jugé qu'une victime de trente-huit ans pouvait, eu égard à son espérance de vie, demander raisonnablement à ce que les frais de véhicule adapté comprennent huit renouvellements (et non dix comme demandé<sup>575</sup>). A l'inverse, la cour d'appel de Bastia a estimé que « seuls les frais d'adaptation du véhicule au handicap de Mme R. peuvent être mis à la charge des intimés et non les frais de remplacement d'un véhicule usagé qu'elle aurait été amenée à remplacer par un

---

<sup>565</sup> CA, Lyon, 11 juillet 2013, n°13/06546, ch. 04.

<sup>566</sup> A. Coviaux, *Logement adapté : l'indemnisation doit permettre d'acquérir un logement équivalent*, Gazette du Palais, 08 octobre 2013 n° 281, p. 23 ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 13 juin 2013, n°10-11834.

<sup>567</sup> CA, Versailles, 20 janvier 2011, n°09-08694 : « que la différence de valeur entre l'appartement dans lequel vivait Monsieur S. avant l'accident et celui acquis en 2004 se chiffre à 52 400 € ».

<sup>568</sup> Cass. crim, 21 septembre 2010, n°09-85937.

<sup>569</sup> CA, Poitiers, 16 février 2011, n°10-00024.

<sup>570</sup> CA, Nancy, 11 janvier 2010, n°03-02087.

<sup>571</sup> CA, Douai, 21 octobre 2010, n°09-01000.

<sup>572</sup> Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels dirigé par Jean-Pierre Dintilhac, juillet 2005, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/064000217.pdf>, p. 34.

<sup>573</sup> CA, Lyon, 15 décembre 2015, n°14/03460, ch. civile 01 B.

<sup>574</sup> CA, Amiens, 8 septembre 2015, n°13/06570, ch. civile 01.

<sup>575</sup> Ibid.

véhicule neuf »<sup>576</sup>. La plupart du temps, les juridictions prennent en compte la nécessité de remplacement du véhicule en évoquant les « frais de renouvellement du véhicule adapté »<sup>577</sup>.

Dans ces préjudices patrimoniaux permanents, on trouve le poste de préjudice le plus important en matière d'indemnisation : l'*assistance par une tierce personne* qui, calculée sur le reste de la vie ou sur plusieurs années, représente souvent des sommes importantes.

Les avocats de victimes sont donc particulièrement attentifs à ce poste.

« Ces dépenses sont liées à l'assistance permanente d'une tierce personne pour aider la victime handicapée à effectuer les démarches et plus généralement les actes de la vie quotidienne. Elles visent à indemniser le coût pour la victime de la présence nécessaire, de manière définitive, d'une tierce personne à ses côtés pour l'assister dans les actes de la vie quotidienne, préserver sa sécurité, contribuer à restaurer sa dignité et suppléer sa perte d'autonomie » selon le rapport Dintilhac<sup>578</sup>.

La description est simple en apparence mais succincte par rapport aux enjeux pratiques. En effet, on se base généralement sur les évaluations de l'expert pour estimer ce besoin. Une fois les besoins déterminés, il faut trouver un tarif horaire pratiqué par les organismes prestataires et ce dernier varie considérablement d'une région à une autre<sup>579</sup>.

Il faut dans le même temps calculer les arrérages en se plaçant au jour de la liquidation et le capital représentatif de la rente en utilisant le plus souvent la dernière table de capitalisation des rentes publiée par *La Gazette du Palais*. La dernière table de capitalisation, datée de 2013 et jugée « la plus appropriée »<sup>580</sup> et « la plus récente »<sup>581</sup>, a été rapidement utilisée par les juridictions civiles.

La cour d'appel de Paris nous donne une application assez claire de la méthodologie employée<sup>582</sup> (cet emploi est dispensé de charges sociales patronales conformément à l'article L.241-10 du code de la sécurité sociale mais aucune dispense n'est possible en matière de part salariale. Il faut donc prendre en compte les cinq semaines annuelles de congés payés<sup>583</sup>).

On notera dans ledit arrêt que la victime est âgée de 58 ans et qu'elle a besoin de deux personnes non spécialisées à hauteur de 6h par jour. Malgré son âge avancé et, en considérant son espérance de vie, l'indemnisation atteint près d'un demi-million d'euros.

---

<sup>576</sup> CA, Bastia, 8 juillet 2015, n°13/00142, ch. civile B.

<sup>577</sup> CA, Bordeaux, 14 janvier 2015, n°13/1303, ch. civile 05.

<sup>578</sup> Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels dirigé par Jean-Pierre Dintilhac, juillet 2005, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/064000217.pdf>, p. 34.

<sup>579</sup> Elle peut aller jusqu'à près de 19€ / heure à Paris. CAA Paris, 4 mars 2009, n°07PA00866 pour 14€ / heure à Bordeaux. CA Bordeaux, 23 mai 2008, n°07/01585.

<sup>580</sup> CA, Agen, 7 mars 2016, n°14/00543, ch. civile ; v. aussi CA, Paris, 18 mars 2016, n°14/24724, Pôle 02 ch. 02.

<sup>581</sup> CA, Rouen, 10 février 2016, n°15/00929, ch. civile 01. Elle a été supplantée depuis par la table de 2016.

<sup>582</sup> CA, Paris, 18 mars 2016, n°2016104, Pôle 02 ch. 02.

<sup>583</sup> CA, Paris, 20 octobre 2008, n°04/09331.

Il convient donc, pour les professionnels du droit, de porter une attention particulière à ce poste de préjudice parfois oublié<sup>584</sup> (une simple provision pour une jeune victime peut dépasser les 100 000 € à l'année<sup>585</sup>). D'abord utilisé pour les grands handicapés, ce poste a été ensuite élargi à l'ensemble des victimes tant à temps partiel qu'à titre définitif. L'innovation est réalisée grâce à l'office du juge avec la cour d'appel de Paris qui, pour la première fois, en 1970, accorde une aide-ménagère d'une heure et demie, pendant deux mois, à une victime âgée de 50 ans, dont le déficit est de 9%<sup>586</sup>.

De manière plus arrêtée, la jurisprudence est constante sur le fait que la victime puisse librement utiliser le montant de l'indemnisation.

Dans le même ordre d'idée, la Cour de cassation a précisé que le montant d'une indemnité allouée au titre de l'assistance d'une tierce personne ne saurait être réduit en cas d'assistance bénévole par l'entourage<sup>587</sup>. Il arrive assez souvent que l'expert ne mentionne pas spontanément un besoin en tierce personne à moins que les parties ne lui posent la question pendant l'expertise ou à travers un dire.

Un arrêt de la cour d'appel de Douai<sup>588</sup> est intéressant puisqu'il fait, eu égard aux constatations médicales, état d'un besoin en tierce personne alors que ni l'expert, ni l'ergothérapeute ne l'avaient mentionné explicitement.

On est ici au cœur de l'office du juge quand ce dernier, afin de liquider le préjudice corporel, prend certaines libertés à l'égard de l'expertise tout en justifiant ses choix.

Le juge d'appel est parfois assez stricte dans l'indemnisation de ce poste de préjudice estimant parfois que ce poste « ne concerne que les lourds handicaps (...) étant précisé d'une part, que la pénibilité éventuellement accrue (et non l'impossibilité qui n'est pas prouvée) de se livrer aux tâches auxquelles elle se livrait précédemment, avec plus de facilité, est prise en compte dans le cadre de l'indemnisation du déficit fonctionnel permanent »<sup>589</sup>. Une autre cour d'appel précise aussi que « la gêne, incontestable, ressentie par la victime dans ses conditions d'existence personnelles, par exemple pour faire ses courses ou des travaux ménagers, est par ailleurs réparée au titre du déficit fonctionnel permanent »<sup>590</sup>.

---

<sup>584</sup> CA, Montpellier, 27 janvier 2016, n°13/03797, ch. 01 : la cour constate qu'une tierce personne est sollicitée depuis plusieurs années mais qu'aucune demande de réparation de préjudice n'est formulée.

<sup>585</sup> V. en matière d'accidents de la circulation pour une victime âgée de 2 ans non consolidée pour laquelle il a été demandé une provision en référé d'heure à heure. CA, Paris, 2 décembre 2005, n°03/11892, ch. 01.

<sup>586</sup> J. G. Moore, *La réparation du préjudice corporel : son évolution de 1930 à nos jours*, art. précité ; CA, Paris, 24 janvier 1970 : Gazette du Palais, Rec. 1970, I, somm. p. 29.

<sup>587</sup> Ass. Plén. 28 novembre 2001, Bull. 2001, Ass. Plén., n° 15, pourvoi n° 00-14.248 ; Cass. 2<sup>e</sup> Civ. 5 juin 2003, Bull. 2003, II, n° 176, p. 151, pourvoi n° 01-16.335.

<sup>588</sup> CA, Douai, 28 janvier 2016, n°16/81, ch. 03 : « L'ergothérapeute sollicité par la victime qui s'est rendu au domicile a pu constater également l'implication des enfants dans les tâches ménagères ».

<sup>589</sup> CA, Dijon, 15 décembre 2015, n°13/01778, ch. Civile.

<sup>590</sup> CA, Aix-en-Provence, 28 mars 2012, n°10/08583, ch. 10.

Par la suite, la nomenclature Dintilhac présente deux préjudices professionnels : le premier est le poste de **pertes de gains professionnels futurs** :

« Il s'agit ici d'indemniser la victime de la perte ou de la diminution de ses revenus consécutive à l'incapacité permanente à laquelle elle est désormais confrontée dans la sphère professionnelle à la suite du dommage »<sup>591</sup>.

Ce poste indemnise entre autres et sous réserves de justifier la perte de revenus par des pièces versées aux débats<sup>592</sup> : la nécessité de travailler à mi-temps<sup>593</sup>, un reclassement professionnel, une invalidité<sup>594</sup>, une inaptitude à poursuivre son emploi<sup>595</sup> comme à exercer toute autre activité (en imputant le cas échéant la prestation ou la pension d'invalidité<sup>596</sup>), « une perte de chance sérieuse de pouvoir continuer son activité professionnelle au-delà de 60 ans jusqu'à l'âge de 65 ans »<sup>597</sup>.

Il arrive fréquemment que les pertes de gains professionnels futurs soient source de confusions avec le poste **incidence professionnelle** qui lui ressemble<sup>598</sup> (et qui se confond avec lui parfois<sup>599</sup>) car, comme le prévoit le rapport Dintilhac, c'est un complément.

« Ce poste à caractère définitif a pour objet d'indemniser non la perte de revenus liée à l'invalidité permanente de la victime, mais les incidences périphériques du dommage touchant à la sphère professionnelle comme le préjudice subi par la victime en raison de sa dévalorisation sur le marché du travail, de sa perte d'une chance professionnelle, ou de l'augmentation de la pénibilité de l'emploi qu'elle occupe imputable au dommage ou encore du préjudice subi qui a trait à sa nécessité de devoir abandonner la profession qu'elle exerçait avant le dommage au profit d'une autre qu'elle a dû choisir en raison de la survenance de son handicap »<sup>600</sup>.

Ce poste de préjudice cherche également à indemniser la perte de retraite que la victime va devoir supporter en raison de son handicap, c'est-à-dire le déficit de revenus futurs, estimé imputable à

---

<sup>591</sup> Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels dirigé par Jean-Pierre Dintilhac, juillet 2005, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/064000217.pdf>, p. 34.

<sup>592</sup> CA, Rennes, 4 mars 2015, n°13/08111.

<sup>593</sup> CA, Limoges, 5 février 2015, n°13/00846, ch. Civile.

<sup>594</sup> CA, Reims, 9 juin 2015, n°13/02123.

<sup>595</sup> CA, Paris, 11 mars 2013, n°11/17001.

<sup>596</sup> CA, Aix-en-Provence, 18 juin 2015, n°2015/297, ch. 10.

<sup>597</sup> CA, Paris, 20 février 2015, n°13/21538, Pole 02 ch. 02.

<sup>598</sup> Par exemple : une victime qui demande une perte de chance de retrouver un emploi dans le poste des pertes de gains professionnels futurs. La Cour précise que sa demande au titre d'une perte de chance relève de l'incidence professionnelle. CA, Douai, 28 janvier 2016, n°16/8, ch. 03.

<sup>599</sup> CA, Paris, 25 juin 2013, n°09/02013 : « Pertes de gains professionnels futurs et incidence professionnelle : Il ressort de ces éléments que les séquelles de l'accident interdisent à la victime de prétendre à une évolution favorable de sa carrière ; elles limitent en conséquence ses gains professionnels ainsi que ses droits à la retraite, et entraînent de surcroît une pénibilité accrue dans l'exercice de son emploi ».

<sup>600</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 16 janvier 2014, n°12-35355, Cass. 2<sup>e</sup> civ, 15 décembre 2011, n°11-11159, *L'incidence professionnelle* in Gazette du Palais, 10 août 2010, p. 7, 12560.

l'accident, qui va avoir une incidence sur le montant de la pension auquel pourra prétendre la victime au moment de sa prise de retraite <sup>601</sup>.

En pratique, les juges affirment que « l'incidence professionnelle correspond aux séquelles qui limitent les possibilités professionnelles ou rendent l'activité professionnelle antérieure plus fatigante ou plus pénible »<sup>602</sup>.

Ainsi ce poste est justifié lorsque la victime ne peut plus exercer son travail antérieur<sup>603</sup>, ni un travail régulier du fait des difficultés de concentration<sup>604</sup>, lorsque celle-ci se trouve exclue du monde du travail et dont la retraite se trouve ainsi réduite<sup>605</sup>, lorsque l'infirmité présente un obstacle à « l'évolution de carrière que pouvait espérer la victime »<sup>606</sup>.

On le retrouve aussi quand la victime est inapte « à un travail nécessitant la position debout prolongée, des déplacements prolongés ou fréquents ; seul un travail assis et à temps partiel pourrait être envisagé »<sup>607</sup> ou enfin quand cette dernière ne peut plus reprendre l'activité familiale<sup>608</sup>.

Ce poste a aussi un versant subjectif dans la mesure où il reconnaît aussi le désœuvrement, la dévalorisation sociale de la personne, voire l'existence « d'un syndrome dépressif grave s'accompagnant d'une anxiété non négligeable »<sup>609</sup>.

L'incidence professionnelle peut également s'évaluer en pourcentage du salaire antérieur, voire du SMIC à défaut d'autre référence. Le pourcentage tient compte de la pénibilité ou de la dévalorisation professionnelle occasionnées par les séquelles. L'indemnisation peut être capitalisée jusqu'à l'âge présumé de la retraite<sup>610</sup>, même en cas de reprise du travail<sup>611</sup>.

En 2010, des avocats ont proposé dans *La Gazette du Palais*<sup>612</sup> un panorama très instructif de l'incidence professionnelle avec des décisions, des constats et une conclusion d'ensemble.

Pour finir, parmi les préjudices patrimoniaux permanents de la personne directe, la nomenclature Dintilhac inclut un **préjudice scolaire, universitaire ou de formation** ayant « pour objet de réparer la perte d'année(s) d'études que ce soit scolaire, universitaire, de formation ou autre consécutive à la

---

<sup>601</sup> Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels dirigé par Jean-Pierre Dintilhac, juillet 2005, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/064000217.pdf>, pp. 35-36.

<sup>602</sup> CA, Lyon, 12 mars 2015, n°13/07131, ch. 06.

<sup>603</sup> CA, Paris, 23 janvier 2013, n°08/21547 : pour le cas d'un maquilleur qui ne peut plus travailler assis.

<sup>604</sup> Ibid.

<sup>605</sup> CA, Paris, 20 février 2015, n°13/21538.

<sup>606</sup> CA, Limoges, 5 février 2015, n°13/00846, ch. civile.

<sup>607</sup> CA, Lyon, 15 décembre 2015, n°14/03460, ch. civile 01 B.

<sup>608</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 16 janvier 2014, n°13-10566 : « Le fait, pour une victime mineure qui ambitionnait de reprendre l'activité de ses parents qu'elle accompagnait par ailleurs en se formant avec eux et qui se trouve dans l'impossibilité de continuer son projet constitue une perte de chance de reprendre avec succès l'activité de ses parents ».

<sup>609</sup> CA, Pau, 17 janvier 2008, n°02/02031.

<sup>610</sup> CA, Nancy, 21 mai 2013, n°12-01945 ; note F. Bibal, *Gazette du Palais*, juin 2013, n°172 à 173, p. 43.

<sup>611</sup> TGI, Nancy, 28 janvier 2015, n° 13/03407 ; CA Pau, 13 mars 2014, n°12-00526.

<sup>612</sup> C. Bernfeld, J-G. Moore, *Panorama sur l'incidence professionnelle*, *Gazette du Palais*, 10 août 2010 n° 222, p. 21 : CA, Paris, 23 mars 2009, °02/09590.

survenance du dommage subi par la victime directe. Ce poste intègre, en outre, non seulement le retard scolaire ou de formation subi, mais aussi une possible modification d'orientation, voire une renonciation à toute formation qui obère ainsi gravement l'intégration de cette victime dans le monde du travail »<sup>613</sup>.

Ce préjudice est attesté lorsque la victime « n'a pas pu poursuivre la formation universitaire à laquelle il se destinait et s'est réorienté »<sup>614</sup>. Le préjudice scolaire est aussi justifié quand l'accident a causé un retard dans la scolarité de la victime<sup>615</sup>. Les juges veillent à ce qu'il n'y ait pas de doublons ; tous les postes de préjudice ne se valent pas ; certains sont plus globaux alors que d'autres sont périphériques : « en effet l'exclusion du système d'apprentissage scolaire universitaire et de formation en raison de son handicap total a été déjà prise en compte au titre des PGPF et du préjudice d'agrément résultant de la privation du plaisir d'apprendre »<sup>616</sup>. Ce préjudice de scolarité peut donc être compensé par le fait que « dans le calcul de son préjudice résultant de sa perte de gains et salaires futurs, il a été tenu compte de sa perte de chance de poursuivre un cursus de formation moyen »<sup>617</sup>.

Nous précisons cependant qu'il n'est pas toujours évident de bien discerner tous les préjudices ; parfois les cours d'appel liquident plusieurs préjudices en faisant des regroupements.

Ainsi en est-il du préjudice scolaire, de pertes de gains professionnels futurs et d'incidence professionnelle comme en témoigne un arrêt de la cour d'appel de Versailles de 2011<sup>618</sup>. Cet arrêt montre aussi l'aspect social du préjudice car le juge prend en compte le niveau social et professionnel élevé des parents qui pouvait aggraver son préjudice scolaire dans un cadre jugé propice à son développement. La question demeure : le préjudice scolaire éprouvé par l'enfant dépend-il du niveau d'études des parents ? Il est difficile de nier cette influence comme il est délicat d'opérer de telles distinctions.

Les juridictions n'utilisent pas toujours le même terme, on parle tantôt de préjudice scolaire, de scolarité, mais aussi simplement de préjudice professionnelle<sup>619</sup> ; ce qui pourrait laisser croire qu'il se confond avec l'incidence professionnelle.

Dans une démarche plus naturelle, il serait sans doute préférable, par souci de clarté, que les magistrats utilisent les dénominations exactes de la nomenclature Dintilhac. Il faudrait les évoquer dans l'ordre où elles apparaissent dans la nomenclature.

---

<sup>613</sup> Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels dirigé par Jean-Pierre Dintilhac, juillet 2005, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/064000217.pdf>, p. 36.

<sup>614</sup> CA, Lyon, 13 janvier 2015, n°12/08505, ch. civile 01 B.

<sup>615</sup> CA, Paris, 13 avril 2012, n°10/10168, Pole 02 ch. 02 : « compte tenu de la complication survenue, le séjour de Mlle Bent E. en France s'est prolongé, ce qui a nécessairement perturbé sa scolarité » ; v. aussi CA, Bordeaux, 25 janvier 2012, n°10/5701, ch. civile 05.

<sup>616</sup> CA, Bordeaux, 14 janvier 2015, n°13/1303, ch. civile 05.

<sup>617</sup> CA, Saint-Denis-de-la-Réunion, 15 mars 2013, n°11/01439, ch. civile.

<sup>618</sup> Sur la distinction entre le préjudice scolaire, universitaire ou de formation et la perte de gains professionnels futurs et l'incidence professionnelle : CA, Versailles, 9 juin 2011, n°09/04905, ch. 03.

<sup>619</sup> CA, Nancy, 3 décembre 2009, n°07/00673, ch. civile 01.

***De la pratique inégale du dommage corporel parmi les cours d'appel.*** Les cours d'appel n'ont pas la même pratique du dommage corporel ; certaines y sont bien plus habituées.

Concrètement, lorsque l'on utilise le mot préjudice dans le moteur de recherche Dalloz<sup>620</sup> sur l'indemnisation du préjudice avec le mot accident médical dans le fait générateur, on obtient 1002 résultats. Parmi ces derniers, il y en a 169 pour la cour d'appel d'Aix-en-Provence, 148 pour la cour d'appel de Paris, 80 pour la cour d'appel de Versailles, 70 pour la cour d'appel de Douai et 60 pour la cour d'appel de Rennes. En ce qui concerne les autres cours (au nombre de 15), le nombre d'affaires oscille entre 11 et 50.

En considérant que les données sont établies depuis 2008 et donc sur neuf ans, on en déduit que certaines cours d'appel traitent un dossier à l'année, voire moins pour les cours d'appel qui ne sont pas directement référencés.

C'est ainsi que plus de 25% des arrêts en ce domaine reposent sur les cours d'appel d'Aix-en-Provence et de Paris (on peut aussi mentionner celle de Douai). Il faut donc conseiller aux juges des cours d'appel peu habitués à ce contentieux d'observer la pratique quotidienne de ces cours d'appels.

A la suite des préjudices patrimoniaux, la nomenclature Dintilhac prévoit une liste de préjudices extra-patrimoniaux qui sont globalement plus subjectifs que les préjudices patrimoniaux du fait de la part importante du ressenti de la victime.

Ces préjudices, temporaires ou permanents, sont au nombre de dix et, comme leur nom l'indique, n'ont pas d'incidence patrimoniale. Ils sont donc exclus de l'assiette du recours subrogatoire exercé par les tiers payeurs subrogés dans les droits de la victime directe.

- Les préjudices extra-patrimoniaux de la victime directe

De la même manière que pour les préjudices patrimoniaux, ces préjudices sont distingués selon qu'ils soient temporaires (avant consolidation) ou permanents (après consolidation).

Avant consolidation :

Le premier préjudice proposé par la nomenclature Dintilhac est le ***déficit fonctionnel temporaire*** qui « cherche à indemniser l'invalidité subie par la victime dans sa sphère personnelle pendant la maladie traumatique, c'est-à-dire jusqu'à sa consolidation (...) il va traduire l'incapacité fonctionnelle totale ou partielle que va subir la victime. Il correspond aux périodes d'hospitalisation de la victime, mais aussi à la « *perte de qualité de vie et à celle des joies usuelles de la vie courante* » que rencontre la victime pendant la maladie traumatique (séparation de la victime de son environnement familial et amical durant les hospitalisations, privation temporaire des activités privées ou des agréments auxquels se livre

---

<sup>620</sup> Dalloz, *Jurisprudence chiffrée : service minidroit*, indemnisation du préjudice, fait générateur : accident médical, Avril 2016.

habituellement ou spécifiquement la victime, préjudice sexuel<sup>621</sup> pendant la maladie traumatique, etc...) »<sup>622</sup>.

A première vue, l'appellation de ce poste semble purement scientifique. Néanmoins, ce poste est assez hétéroclite comme le suggère la description du rapport Dintilhac.

C'est l'expert qui fixe le déficit fonctionnel selon un pourcentage de 0 à 100% et en fonction de différentes périodes avant la consolidation. Il est souvent proposé une somme forfaitaire d'environ 25€ par jour pour un déficit de 100%. Celle-ci sera modulée selon le pourcentage du déficit sur chaque période. Ce taux est modulable quand la personne peut revenir à son domicile mais qu'elle éprouve tout de même « des douleurs, des problèmes de vision » ou quand celle-ci est obligée de « consacrer du temps à ses rendez-vous médicaux<sup>623</sup> » ; autant d'éléments contraignants qui peuvent diminuer la qualité de vie.

La principale innovation de la nomenclature Dintilhac a été de reconnaître le caractère extrapatrimonial du déficit fonctionnel temporaire et permanent alors qu'un arrêt controversé de la Cour de cassation du 19 décembre 2003 avait considérablement élargi le recours des tiers payeurs en intégrant le préjudice fonctionnel dans leur champ<sup>624</sup>.

Ce poste de préjudice n'en demeure pas moins complexe comme le souligne Anne Guégan-Lécuyer : « assez curieusement, le déficit fonctionnel est défini de manière différente selon que la consolidation est ou non acquise. (...) elle revient à faire de ce poste un regroupement de plusieurs types de préjudices, différents selon la période envisagée. Mais par ailleurs, elle nuit à la clarté de la nomenclature en déséquilibrant la présentation des postes de préjudices extrapatrimoniaux (trois ou sept selon qu'on est avant ou après la consolidation). Enfin, les contenus respectifs du DFT et du DFP mélangent tout à la fois un aspect fonctionnel objectif (l'atteinte à l'intégrité du corps humain, une incapacité fonctionnelle) et un aspect situationnel éminemment subjectif (les incidences de cette atteinte, de cette incapacité sur la vie de celui qui la subie) »<sup>625</sup>. A la suite de ce constat, le déficit fonctionnel temporaire, souvent sous-estimé<sup>626</sup>, peut être source de contentieux<sup>627</sup>.

---

<sup>621</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 11 décembre 2014, n°13-28.774 ; *Préjudice corporel : intégration du préjudice sexuel au déficit fonctionnel temporaire*, D. 2015, p. 469.

<sup>622</sup> Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels dirigé par Jean-Pierre Dintilhac, juillet 2005, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/064000217.pdf>, pp. 37-38.

<sup>623</sup> CA, Douai, 10 mars 2016, n°16/244, ch. 03.

<sup>624</sup> Cass. ass. plén., 19 décembre 2003, n°02-14783 ; Bull. civ. 2003, ass. plén., n°8.

<sup>625</sup> A. Guégan-Lécuyer, *La distinction de préjudices temporaires et permanents : l'exemple du déficit fonctionnel*, Gazette du Palais, 27 décembre 2014, n°361, p. 28.

<sup>626</sup> « Sous-estimé lorsque le taux de DFT est assimilé à un taux d'invalidité qui, par nature, ne peut pas rendre compte des composantes subjectives que doit normalement réparer le DFT ». *ibid.*

<sup>627</sup> F. Bibal, *L'introduction d'un taux de DFT : une regrettable source de contentieux ...* Gazette du Palais. 24 février 2011, p. 7 : « La minimisation du DFT découlant de ces problèmes d'évaluation médicale emporte des conséquences diverses. Pour les victimes d'accidents médicaux par exemple, elle contribuera à fermer davantage la porte de la solidarité nationale dont l'un des critères de mise en œuvre est défini par rapport à des gênes temporaires sont constitutives d'un DFT supérieur ou égal à 50 % ».

Ensuite, nous avons le poste de préjudice des *souffrances endurées* défini comme « les souffrances physiques et psychiques, ainsi que des troubles associés, que doit endurer la victime durant la maladie traumatique, c'est-à-dire du jour de l'accident à celui de la consolidation »<sup>628</sup>. Les souffrances endurées de manière permanentes sont incluses dans le déficit fonctionnel permanent.

L'échelle de mesure est donnée au juge par l'expert ; elle se situe entre 0.5 et 7. Seulement, nous ne sommes pas certains que les experts aient tout à fait la même appréciation d'un 3/7 ou d'un 5/7 ; il existe donc, comme pour la plupart des préjudices, une part d'appréciation (pour ne pas dire de subjectivité).

Les juges reviennent rarement sur l'appréciation de l'expert (qui plus est lorsqu'elle n'est pas contestée<sup>629</sup>) et se limitent à énoncer que : « les multiples facteurs de souffrances endurées énumérés par l'Expert (rapport page 27) rendent pertinente l'indemnisation allouée par le Tribunal<sup>630</sup> » ; « l'intensité des douleurs physiques, les hospitalisations, soins et traitements, arbitrées par l'expert à 5/7<sup>631</sup> » ; « il doit être tenu compte de la souffrance psychologique très importante soulignée par les docteurs T. et V. »<sup>632</sup>.

Sur la base de ce rapport, le juge prend en compte « les souffrances physiques et morales, la durée pendant laquelle elles ont été subies » ainsi que le nombre d'interventions nécessaires en lien avec la faute<sup>633</sup>.

Le dernier préjudice extra-patrimonial temporaire cité par la nomenclature Dintilhac est le *préjudice esthétique temporaire* justifié ainsi : « il a été observé que, durant la maladie traumatique, la victime subissait bien souvent des atteintes physiques, voire une altération de son apparence physique, certes temporaire, mais aux conséquences personnelles très préjudiciables, liée à la nécessité de se présenter dans un état physique altéré au regard des tiers. Or ce type de préjudice est souvent pris en compte au stade des préjudices extra-patrimoniaux permanents, mais curieusement omis de toute indemnisation au titre de la maladie traumatique où il est pourtant présent, notamment chez les grands brûlés ou les traumatisés de la face »<sup>634</sup>.

Comme les souffrances endurées, l'expert donne son appréciation au juge sur une échelle de 0.5 à 7<sup>635</sup>.

---

<sup>628</sup> Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels dirigé par Jean-Pierre Dintilhac, juillet 2005, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/064000217.pdf>, p. 37.

<sup>629</sup> CA, Douai, 4 février 2016, n°16/141, ch. 03 : « les conclusions de l'expert ne font pas l'objet de critiques et seront retenues comme base d'évaluation du préjudice corporel subi par Mme C ».

<sup>630</sup> CA, Paris, 21 mars 2016, n°15/15710, Pole 02 ch. 03.

<sup>631</sup> CA, Nîmes, 28 janvier 2016, n°14/02085, ch. civile.

<sup>632</sup> CA, Versailles, 21 janvier 2016, n°14/06581, ch. 03.

<sup>633</sup> CA, Douai, 28 janvier 2016, n°16/81, ch. 03 ; CA, Bordeaux, 26 octobre 2011, n°10/1752, ch. civile 05 : « L'importance des souffrances décrites dans le rapport d'expertise, la mise en œuvre des soins de réanimation, la nécessité de recourir à une troisième intervention chirurgicale et à la suite à une réanimation lourde justifient que soit alloué pour la période considérée la somme de 30 000 € ».

<sup>634</sup> Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels dirigé par Jean-Pierre Dintilhac, juillet 2005, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/064000217.pdf>, p. 38.

<sup>635</sup> CA, Paris, 21 mars 2016, n°15/15710, Pole 02 ch. 03 ; CA, Douai, 10 mars 2016, n°16/244, ch. 03.

Pragmatiques, les juges notent parfois que l'expert n'a pas mentionné de préjudice esthétique temporaire mais en déduisent qu'il a existé du fait que l'expert a fait état d'un préjudice esthétique permanent<sup>636</sup>.

Du fait de leur similitude, il arrive que les juges indemnisent le préjudice esthétique temporaire et permanent en même temps<sup>637</sup>.

En effet, hormis les souffrances endurées, on retrouve les préjudices extrapatrimoniaux temporaires de la victime dans les préjudices extrapatrimoniaux permanents.

#### Après consolidation :

Le **préjudice de déficit fonctionnel permanent** est crucial puisqu'il indemnise le préjudice « découlant d'une incapacité constatée médicalement qui établit que le dommage subi a une incidence sur les fonctions du corps humains de la victime (...) Il convient d'indemniser, à ce titre, non seulement les atteintes aux fonctions physiologiques de la victime, mais aussi la douleur permanente qu'elle ressent, la perte de la qualité de vie et les troubles dans les conditions d'existence qu'elle rencontre au quotidien après sa consolidation » (...) En outre, ce poste de préjudice doit réparer la perte d'autonomie personnelle que vit la victime dans ses activités journalières, ainsi que tous les déficits fonctionnels spécifiques qui demeurent même après la consolidation »<sup>638</sup>.

Les juges ont précisé que ce poste de préjudice comporte ce que l'on nomme un préjudice moral « dès lors que l'indemnisation du déficit fonctionnel permanent inclut l'indemnisation des phénomènes douloureux et des répercussions psychologiques subis par la victime consécutivement à l'accident »<sup>639</sup>.

Pourtant, on a le sentiment que les juridictions ont une vision assez stricte de ce préjudice : « considérant que l'expert retient un déficit fonctionnel permanent de 80 ; que cependant la rente versée à la victime, en l'absence de préjudice au titre des gains professionnels futurs et d'incidence professionnelle, indemnise nécessairement le poste de préjudice personnel du déficit fonctionnel permanent »<sup>640</sup>.

On a ici le sentiment que la dimension physique du préjudice a largement absorbé la dimension psychologique.

Ensuite, nous avons le **préjudice d'agrément**<sup>641</sup> dont l'appellation n'est pas très explicite et l'histoire mouvementée<sup>642</sup>.

---

<sup>636</sup> CA, Douai, 28 janvier 2016, n°16/81, ch. 03.

<sup>637</sup> CA, Versailles, 21 janvier 2016, n°14/06581, ch. 03.

<sup>638</sup> Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels dirigé par Jean-Pierre Dintilhac, juillet 2005, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/064000217.pdf>, pp. 38-39.

<sup>639</sup> CA, Paris, 21 mars 2016, n°15/15710, Pole 02 ch. 03.

<sup>640</sup> CA, Paris, 18 mars 2016, n°2016104, Pole 02 ch. 02.

<sup>641</sup> V. récemment Cass. 1<sup>re</sup> civ, 8 février 2017, n°15-21.528, *Responsabilité médicale : condamnation in solidum et notion de préjudice d'agrément*, D. 2017, p. 407.

<sup>642</sup> J.G. Moore, *La réparation du préjudice corporel : son évolution de 1930 à nos jours*, art. précité : « Son histoire est cyclique : jusque dans les années 60, le préjudice d'agrément ne faisait l'objet d'une évaluation séparée que s'il résultait de la privation d'activités artistiques, sportives ou ludiques, dont la victime devait apporter la justification; puis, en 1977 notamment,

Il « vise exclusivement à réparer le préjudice d'agrément spécifique lié à l'impossibilité pour la victime de pratiquer régulièrement une activité spécifique sportive ou de loisirs. Ce poste de préjudice doit être apprécié *in concreto* en tenant compte de tous les paramètres individuels de la victime (âge, niveau, etc...) »<sup>643</sup>.

Il est défini par la Cour de cassation comme le préjudice subjectif de caractère personnel résultant des troubles ressentis dans les conditions d'existence, les autres aspects étant compris dans le déficit fonctionnel permanent<sup>644</sup>.

Ici la victime doit prouver qu'elle pratiquait une activité sportive ou de loisir de manière habituelle ou occasionnelle à l'appui de preuves<sup>645</sup> comme une licence sportive<sup>646</sup> ou une carte<sup>646</sup>, la participation à une compétition, à des voyages, des photographies<sup>647</sup>, un abonnement pour assister à des matchs<sup>648</sup>, voire le rapport d'expertise lui-même<sup>649</sup>. Elle doit justifier « de la pratique, antérieure à l'accident, d'une activité sportive ou de loisir que ses séquelles rendraient dorénavant impossible ou plus malaisée »<sup>650</sup>.

Ce préjudice est automatiquement indemnisé lorsque la victime subie un préjudice à la naissance qui lui privera « durant toute son existence de la possibilité de pratiquer des activités sportives, ludiques et culturelles en raison de son infirmité »<sup>651</sup>.

La difficulté provient du fait que la pratique du sport se fait parfois de manière individuelle comme la marche ou le jogging et que, de ce fait, elle est impossible à prouver<sup>652</sup>. Par conséquent, on trouve assez peu de décisions où la pratique sportive soit réellement attestée<sup>653</sup> alors que les payeurs oublient parfois

---

la 17e chambre de la cour d'appel de Paris a défini ce préjudice comme la « diminution des plaisirs de la vie, causée notamment par l'impossibilité de se livrer à certaines activités normales d'agrément ». Assez rapidement, la Cour de cassation a admis cette conception élargie ».

<sup>643</sup> Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels dirigé par Jean-Pierre Dintilhac, juillet 2005, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/064000217.pdf>, p. 39.

<sup>644</sup> Ass. Plén., 19 décembre 2003, Bull. 2003, Ass. Plén., n° 8, p. 21, n° 02-14.783 et Cass. 2<sup>e</sup> civ., 3 juin 2004, Bull. 2004, II, n° 276, p. 235, n° 02-14.920.

<sup>645</sup> La Cour constate qu'aucune licence sportive ne vient étayer les dires de la victime : CA, Aix-en-Provence, 17 mars 2016, n°2016/126, ch. 10.

<sup>646</sup> CA, Colmar, 03 octobre 2015, n°654/2012, ch. civile 02 sect. a.

<sup>647</sup> CA, Montpellier, 14 avril 2010, n°09/06770, ch. 01 D. « Christiane P. justifie par de nombreuses attestations et photographies des multiples loisirs qu'elle partageait en famille avant l'accident et de l'impossibilité totale de pouvoir désormais les pratiquer ».

<sup>648</sup> CA, Douai, 10 septembre 2015, n°15/583, ch. 03.

<sup>649</sup> CA, Versailles, 15 octobre 2015, n°14/02844, ch. 03 : « Le tribunal a justement estimé que, compte tenu de l'âge de la victime, et de la nature des séquelles présentées, elle était dorénavant privée de la faculté de pratiquer de nombreuses activités d'agrément usuelles, tels que la marche à pied, ou le vélo. Le docteur P. rapporte qu'il ne peut plus pratiquer la course à pied, le VTT, le tennis et le ping pong. Ce poste de préjudice a été justement réparé par la somme de 10 000 euros ».

<sup>650</sup> CA, Paris, 21 mars 2016, n°15/15710, Pole 02 ch. 03.

<sup>651</sup> CA, Toulouse, 23 novembre 2015, n°14/03827, ch.01, sect. 01 ; v. aussi CA, Aix-en-Provence, 27 juillet 2015, n°2015/344, ch. 10.

<sup>652</sup> Voir en ce qui concerne la marche à pied : CA Nancy, 2 février 2016, n°319/2016, ch. civile 01.

<sup>653</sup> CA, Dijon, 15 décembre 2015, n°13/01778, ch. civile : « En l'espèce, les pièces produites (attestations Romero et Thamalet) qui font état de ce que Madame H. aimait sortir et danser, ou participait comme bénévole à l'association de parents d'élèves, ne caractérisent pas l'existence d'un préjudice d'agrément indemnisable distinctement du déficit fonctionnel permanent ». ; en revanche, certaines cours d'appel sont plus ouvertes à ce sujet : CA, Paris, 25 juin 2013, n°09/02013.

de contester ce poste de préjudice en appel quand il n'est pas prouvé<sup>654</sup>. Des auteurs estiment que la reconnaissance de ce poste de préjudice demeure en pratique assez arbitraire<sup>655</sup>.

Dans l'ordre de la nomenclature Dintilhac, nous avons ensuite le *préjudice esthétique permanent* qui, comme le préjudice esthétique temporaire, vise à « réparer les atteintes physiques et plus généralement les éléments de nature à altérer l'apparence physique de la victime<sup>656</sup> » qui sont permanents. Il est en principe évalué selon une échelle de 1 à 7 (de très léger à très important).

Généralement, les parties présentent des photos selon l'adage une photographie vaut mille mots<sup>657</sup> afin que le juge puisse avoir une image assez nette du préjudice. Par exemple, un expert a fait une évaluation de ce poste à 3.5/7 « en raison de l'existence de nombreuses cicatrices et d'un équinisme avec utilisation d'une canne et boiterie significative »<sup>658</sup>.

Les juges reviennent rarement sur l'évaluation de l'expert alors que cette appréciation nous semble toute subjective et qu'elle n'a pas véritablement de fondement scientifique. Par ailleurs, on trouve assez peu de différences de montant dans les arrêts selon l'âge de la victime. Ainsi, pour une cicatrice au visage, il y aura très peu de contrastes dans l'indemnisation que la victime soit jeune ou âgée<sup>659</sup>.

Comme le soulignent certains avocats, « le préjudice découlant d'atteintes esthétiques relève, sans doute plus que tout autre, du pouvoir souverain d'appréciation du juge ou du régleur, car la beauté, à tout le moins la « non-différence », est un critère subjectif »<sup>660</sup>.

---

<sup>654</sup> CA, Amiens, 8 septembre 2015, n°13/06570, ch. civile 01 : « Au cas d'espèce, Monsieur J. n'apporte aucune précision sur les activités sportives ou de loisir spécifiques auxquelles il a dû renoncer en raison des séquelles de l'infection nosocomiale, ce qui devrait conduire à le débouter de sa demande d'indemnisation de ce chef. Cependant, l'ONIAM ne discutant pas le principe de la réparation de ce poste de préjudice et la Cour ne pouvant statuer « infra petita », il convient d'entériner l'offre d'indemnisation contenue dans ses dernières conclusions d'appel et d'allouer la somme de 10.000 euros à la victime en réparation de ce poste de préjudice ».

<sup>655</sup> C. Bernfeld, E. Dinparast, *Le préjudice d'agrément livré à la subjectivité des juges*, gazette du palais, 6 juin 2017, n°21, p. 62.

<sup>656</sup> Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels dirigé par Jean-Pierre Dintilhac, juillet 2005, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/064000217.pdf>, p. 40.

<sup>657</sup> D. Arcadio, *Préjudice esthétique : une photographie vaut mille mots*, Gazette du Palais, 22 juin 2013, p.9 : « dans sa dimension temporaire d'abord, dans la mesure où la photographie rendra compte de l'atteinte à l'image de la victime, au stade premier de la maladie traumatique, puis dans ses phases ultérieures. La photographie constitue alors la preuve d'un état précis à un moment donné du préjudice esthétique ».

<sup>658</sup> CA, Paris, 21 mars 2016, n°15/15710, Pole 02, ch. 03 ; L'évaluation est similaire pour « une légère boiterie gauche et plusieurs cicatrices à la jambe multi opérée et sur la crête iliaque chez une patiente encore très jeune » : CA, Dijon, 15 décembre 2015, n°13/01778, ch. civile. En revanche, « une cicatrice complexe, un poignet déformé et une raideur en extension des doigts » a justement été évalué sur une échelle de 1 sur 7 par l'expert : CA, Paris, 27 novembre 2015, n°2015315, Pole 02, ch. 02. L'expert retient une évaluation de 2/7 si la victime présente une « longue cicatrice thoracique droite, et une cicatrice de 2 cm à la partie haute sous claviculaire du thorax » : CA, Douai, 19 novembre 2015, n°15/866, ch. 03. L'échelle de 7 sur 7 est utilisée dans les accidents les plus graves : lorsque la victime n'a plus d'autonomie dans la vie quotidienne, ne peut plus ni marcher, ni parler : CA, Paris, 6 octobre 2006, n°03/15001, ch. 01 B.

<sup>659</sup> CA, Rennes, 12 décembre 2012, n°10/02576, ch. 05 : dans cet arrêt aucune mention de l'âge de la victime de 24 ans dans la partie dédiée au préjudice esthétique. Dans un autre arrêt, la cour constate « une cicatrice en fosse iliaque droite » évaluée à 2/7 et l'âge de la victime de 22 ans ne semble pas avoir eu d'incidence : CA, Rennes, 3 juin 2009, n°08/00471, ch. 07. La jeunesse de la victime est mentionnée parfois : CA, Aix-en-Provence, 4 décembre 2013, n°2013/496, ch. 10.

<sup>660</sup> C. Bernfeld, F. Bibal, *Pretium Pulchritudinis : de la disgrâce du dommage à l'inesthétique du préjudice*, Gazette du Palais, juin 2013, n°172-173, p. 5.

Dès 1975, la Cour de cassation n'a pas hésité à élargir la notion qui regroupe tant la vue et le toucher en considérant que l'aspect granuleux d'une peau pouvait constituer un préjudice esthétique<sup>661</sup>, tout comme le bégaïement d'une victime à la suite d'un accident<sup>662</sup>.

On mesure ici toute la latitude que doit conserver le juge dans l'appréciation de ce poste. En témoigne un jugement du tribunal de grande instance de Lyon établissant, à partir de la photographie d'un homme amputé de la cheville qu'il est « étonnant de voir la compagnie d'assurances nier l'existence de ce préjudice au motif que les conséquences disgracieuses de l'accident sont masquées par le port de vêtements, cette dernière ne pouvant ignorer qu'à certaines périodes de l'année (printemps/été) et de la journée (coucher et lever), il est d'usage soit d'abandonner le port du pantalon pour un vêtement plus court, soit de se dévêtir. Mais surtout, la photographie de l'intéressé versée aux débats permet d'illustrer la gravité du préjudice esthétique subi par cet homme encore jeune, qui n'a plus ni cheville, ni pied, et qui est contraint de porter à vie une prothèse pour masquer son invalidité »<sup>663</sup>.

Dans cette perspective, « le médecin expert doit juger les conséquences physiques visibles et psychologiques d'une cicatrice »<sup>664</sup>.

Comme le rappelle un philosophe, nul n'ignore que « l'importance du corps et de la beauté est telle aujourd'hui qu'elle est devenue une préoccupation majeure des individus. Le culte de la jeunesse, la cristallisation sociale des stéréotypes physiques de plus en plus affirmés et impératifs, et les publications ne cessent de le montrer tous les jours »<sup>665</sup>. « Le corps est d'abord, et avant tout, *un signe*, de tous le plus immédiat et le plus incontournable. Socialement, un stigmate physique et perceptible, une disgrâce, peuvent faire naître solitude et isolement. Seul le juge peut réellement donner corps à ce poste de préjudice, photos à l'appui, mesurant l'étendue réelle - personnelle et sociale - de l'atteinte »<sup>666</sup>.

Relativement récent<sup>667</sup> et lié au libéralisme sexuel et économique de la société<sup>668</sup>, la nomenclature Dintilhac admet le *préjudice sexuel* qui concerne « la réparation des préjudices touchant à la sphère sexuelle. Il convient de distinguer trois types de préjudice de nature sexuelle : le préjudice

---

<sup>661</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 17 avril 1975, n°73-14042 : Bull. civ. II, n°110, p. 90.

<sup>662</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 22 novembre 2012, n°11-25661 : Gazette du Palais, 16 février 2013, p. 36, note C. Bernfeld.

<sup>663</sup> Cité par D. Arcadio, *Préjudice esthétique : une photographie vaut mille mots*, Gazette du Palais, juin 2013, n°172 à 173, p. 11.

<sup>664</sup> J.-C. Bichet, *La cicatrice cutanée : du traumatisme à la cicatrisation*, Gazette du Palais, juin 2013, n°172-173, p. 16.

<sup>665</sup> J.-B. Prevost, *Du peuplement des miroirs : réflexions sur le préjudice esthétique*, Gazette du Palais, juin 2013, n°172-173, p. 29.

<sup>666</sup> Ibid. pp. 31-32.

<sup>667</sup> J.G. Moore, *La réparation du préjudice corporel : son évolution de 1930 à nos jours*, art. précité : « le préjudice sexuel par ricochet a été reconnu dès 1962 aux conjoints dans le cas où le mari ou la femme, du fait de l'accident, voient leur vie familiale ou leur vie de couple atteinte (CA, Paris, 12<sup>e</sup> ch, 7 novembre 1962, Roynard : Gazette du Palais, Rec. 1963, I, 47), la reconnaissance, pour la victime directe, d'un préjudice spécifique distinct ne se confondant avec le *pretium doloris* ou le préjudice d'agrément, ne l'a été que bien après (Cass. 2<sup>e</sup> civ., 6 janvier 1993, n° 91-15391 : Bull. II, n° 6 ).

<sup>668</sup> P. Van Meerbeeck, *La sexualité humaine d'un siècle à l'autre : de la laïcisation à la libération*, in « l'infamille ou la perversion du lien », Louvain, Oxalis, De boeck supérieur, 2003, 202 p, pp. 17-19 ; *De la libération sexuelle au libéralisme sexuel*, ibid, pp. 83-86 ; sur les problèmes sexuels contemporains : M. Perrot-Lanaud, S. Képès, *Le corps libéré : psychosomatique de la sexualité*, Paris, La découverte, 2003, 264 p.

morphologique qui est lié à l'atteinte aux organes sexuels primaires et secondaires résultant du dommage subi ; le préjudice lié à l'acte sexuel lui-même qui repose sur la perte du plaisir lié à l'accomplissement de l'acte sexuel (perte de l'envie ou de la libido, perte de la capacité physique de réaliser l'acte, perte de la capacité à accéder au plaisir) ; le préjudice lié à une impossibilité ou une difficulté à procréer (ce préjudice pouvant notamment chez la femme se traduire sous diverses formes comme le préjudice obstétrical, etc.). Là encore, ce préjudice doit être apprécié *in concreto* en prenant en considération les paramètres personnels de chaque victime »<sup>669</sup>.

Il est aussi évalué selon une échelle allant de 1 à 7 ; celui-ci est logiquement de 7/7 « en l'absence de toute autonomie présente ou future »<sup>670</sup> ou à 6/7 en cas d'impossibilité définitive d'avoir des relations sexuelles <sup>671</sup>.

Aussi les juges peuvent prendre en compte une « absence de libido eu égard à l'aggravation de l'état dépressif en lien avec les fautes »<sup>672</sup>, voire « une impossibilité durable de réaliser l'acte sexuel »<sup>673</sup> mais aussi une « gêne dans les rapports sexuels »<sup>674</sup> ou « une baisse de l'envie »<sup>675</sup>.

De même, la Cour de cassation a sanctionné une cour d'appel qui, faute d'avoir recherché si les douleurs cervico-brachiales intenses et la nécessité de dormir avec un appareil respiratoire pouvaient avoir un impact sur les rapports intimes de la victime avec son partenaire<sup>676</sup>.

Précisons par ailleurs que la possibilité de recours à une technique d'assistance médicale à la procréation n'exclut pas la possibilité d'une réparation du préjudice sexuel au titre du préjudice de procréation<sup>677</sup>.

L'autonomisation de ce préjudice s'est faite en plusieurs temps. Il a en premier lieu été séparé de l'incapacité permanente partielle car il constitue un préjudice d'agrément à caractère personnel exclu du recours des tiers payeurs<sup>678</sup>. Par suite, s'il était bien un préjudice d'agrément, le juge de cassation évoquait de plus en plus un préjudice particulier et autonome comme en témoigne un arrêt de 1993<sup>679</sup>.

---

<sup>669</sup> Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels dirigé par Jean-Pierre Dintilhac, juillet 2005, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/064000217.pdf>, p. 40.

<sup>670</sup> CA, Paris, 6 octobre 2006, n°03/15001, ch. 01 B.

<sup>671</sup> CA, Paris, 18 mars 2016, n°2016104, Pole 02 ch. 02 (25 000 €).

<sup>672</sup> CA, Douai, 28 janvier 2016, n°16/81, ch. 03 (5 000 €).

<sup>673</sup> CA, Nîmes, 28 janvier 2016, n°14/02085, ch. civile 01 (25 000 €).

<sup>674</sup> CA, Versailles, 21 janvier 2016, n°14/06581, ch. 03 (2 500 €).

<sup>675</sup> CA, Aix-en-Provence, 3 décembre 2015, n°2015/493, ch. 10 (5 000 €).

<sup>676</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 17 septembre 2009, n°08-19.975.

<sup>677</sup> CA, Nîmes, 11 janvier 2011, n°2008/05196.

<sup>678</sup> Crim, 20 décembre 1988, n°88-80.746, Bull. crim, n°443, p. 1173. ; La deuxième chambre civile a considéré que violait les articles 1382 et suivants du Code civil et L.397 (ancien) du Code de la sécurité sociale la cour d'appel qui avait estimé que le préjudice moral résultant de l'incapacité probable de procréer ne revêtait pas un caractère personnel : Cass. 2<sup>e</sup> civ, 25 juin 1980, n°78-16.477, Bull. civ, n°162.

<sup>679</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 6 janvier 1993, arrêt précité ; H. Groutel, *Les facettes de l'autonomisation du préjudice sexuel*, RTD civ, n°7, 1993.

Orientée par la nomenclature Dintilhac et la réforme du recours des tiers payeurs, la Cour de cassation a rappelé en 2010 que c'était un poste à part entière se distinguant du déficit fonctionnel permanent et du préjudice d'agrément. Toutefois, il reste inclus à titre temporaire dans le déficit fonctionnel temporaire<sup>680</sup>.

Des médecins ont publié un article très complet sur ce poste de préjudice en donnant leur point de vue : « la sexualité ne doit pas être considérée comme une fonction de l'organisme, le terme de fonction étant pris au sens médico-légal du terme (...) Il est donc à notre sens, impropre de parler de « fonction » sexuelle ; le terme de « vie » sexuelle devrait lui être préféré »<sup>681</sup>. Ils concluent que ce poste doit rester ouvert en se demandant « pourquoi ne pas envisager qu'il puisse également concerner la perte d'une symbolique féminine ou masculine, la perte d'une capacité de séduction, voire la perte de la faculté d'élaborer des rêves érotiques et des fantasmes ? Cette singularité justifie, pour le juge comme pour l'expert, l'appréciation globale d'une situation humaine unique »<sup>682</sup>.

A ce sujet, nous rappelons que ce poste de préjudice est très particulier ; son fondement n'est pas uniquement médical et le juge ne doit pas hésiter à faire valoir son appréciation, quand bien même l'expert n'aurait pas de lui-même fait état d'un tel préjudice.

On prendra pour exemple un arrêt de la cour d'appel de Reims qui, très logiquement, relève l'existence d'un tel préjudice : « que si le docteur A. n'a pas retenu ce chef de préjudice, il n'est pas contestable que les troubles psychologiques consécutifs à l'accident dont a été victime Monsieur B. ont un retentissement sur sa libido et son activité sexuelle »<sup>683</sup>.

Tout comme le préjudice sexuel, le *préjudice d'établissement* est basé sur un certain modèle social car « il cherche à indemniser la perte d'espoir, de chance ou de toute possibilité de réaliser un projet de vie familiale<sup>684</sup> « normale » en raison de la gravité du handicap permanent. (...)

Il s'agit de la perte d'une chance de se marier, de fonder une famille<sup>685</sup>, d'élever des enfants et plus généralement des bouleversements dans les projets de vie de la victime qui l'obligent à effectuer certaines renonciations sur le plan familial. (...) Ce type de préjudice doit être apprécié *in concreto* pour chaque individu en tenant compte notamment de son âge »<sup>686</sup>.

---

<sup>680</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 17 juin 2010, n°09-15.842, Bull. civ, n°115.

<sup>681</sup> R. Bouvet, M. Le Gueut, T. Schütze, *Du préjudice sexuel en droit positif*, RGDM, n°55, p. 230.

<sup>682</sup> Ibid. p. 237.

<sup>683</sup> CA, Reims, 7 décembre 2010, n°2010/00789, Jurisdata n°2010-031513.

<sup>684</sup> La description est reprise à l'identique par les juridictions : CA, Bastia, 8 juillet 2015, n°13/00142, ch. civile B.

<sup>685</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 15 janvier 2015, n° 13-27.761 : Il « consiste en la perte d'espoir et de chance de réaliser un projet de vie familiale en raison de la gravité du handicap » ; M.Saulier, D. 2015 p. 661 « La perte de chance de constituer une nouvelle famille constitue un préjudice d'établissement ».

<sup>686</sup> Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels dirigé par Jean-Pierre Dintilhac, juillet 2005, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/064000217.pdf>, p. 40.

Selon la cour d'appel de Dijon, le préjudice n'est pas établi quand la victime « est précisément installée dans la vie, étant mariée et mère de deux enfants ; que le fait qu'il lui ait été déconseillé d'avoir un autre enfant, afin de ne pas aggraver son état, n'apparaît pas indemnisable, eu égard au caractère ténu du lien avec l'intervention, compte tenu de l'état antérieur »<sup>687</sup>. Néanmoins, la présence d'enfants ne suffit pas à écarter ce préjudice dans la mesure où le préjudice d'agrément recouvre « en cas de séparation ou de dissolution d'une précédente union, la perte de chance pour la victime handicapée de réaliser un nouveau projet de vie familiale »<sup>688</sup>.

Quand la victime est encore assez jeune, le juge peut allouer une provision en estimant qu'il est « certain qu'à l'âge de seize ans, le droit de fonder une famille est encore à l'état de projet d'avenir et que l'évaluation précise de ce préjudice ne pourra être faite qu'à l'âge de vingt ans en fonction de l'état de Thomas S. à l'âge adulte, mais néanmoins le principe du préjudice est d'ores et déjà certain et il convient d'allouer à titre provisionnel la somme de 20.000 € »<sup>689</sup>. Ce poste de préjudice tient aussi compte des difficultés futures à avoir un enfant<sup>690</sup> ; l'indemnisation peut être réduite en fonction de l'âge de la victime<sup>691</sup>.

Par ailleurs, pour ne pas rendre la nomenclature trop inflexible, la nomenclature Dintilhac prévoit un poste pour les *préjudices permanents exceptionnels* car « il existe des préjudices atypiques qui sont directement liés aux handicaps permanents, dont reste atteint la victime après sa consolidation et dont elle peut légitimement souhaiter obtenir une réparation »<sup>692</sup>.

Comme son nom l'indique, ce préjudice atypique est une exception ; il est ainsi difficile de le faire valoir<sup>693</sup>, la Cour de cassation en a une conception restrictive<sup>694</sup>. Le préjudice est démontré quand la victime « vit dans la conscience angoissante d'aggravations ultérieures du fait des fils qui sont toujours implantés »<sup>695</sup>. Les juges évoquent parfois un « préjudice moral exceptionnel né de la conscience de la gravité de son état et de son irréversibilité »<sup>696</sup>.

---

<sup>687</sup> CA, Dijon, 15 décembre 2015, n°13/01778, ch. civile.

<sup>688</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 15 janvier 2015, n°13-27761 ; Gazette du Palais, 17 février 2015, n°48, p. 36.

<sup>689</sup> CA, Poitiers, 9 juillet 2014, n°12/04402, ch. civile 03.

<sup>690</sup> CA, Paris, 7 février 2014, n°11/19374, Pole 02 ch. 02.

<sup>691</sup> CA, Aix-en-Provence, 17 juillet 2013, n°12/16003, ch. 10.

<sup>692</sup> <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/064000217.pdf>, p. 41.

<sup>693</sup> CA, Bastia, 8 juillet 2015, n°13/00142, ch. civile B : « Mme R. fait valoir que les circonstances de l'accident ont été pour elle particulièrement difficiles dans la mesure où elle avait accouché seulement deux mois et demi avant le dommage et qu'en conséquence, non seulement elle a été séparée de sa fille mais n'a pas pu l'élever comme elle l'aurait voulu ; que ce préjudice ressort également des multiples pathologies particulièrement invalidantes générées par son handicap. Or, Mme R. a été indemnisée tant des souffrances morales, que des conséquences de son handicap sur son mode vie, de sorte que sa demande à ce titre n'apparaît pas fondée ». ; CA, Versailles, 9 avril 2015, n°13/04585, ch. 01 : « Il a été tenu compte, au titre des souffrances endurées, de la souffrance morale liée à une plus grande difficulté d'une éventuelle chirurgie baryatrique. Aucun préjudice exceptionnel n'est donc caractérisé et le jugement sera infirmé sur ce point.

<sup>694</sup> P. Jourdain, *La réparation des préjudices corporels n'est pas subordonnée à des blessures de la victime*, RTD Civ. 2015, p. 140.

<sup>695</sup> CA, Paris, 23 janvier 2015, n°13/16813, Pole 02 ch. 02.

<sup>696</sup> CA, Lyon, 16 décembre 2014, n°13/01407, ch. civile 01 B.

La Cour de cassation le définit comme « des préjudices extra-patrimoniaux, atypiques, directement liés au handicap permanent qui prend une résonance particulière pour certaines victimes en raison soit de leur personne, soit des circonstances et de la nature du fait dommageable ; que ces préjudices, distincts du préjudice extra-patrimonial du déficit fonctionnel permanent, ne peuvent résulter que de circonstances particulières, autres que celles résultant du fait dommageable, qui n'auraient pas été prises en compte par l'expert ou qui n'auraient pu l'être »<sup>697</sup>.

Là encore, nous relevons que l'office du juge a une importance particulière en matière de préjudice exceptionnel dont il est le maître de la qualification<sup>698</sup>.

Pour finir, et dans le même ordre d'idée que le préjudice précédent, la nomenclature Dintilhac signale qu'il existe des préjudices extra-patrimoniaux évolutifs qui, intrinsèquement, ne peuvent être consolidés, ce sont les *préjudices liés à des pathologies évolutives*.

Il « concerne toutes les pathologies évolutives. Il s'agit notamment de maladies incurables susceptibles d'évoluer (...) ». Ce poste de préjudice « existe en dehors de toute consolidation des blessures, puisqu'il se présente pendant et après la maladie traumatique.

Tel est le cas du préjudice lié à la contamination d'une personne par le virus de l'hépatite C, celui du VIH, la maladie de Creutzfeldt-Jakob ou l'amiante, etc... »<sup>699</sup>.

Les juges ont ainsi précisé que ce poste était applicable hors consolidation ; il n'est pas attesté quand la victime est consolidée<sup>700</sup> ou que l'évolution possible de sa pathologie n'est pas avérée<sup>701</sup>.

La Cour de cassation évoque assez souvent l'ancien préjudice spécifique de contamination<sup>702</sup> estimant qu'il indemnise aussi les victimes guéries<sup>703</sup>. Le fait d'utiliser aussi fréquemment l'ancienne

---

<sup>697</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 12 décembre 2013, n°12-27292 ; v. aussi Cass. 2<sup>e</sup> civ, 16 janvier 2014, n° 13-10.566, D. 2014. 571, chron. L. Lazerges-Cousquer et N. Touati.

<sup>698</sup> C. Bernfeld, F. Bibal, *Les préjudices exceptionnels des victimes directes*, Gazette du Palais, dimanche 23 au mardi 25 février 2014, n°54 à 56, pp. 5-6 : « La définition de la Cour de cassation, influencée par la nomenclature Dintilhac censée ne pas être « trop rigide », est particulièrement vaste ; elle laisse aux juges une liberté de manœuvre pour qualifier ainsi un préjudice même si ce dernier reste, par définition, « exceptionnel ». Ainsi, ont été retenus comme des préjudices exceptionnels l'aggravation d'un diabète préexistant (CA, Aix-en-Provence, ch. 10, 11 septembre 2013, n°11/11511), le préjudice lié à la vente, rendue nécessaire par l'état de la victime des actions de la société (CA, Rennes, ch. 5, 17 octobre 2012, n°372, 11/01602) ou encore l'impossibilité d'utiliser une ceinture de sécurité lors des déplacements (CA, Lyon, 1<sup>re</sup> ch, 16 octobre 2012, n°10/05723) ».

<sup>699</sup> Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels dirigé par Jean-Pierre Dintilhac, juillet 2005, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/064000217.pdf>, p. 41.

<sup>700</sup> « Considérant que ce poste a vocation à indemniser outre les pathologies évolutives, notamment les maladies incurables susceptibles d'évoluer et dont le risque d'évolution constitue en lui-même un chef de préjudice distinct qui doit être indemnisé en tant que tel ; qu'en l'espèce l'expert précise que la consolidation est acquise au jour de l'expertise (...) ». CA, Paris, 9 octobre 2015, n°14/13313, Pole 02 ch. 02 ; v. aussi CA, Nancy, 15 octobre 2013, n°03/01988, ch. civile 01.

<sup>701</sup> CA, Aix-en-Provence, 11 décembre 2013, n°2013/500.

<sup>702</sup> V. A. Delhaye, *Rappel sur les contours du préjudice spécifique de contamination*, Gazette du Palais, 30 juin 2015, n°181, p. 37

<sup>703</sup> F. Boyer, *Le préjudice spécifique de contamination indemnise aussi les victimes « guéries » de l'hépatite C*, Gazette du Palais, 08 octobre 2013 n° 281, p. 26, Cass. 2<sup>e</sup> civ., 4 juillet 2013, n° 12-23915, ONIAM c/ Consorts XY « : (...) le préjudice spécifique de contamination peut être caractérisé même dans le cas d'une guérison après traitement ; qu'il s'apprécie alors pendant la durée de la période au cours de laquelle la victime a subi les angoisses et perturbations liées à la maladie.

terminologie<sup>704</sup> au détriment des « préjudices liés à des pathologies évolutives » est l'objet de critiques quant à son contenu plus restrictif<sup>705</sup>.

A travers ces préjudices permanents, on mesure combien la réparation intégrale est une approximation heureuse car la liquidation du préjudice a une visée prospective importante.

Il existe alors vingt postes de préjudice indemnisables pour les victimes directes. En revanche, la nomenclature Dintilhac prévoit d'autres postes de préjudice indemnisable pour les victimes indirectes dans la mesure où l'entourage de la victime sera aussi touché par ricochet.

Ces postes, au nombre de neuf, sont logiquement moins nombreux que les préjudices éprouvés par la victime directe mais il ne faut pas pour autant les négliger. Le préjudice subi par une victime peut avoir des répercussions importantes dans l'environnement social de cette dernière. Ainsi, il convient de les étudier à l'aune de l'office du juge.

## 2) *Les préjudices corporels de la victime indirecte*

La nomenclature Dintilhac prévoit une seconde partie pour les postes de préjudice subis par les victimes par ricochet, appelés aussi les proches de la victime directe.

L'appellation proches de la victime paraît large et difficile à circonscrire mais la jurisprudence insiste davantage sur l'aspect familial dont les liens avec la victime sont plus facilement présumables.

Cette catégorie de préjudice par ricochet, sa reconnaissance comme son développement, est due en grande partie à l'œuvre de la jurisprudence comme le rappelle l'avocat Jean-Gaston Moore<sup>706</sup>.

Depuis, la nomenclature distingue dans cette partie tant les préjudices patrimoniaux que les préjudices extra-patrimoniaux des victimes indirectes. Naturellement, la notion médicale de consolidation n'est pas présente pour ces victimes mais la nomenclature distingue les préjudices selon la survie ou le décès de la victime directe.

---

<sup>704</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 12 décembre 2013, n°12-27292.

<sup>705</sup> « La Cour de cassation semble prendre un malin plaisir à brouiller les pistes avancées jusque-là pour définir plus précisément les contours du préjudice évolutif extra-patrimonial (PEV) dont elle se refuse à utiliser le nom, lui préférant l'ancienne terminologie de « préjudice spécifique de contamination » (PSC) bien que « la nomenclature Dintilhac a défini le PEV en s'inspirant largement du PSC, tout en en dessinant ses propres contours ». (F. Boyer, Gazette du Palais, dimanche 23 au mardi 25 février 2014, n°54 à 56, p. 37) (...) Depuis, elle inclue dans le PSC tous les préjudices extra-patrimoniaux, excepté les déficits fonctionnels, ce qu'elle ne faisait pas pour les victimes du SIDA car elle « distinguait nettement ce préjudice des autres postes extra-patrimoniaux temporaires et permanents » (Cass. 2<sup>e</sup> civ, 4 décembre 2008, n°07-21435).

<sup>706</sup>J. G. Moore, *La réparation du préjudice corporel : son évolution de 1930 à nos jours*, art. précité : Après avoir permis d'indemniser le préjudice moral des ayants droit des victimes décédées, la jurisprudence a poursuivi son évolution par l'indemnisation des préjudices par ricochet des proches des victimes ayant survécu à un accident ou tout fait générateur de dommage..

- Les préjudices patrimoniaux et extrapatrimoniaux de la victime indirecte en cas de décès de la victime directe

Les victimes indirectes agissant en leur qualité d'ayant droit peuvent faire valoir des préjudices patrimoniaux et extrapatrimoniaux lorsque la victime directe est décédée.

Sur les préjudices patrimoniaux :

La nomenclature reconnaît en premier lieu l'indemnisation des *frais d'obsèques* et de sépulture « que vont devoir assumer les proches de la victime directe à la suite de son décès consécutif à la survenance du dommage. Ces frais font l'objet d'une évaluation concrète fondée sur une facture établie en bonne et due forme »<sup>707</sup>.

Ce poste (que l'on nomme parfois « préjudice matériel »<sup>708</sup> en y incluant les frais d'assistance à expertise<sup>709</sup>) ne pose pas de difficultés pratiques ; il suffit de présenter une facture au titre de cette dépense libellée au nom des victimes indirectes<sup>710</sup>.

En cas de perte de chance subie par la victime directe, le montant de ce poste sera indemnisé en fonction du pourcentage de la chance perdue par la victime directe<sup>711</sup>.

La nomenclature poursuit sur l'indemnisation des *pertes de revenus des proches*. En effet, « le décès de la victime directe va engendrer des pertes ou des diminutions de revenus pour son conjoint (ou son concubin) et ses enfants à charge, c'est-à-dire pour l'ensemble de la famille proche du défunt. Ces pertes ou diminutions de revenus s'entendent de ce qui est exclusivement liée au décès et non des pertes de revenus des proches conséquences indirectes du décès. Pour déterminer la perte ou la diminution de revenus affectant ses proches, il y a lieu de prendre comme élément de référence, le revenu annuel du foyer avant le dommage ayant entraîné le décès de la victime directe en tenant compte de la part d'autoconsommation de celle-ci et du salaire qui continue à être perçu par son conjoint (ou concubin) survivant. En outre, il convient de réparer, au titre de ce poste, la perte ou la diminution de revenus subie par les proches de la victime directe, lorsqu'ils sont obligés d'assurer jusqu'au décès de celle-ci une présence constante et d'abandonner temporairement leur emploi »<sup>712</sup>.

---

<sup>707</sup> Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels dirigé par Jean-Pierre Dintilhac, juillet 2005, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/064000217.pdf>, p. 42

<sup>708</sup> CA, Limoges, 23 avril 2015, n°14/00220, ch. civile.

<sup>709</sup> CA, Versailles, 27 septembre 2012, n°10/09495, ch. 03.

<sup>710</sup> CA, Aix-en-Provence, 2 juillet 2015, n°14/06836, ch. 10 ; CA, Rennes, 3 septembre 2014, n°11/02121, ch. 05 ; CA, Versailles, 11 avril 2013, n°11/03740, ch. 03.

<sup>711</sup> CA, Versailles, 11 avril 2013, n°11/03740, ch. 03 ; CA, Versailles, 27 septembre 2012, n°10/09495, ch. 03.

<sup>712</sup> <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/064000217.pdf>, p. 43.

Le calcul n'est pas simple et manque parfois de clarté comme l'illustre un arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux<sup>713</sup>. En l'espèce, il faut calculer les revenus annuels du couple et la part d'autoconsommation (ses dépenses personnelles en loisirs, vêtements, alimentation...) du conjoint décédé (souvent selon un pourcentage oscillant entre 30 et 40 % pour un couple sans enfants et 15% en cas de famille nombreuse et selon l'âge et le nombre d'enfants à charge).

On soustrait alors la part d'autoconsommation du conjoint décédé et le salaire du conjoint survivant des revenus annuels du couple pour évaluer le manque à gagner de ce dernier. De toute évidence, cette évaluation pour l'avenir est impossible à déterminer pour une famille puisqu'on ne peut prévoir l'évolution future du cercle familiale tant personnelle que professionnelle.

La Cour de cassation a précisé que ce préjudice économique devait être évalué au jour de la décision qui le fixe en tenant compte de tous les éléments connus à cette date dont le salaire auquel la victime aurait eu droit au jour de la décision<sup>714</sup>.

Pour les préjudices qui ne seraient indemnisés dans les catégories précitées, la nomenclature Dintilhac évoque le poste des *frais divers des proches* qui « vise à indemniser les proches de la victime directe des frais divers que ceux-ci ont pu engager à l'occasion de son décès ; ce sont principalement des frais de transports, d'hébergement et de restauration »<sup>715</sup>.

Ces frais doivent naturellement pouvoir être justifiés<sup>716</sup>, ils concernent majoritairement des frais de transports<sup>717</sup>.

#### Sur les préjudices extrapatrimoniaux :

En cas de décès de la victime directe, les victimes indirectes peuvent faire valoir des préjudices extrapatrimoniaux d'ordre moral que sont le préjudice d'accompagnement et le préjudice d'affection.

Le *préjudice d'accompagnement* « répare un préjudice moral, dont sont victimes les proches de la victime directe pendant la maladie traumatique de celle-ci jusqu'à son décès. Ce poste de préjudice a pour objet d'indemniser les bouleversements que le décès de la victime directe entraîne sur le mode de vie de ses proches au quotidien »<sup>718</sup>.

---

<sup>713</sup> V. les développements dans l'arrêt CA, Bordeaux, 26 octobre 2011, n°10/1752, ch. civile 05.

<sup>714</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 11 octobre 2001, Bull. 2001, II, n° 154, p. 105, pourvoi n° 99-16.760.

<sup>715</sup> Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels dirigé par Jean-Pierre Dintilhac, juillet 2005, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/064000217.pdf>, p. 43.

<sup>716</sup> CA, Douai, 3 décembre 2015, n°15/913, ch. 03.

<sup>717</sup> CA, Bordeaux, 26 octobre 2011, n°10/1752, ch. civile 05.

<sup>718</sup> <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/064000217.pdf>, p. 43 ; à l'inverse, F. Bibal, *Les troubles subis après le décès d'un proche ne peuvent relever du préjudice d'accompagnement*, Gazette du Palais, juin 2017, n°21, p. 69, sous Cass. 2<sup>e</sup> civ, 27 avril 2017, n°16-14389.

Pour la cour d'appel de Bordeaux, « le préjudice lié à l'accompagnement du conjoint dans les suites opératoires, les souffrances et l'angoisse qui s'en sont suivies, engendre un bouleversement qui s'apprécie comme un tout, au long du parcours hospitalier de la prise en charge jusqu'à l'issue fatale »<sup>719</sup>.

Il est ainsi prouvé quand des enfants ont accompagné leur mère « au cours de sa maladie et opéré des modifications dans leur propre vie personnelle pour ce faire »<sup>720</sup>, quand une fille « a accompagné son père lors de l'expertise, était la personne de référence à prévenir, s'occupait de la fourniture du matériel nécessaire à son père et lui rendait visite très souvent »<sup>721</sup>, quand un homme « accompagne son épouse dans tout le parcours médical consécutif à l'accident et que les souffrances et contraintes de vie de cette dernière lui ont causé un préjudice moral »<sup>722</sup>.

Il est plus restrictif que le préjudice d'affection car il ne se limite pas à un lien affectif et réel mais il vise à réparer « les troubles dans les conditions d'existence d'un proche de la victime décédée, pendant la maladie traumatique de celle-ci et jusqu'à son décès, qui partageait habituellement une communauté de vie effective avec elle à la suite du dommage »<sup>723</sup>.

La position est circonstrite et « polarise le poste autour du paradigme de l'héritier »<sup>724</sup> selon la critique d'une partie de la doctrine.

Quant au *préjudice d'affection*, il répare ce « que subissent certains proches à la suite du décès de la victime directe. Il convient d'inclure, à ce titre, le retentissement pathologique avéré que le décès a pu entraîner chez certains proches. En pratique, il y a lieu d'indemniser quasi-automatiquement les préjudices d'affection des parents les plus proches de la victime directe (père et mère, etc...). Cependant, il convient également d'indemniser, à ce titre, des personnes dépourvues de lien de parenté, dès lors qu'elles établissent par tout moyen avoir entretenu un lien affectif réel avec le défunt »<sup>725</sup>.

La majorité des exemples en jurisprudence concerne les membres de la famille, en particulier l'époux et/ou l'épouse et les enfants de ces derniers quand ils voient l'un de leurs proches dans la souffrance<sup>726</sup>.

---

<sup>719</sup> CA, Bordeaux, 26 octobre 2011, n°10/172, ch. civile 05.

<sup>720</sup> CA, Aix-en-Provence, 2 juillet 2015, n°14/06836, ch. 10.

<sup>721</sup> CA, Poitiers, 15 avril 2015, n°14/01255, ch. civile 03.

<sup>722</sup> CA, Rennes, 17 avril 2013, n°12/02626, ch. 05.

<sup>723</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 21 novembre 2013, n°12-28168.

<sup>724</sup> C. Quézel-Ambrunaz, *De quelques postes de préjudice perimortem, et du préjudice d'accompagnement en particulier*, Note sous Cass. 2<sup>e</sup> civ, 21 novembre 2013, n°12-28168, Gazette du Palais, 8 et 9 janvier 2014, n°8 à 9, p. 5 : « La jurisprudence, bienveillante avec les héritiers de la victime, leur permettant de bénéficier sans restrictions des compensations offertes pour la souffrance du défunt, semble singulièrement plus suspicieuse à l'égard des autres proches, lorsqu'il advient qu'ils cherchent à obtenir indemnisation de leurs propres souffrances ; le préjudice d'accompagnement illustre ce paradoxe ».

<sup>725</sup> Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels dirigé par Jean-Pierre Dintilhac, juillet 2005, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/064000217.pdf>, p. 44.

<sup>726</sup> CA, Douai, 26 mai 2011, n°09/09236, ch.03 : « Que Christiane K. épouse K., qui a vu son mari souffrir, sans que l'on parvienne pendant plusieurs mois à déterminer les causes de ses souffrances est fondée à obtenir une somme de 1 500 euros comme allouée par le tribunal ». ; v.aussi : D. Tapinos, *L'indemnisation du préjudice d'affection n'est pas subordonnée à*

Les juges se montrent aussi sensibles à l'âge de la victime au moment de son décès<sup>727</sup>. En cas de handicap, ils prennent en compte le « préjudice d'affection à la vue de l'état de leur mère si gravement handicapée (...) avec son retentissement avéré pour les membres du très proche entourage »<sup>728</sup>.

Le préjudice sexuel que pourrait subir le conjoint des suites de l'accident médical est appréhendé par les juges dans ce poste de préjudice<sup>729</sup>.

Il faut préciser que le préjudice d'affection dépend uniquement d'un lien affectif direct et certain. Ainsi, il est indemnisé lorsque les enfants habitent à l'étranger mais dont la proximité avec la victime est conservée et attestée<sup>730</sup> tout comme pour l'ancien conjoint de la victime avec lequel, en l'espèce, ils sont restés mariés vingt deux ans et ont eu ensemble deux filles<sup>731</sup>.

On retrouvera, à quelques exceptions près, les mêmes préjudices pour les victimes indirectes en cas de survie de la victime directe.

- Les préjudices patrimoniaux et extrapatrimoniaux de la victime indirecte en cas de survie de la victime directe

Sur les préjudices patrimoniaux :

On retrouve la *perte de revenus des proches* partant du principe que « le handicap dont reste atteint la victime directe à la suite du dommage corporel, va engendrer une perte ou une diminution de revenus pour son conjoint (ou son concubin) et ses enfants à charge. Dans ce cas, il y a lieu de prendre comme élément de référence, le préjudice annuel avant le dommage ayant entraîné son handicap en tenant compte de la part d'autoconsommation de la victime directe et du salaire qui continue à être perçu par son conjoint (ou son concubin). En outre, il convient de réparer au titre de ce poste, la perte ou la diminution de revenus subie par les proches de la victime directe lorsqu'ils sont obligés, pour assurer une présence constante auprès de la victime handicapée d'abandonner temporairement, voire définitivement, leur emploi »<sup>732</sup>.

---

*l'intensité du handicap de la victime directe*, Gazette du Palais, juin 2017, n°21, p. 67 sous Cass. 1<sup>re</sup> civ, 11 janvier 2017, n°15-16282 ; A. Renelier, *Victimes par ricochet : indemnisation distincte de l'invalidité réactionnelle et du préjudice d'affection*, Gazette du Palais, juin 2017, n°21, p. 68 sous Cass. 2<sup>e</sup> civ, 23 mars 2017, n°16-13350.

<sup>727</sup> CA, Aix-en-Provence, 21 novembre 2013, n°2013/803, ch.01 C : la cour observe que la victime était âgée d'une trentaine d'années.

<sup>728</sup> CA, Aix-en-Provence, 30 janvier 2014, n°2014/39, ch. 10.

<sup>729</sup> CA, Versailles, 19 janvier 2012, n°10/05701, ch. 03.

<sup>730</sup> TGI, Paris, 7 septembre 2012, n°11/08382, Gazette du Palais, 08 octobre 2013 n° 281, p. 47.

<sup>731</sup> Ibid.

<sup>732</sup> Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels dirigé par Jean-Pierre Dintilhac, juillet 2005, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/064000217.pdf>, p. 44.

Il s'agit par exemple du congé parental pris par un père pour s'occuper de son enfant<sup>733</sup>, d'un conjoint qui rend tous les jours visite à sa femme<sup>734</sup>.

Les *frais divers des proches* sont naturellement aussi pris en compte en cas de survie de la victime directe. Son contenu et sa définition sont identiques au poste des frais divers en cas de décès de la victime directe.

#### Sur les préjudices extra-patrimoniaux :

Il ne faut pas nécessairement que la victime décède pour que le *préjudice d'affection* soit attesté dans la mesure où certains proches peuvent subir un préjudice moral « à la vue de la douleur de la déchéance et de la souffrance de la victime directe. Il convient d'inclure à ce titre le retentissement pathologique avéré que la perception du handicap de la victime survivante a pu entraîner chez certains proches ».

Ce poste donne lieu à une indemnisation « quasi-automatique » pour les parents les plus proches de la victime directe (père et mère, etc...). Cette indemnisation peut aussi concerner des personnes dépourvues de lien de parenté avec la victime directe, dès lors qu'elles établissent par tout moyen avoir entretenu un lien affectif réel avec le défunt »<sup>735</sup>.

Il est ainsi justifié lorsqu'un père doit, auprès de ses enfants, supporter « l'absence répétée de leur mère » du fait de son hospitalisation<sup>736</sup>. Aussi, une épouse subit un préjudice d'affection « à la vue de l'état de son mari diminué (...) avec son retentissement avéré pour elle »<sup>737</sup>, tout comme « la souffrance éprouvée par un père du fait des blessures subies par sa fille »<sup>738</sup>.

Pour terminer, la nomenclature Dintilhac, fidèle à sa volonté de ne pas trop restreindre le champ du préjudice, prévoit des *préjudices extra-patrimoniaux exceptionnels* des victimes indirectes en cas de survie de la victime directe afin de réparer « le préjudice de changement dans les conditions de l'existence, dont sont victimes les proches de la victime directe pendant sa survie handicapée. (...) Il a pour objet d'indemniser les bouleversements que la survie douloureuse de la victime directe entraîne sur le mode de vie de ses proches au quotidien. (...) Les proches doivent partager une communauté de vie effective et affective avec la victime directe laquelle ne doit pas être exclusivement définie par référence au degré de parenté. (...) Il convient d'inclure au titre de ce poste de préjudice le retentissement

---

<sup>733</sup> CA, Paris, 26 avril 2013, n°11/14855, Pole 02 ch. 02.

<sup>734</sup> CA, Limoges, 27 novembre 2014, n°13/01067, ch. civile.

<sup>735</sup> Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels dirigé par Jean-Pierre Dintilhac, juillet 2005, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/064000217.pdf>, p. 45.

<sup>736</sup> CA, Dijon, 15 décembre 2015 n°13/01778, ch. civile.

<sup>737</sup> CA, Aix-en-Provence, 24 septembre 2015, n°2015/396, ch. 10.

<sup>738</sup> CA, Bastia, 20 janvier 2016, n°14/00689.

sexuel vécu par le conjoint ou le concubin à la suite du handicap subi par la victime directe pendant la maladie traumatique et après sa consolidation »<sup>739</sup>.

***Pertinence et valeur juridique de la nomenclature Dintilhac.*** En analysant les vingt-neuf postes proposés par la nomenclature *Dintilhac*, on mesure combien la réparation du dommage corporel s'est affinée. Si ces postes paraissent très nombreux, il faut rappeler que chaque préjudice doit être justifié avec précision.

Même si la jurisprudence a largement procédé à une délimitation des préjudices les uns des autres, le débat sur cet outil doit rester ouvert.

La place dans l'ordre juridique de la nomenclature est sujet à réflexions<sup>740</sup> car son appellation et son contenu ne sont pas explicitement retenus dans les textes<sup>741</sup>.

« Il s'agit indubitablement d'une norme juridique, dotée d'une force normative en développement. De la sorte, chacun participera à la construction de la force normative d'une norme hors norme » comme le souligne Matthieu Robineau<sup>742</sup>.

Cet outil propose une dynamique d'ensemble et une méthode qui intéresse la plupart des pays européens<sup>743</sup> sensibles à la normalisation des outils du dommage corporel<sup>744</sup>.

La nomenclature elle-même est inspirée de la résolution n°75-7 du Conseil de l'Europe du 14 mars 1975 et des travaux de l'Académie de droit européen de Trèves des 8 et 9 juin 2000. La distinction des préjudices patrimoniaux et extrapatrimoniaux est quant à elle, en partie issue des modèles allemands et canadiens<sup>745</sup>.

---

<sup>739</sup> Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels dirigé par Jean-Pierre Dintilhac, juillet 2005, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/064000217.pdf>, pp. 45-46.

<sup>740</sup> M. Robineau, *Le statut normatif de la nomenclature Dintilhac des préjudices*, JCP éd. G, n°22, 31 mai 2010, 612 ; v. aussi M. Bacache, *La nomenclature : une norme ?*, Gazette du Palais, 27 décembre 2014, n°361, p. 7.

<sup>741</sup> « Une typologie officielle des préjudices paraît nécessaire pour assurer l'effectivité de la réforme du recours des tiers payeurs et l'uniformisation de l'indemnisation du dommage corporel. Pourtant, malgré la nomenclature *Dintilhac*, le pas n'a pas été franchi. Ainsi, la loi du 21 décembre 2006 n'y fait pas allusion et aucun décret n'est pour l'heure intervenu (...). En d'autres termes, la nomenclature n'a « aucune force contraignante », « aucune valeur juridique », elle « ne s'impose pas en l'état ». Elle paraît donc hors du droit. Cependant, la doctrine l'a accueillie favorablement et surtout, associations de victimes, médecins-experts, avocats et magistrats en ont rapidement pris acte ». *ibid.*

<sup>742</sup> *Ibid.*

<sup>743</sup> P. Pierre, *La nomenclature : une dynamique*, Gazette du Palais, 27 décembre 2014, n°361, p. 11 : « L'étude des réponses montre immédiatement que l'existence d'une nomenclature « officielle » est vérifiable en Europe, même si ce constat demeure minoritaire. Cinq pays ont répondu positivement sur ce plan ». L'auteur évoque particulièrement le cas de la Suisse, de la Suède, de l'Irlande et de la Pologne.

<sup>744</sup> J. Bourdoiseau, *La rationalisation de la réparation du dommage corporel* in « La réparation intégrale en Europe » (dir. F. Leduc, P. Pierre), Bruxelles, Larcier, Europe(s), p. 97.

<sup>745</sup> O. Gout, *La mise en place d'une nomenclature unique des postes de préjudices réparables*, Gazette du Palais, 24 décembre 2011 n° 358, p. 9 : « C'est le modèle du système allemand ou du système canadien distinguant, d'une part, le coût des soins futurs et la perte de revenus et, d'autre part, la catégorie des pertes non pécuniaires dans laquelle on retrouve la perte de jouissance de la vie, le préjudice esthétique ou encore l'indemnisation des souffrances morales ».

La matière a beaucoup gagné en clarté par le biais d'un outil largement adopté par les juridictions civiles<sup>746</sup> et de manière quasi unanime par les acteurs du dommage corporel<sup>747</sup>.

Pour répondre aux attentes, elle « se veut simple, équitable et pragmatique afin d'être comprise tant par les victimes que par les praticiens, même si elle présente une certaine technicité inévitable en la matière »<sup>748</sup>.

Le juge analyse le préjudice pour ce qu'il est car la victime a un rôle passif. La Cour de cassation n'a eu de cesse de rappeler aux juges du fond<sup>749</sup> qu'on ne pouvait contraindre une victime à limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable du dommage en se soumettant aux actes médicaux préconisés<sup>750</sup>. Etant aussi précisé que « le principe de la réparation intégrale n'implique pas de contrôle sur l'utilisation des fonds alloués à la victime qui en conserve la libre utilisation »<sup>751</sup>.

Finalement, la partie intéresse davantage les juges du fond qui disposent d'une relative liberté dans l'appréhension du préjudice. Les questions de réparation du préjudice corporel ne sont pas si fréquentes devant la Cour de cassation car c'est un domaine où l'appréciation des juges du fond est considérable<sup>752</sup>.

Il n'en demeure pas moins que la Cour régulatrice joue un rôle prépondérant, elle contrôle d'une part que le contenu d'un poste de préjudice soit bien respecté<sup>753</sup>, tout comme les pièces qui sont soumises aux juges du fond<sup>754</sup>, en leur donnant ainsi « une ligne de conduite »<sup>755</sup>. D'autre part, elle s'assure que les postes ne soient pas indemnisés à deux reprises comme en témoignent deux arrêts de 2015 commentés par le Professeur Philippe Brun<sup>756</sup>. Pour ce dernier, « la cour régulatrice donne à penser

---

<sup>746</sup> V. cette réflexion générale : P. Deumier, *La doctrine collective législatrice : une nouvelle source de droit ?* RTD Civ. 2006, p. 63.

<sup>747</sup> O. Gout, *La mise en place d'une nomenclature unique des postes de préjudices réparables*, Gazette du Palais, 24 décembre 2011 n° 358, p. 9 : « d'abord, nombreux sont les magistrats qui ont participé à l'élaboration de cette nomenclature. On comprend dans ces conditions qu'ils participent à son introduction dans le droit vivant en consacrant la classification suggérée. Ce succès de la nomenclature Dintilhac devant la Cour de cassation tient sans doute aussi à ce que le ministère de la Justice a invité le juge judiciaire à y recourir dans une circulaire (Circ. DACS n°2007-05, 22 février 2007 : BO Justice 2007, n°2007-02) relative à l'application de la loi du 21 décembre 2006 ayant trait au recours des tiers payeurs. La Fédération française des sociétés d'assurance s'est aussi ralliée à la nomenclature Dintilhac si l'on en croit le livre blanc sur l'indemnisation du dommage corporel d'avril 2008 ».

<sup>748</sup> Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels dirigé par Jean-Pierre Dintilhac, juillet 2005, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/064000217.pdf>, p. 48.

<sup>749</sup> O. Gout, *Responsabilité civile* (chro. av. P. Brun), novembre 2014 - novembre 2015, D. 2016, p. 35 : « en publiant, en 2015, deux arrêts au *Bulletin* sur la question, la haute juridiction entend faire passer le message qu'elle n'est guère disposée à faire évoluer sa position. La victime n'étant pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable ».

<sup>750</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 19 juin 2003, Bull. 2003, II, n° 203, p. 171, pourvoi n° 00-22.302 : *La condamnation par la Cour de cassation de l'obligation de minimiser le dommage*, Petites affiches, 17 octobre 2003, n°208, p. 16 ; T. Gisclard, *La victime ne peut voir son indemnisation réduite pour avoir refusé des soins médicaux*, D. 2015, p. 1075.

<sup>751</sup> Cass. crim., 2 juin 2015, n° 14-83.967, D. 2015. 1274 ; Gazette du Palais, 30 juin 2015, p. 27, obs. Z. Dahbia.

<sup>752</sup> H. Adida-Canas, *Le contrôle de la nomenclature Dintilhac par la Cour de cassation*, D. 2011, p. 1497.

<sup>753</sup> A. Renelier, *À la reconquête des préjudices par ricochet*, Gazette du Palais, 08 octobre 2013 n° 281, p. 27, Cass. 2<sup>e</sup> civ., 4 juillet 2013, n°12-24164.

<sup>754</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 28 février, 2013, n°11-27951.

<sup>755</sup> C. Bernfeld, *PGPF et IP doivent être réparées séparément*, Gazette du Palais, 14 octobre 2014 n° 287, p. 45.

<sup>756</sup> P. Brun, *Responsabilité civile* (chro. av. O. Gout), novembre 2014 - novembre 2015, D. 2016, p. 35 : « Deux décisions du 5 février 2015 (Cass. 2<sup>e</sup> civ., 5 février 2015, n° 14-10.097, D. 2015. 375) et du 5 mars 2015 (Cass. 2<sup>e</sup> civ., 5 mars 2015, n° 14-13.045, Gazette du Palais, 28-30 juin 2015, p. 34, note M. Perini-Mirski) témoignent de l'opposition résolue de la haute juridiction à voir se développer, à l'ombre de ce chef de préjudice, toute forme d'excroissance de celui-ci ».

qu'elle privilégie une approche littérale de la nomenclature plutôt qu'elle ne s'emploie à la vivifier, ce qu'il est permis de regretter »<sup>757</sup>.

***Un outil qui doit demeurer ouvert.*** De toute évidence, il nous semble difficile de légiférer pour imposer une nomenclature unique même si cela a pu être proposé<sup>758</sup>.

Le juge doit pouvoir inclure un préjudice qui ne figure pas dans cette liste qui, même si elle a une valeur officielle de référence, ne saurait être gravée dans le marbre.

Officialiser la nomenclature reviendrait à réduire explicitement l'office du juge qui est libre d'indemniser le poste de préjudice qu'il considère comme justifié, même si ce dernier ne figure pas dans la nomenclature. De cette manière, il est préférable de laisser toute latitude au juge et de conserver, à titre officieux, les outils pertinents.

***Une application trop rigoureuse de la nomenclature ?*** L'affirmation ne tombe pas sous le coup de l'évidence. La Cour de cassation est de plus en plus hostile à élargir le cadre de la nomenclature<sup>759</sup> qui plus est sur le poste de déficit fonctionnel temporaire qui reste sujet à controverses<sup>760</sup>.

En effet, le préjudice d'agrément temporaire est censé être indemnisé dans le déficit fonctionnel temporaire mais il est sous-évalué<sup>761</sup>. D'ailleurs, le déficit fonctionnel temporaire semble purement médical et faire fi des troubles dans les conditions d'existence. On ne demande pas à la victime les mêmes pièces pour ce préjudice que pour le préjudice d'agrément permanent.

Ce poste est liquidé sur la seule base d'un taux de déficit et non sur l'impact de ce dernier sur la qualité de vie de la victime ; faute d'être indemnisés au titre du déficit fonctionnel permanent, en raison des barèmes médicaux légaux qui ne se réfèrent qu'à la seule incapacité physique ou psychique objective, les troubles dans les conditions d'existence ne sont pas identifiables.

Par conséquent, il y a encore de nombreuses réflexions à mener autour de cette nomenclature. Le Professeur Olivier Gout rappelle justement qu'il faut continuer « à laisser une place à l'office du juge et

---

<sup>757</sup> Ibid.

<sup>758</sup> En 2014, un Projet de décret visant à instaurer une nomenclature officielle des postes de préjudices consécutifs à un dommage corporel. <http://www.justice.gouv.fr/publication/dacs/consult/20141120-projetdecret.pdf>

<sup>759</sup> D. Tapinos, *Le préjudice d'agrément temporaire en quête d'autonomie*, Gazette du Palais, 7 mai 2015, n°127, p. 10 sous Cass. 2<sup>e</sup> civ., 5 mars 2015, n°14-10.758 ; v. aussi S. Gerry-Vernières, *Inclusion du préjudice d'angoisse dans les postes existants de souffrances endurées ou de déficit fonctionnel permanent en cas de dommage corporel*, Gazette du Palais, 16 avril 2015, n°106, p. 17 sous Cass. 2<sup>e</sup> civ., 5 février 2015, n°14-10097 : Le préjudice moral lié aux souffrances psychiques tenant au sentiment d'angoisse de la victime au cours d'une agression est inclus soit dans le poste de préjudice temporaire des souffrances endurées, soit dans le poste de préjudice du déficit fonctionnel permanent.

<sup>760</sup> A. Guegan-Lécuyer, *La distinction de préjudices temporaires et permanents, l'exemple du déficit fonctionnel*, in « Autour de la nomenclature des préjudices corporels. Hommage au Président Dintilhac », Gazette du Palais, 24-27 décembre 2014, n° 358 à 361, p. 28.

<sup>761</sup> P. Jourdain, note sous Cass. 2<sup>e</sup> civ. 5 mars 2015, n° 14-10758, JCP G 2015, 434.

plus généralement aux organes de l'indemnisation pour faire en sorte que la matière reste, d'une certaine manière, connectée aux besoins du terrain »<sup>762</sup>.

A l'avocat Dominique Arcadio d'affirmer que la nomenclature *Dintilhac* n'est pas figée<sup>763</sup> et au philosophe de conclure que « la nomenclature des postes de préjudice est un instrument. (...) Ce rappel nous enjoint à ne pas nous laisser instrumentaliser par l'instrument lui-même. A le relativiser et le tenir pour ce qu'il est : une méthode. Si, en tant que méthode, la nomenclature possède ce grand avantage de fédérer des pratiques, de produire un « langage commun » dans lequel l'ensemble des acteurs peut se reconnaître, permettant la discussion, la contradiction et le débat, il faut toujours garder à l'esprit que cette méthode propose un découpage déterminé de la réalité du dommage, d'une réalité qui pourrait, par conséquent, admettre d'autres découpages, d'autres divisions et subdivisions ». « Il n'y a pas à proprement parler de « préjudices nouveaux », expression qui peut faire naître une réaction « conservatrice » de la part des juges notamment, mais une catégorisation ou dénomination nouvelle qui met en lumière un préjudice existant mais échappant jusqu'alors à la visibilité juridique »<sup>764</sup>.

La nomenclature *Dintilhac* est indispensable, elle ne doit pas pour autant être indépassable. Malheureusement le juge administratif n'a pas repris cet outil même s'il paraît de plus en plus sensible à cette grille de lecture qui a fait ses preuves.

#### b) Le préjudice selon le juge administratif : l'avis Lagier

Suite à la réforme du recours des tiers payeurs de 2006 imposant un recours poste par poste et un droit préférentiel pour la victime<sup>765</sup>, le Conseil d'Etat saisi d'une demande sur l'applicabilité de celle-ci dans le temps a proposé hâtivement sa propre nomenclature des préjudices.

La structure, très inspirée de la nomenclature *Dintilhac* reste néanmoins beaucoup plus simpliste (1). D'ailleurs, elle n'a pas fait l'objet de débats ou de rapport préalable à cette fin puisqu'il s'agit d'un avis du Conseil d'Etat.

Le fait que la Cour de cassation n'utilise pas la même typologie ne facilite pas les choses.

Toutefois, le Conseil d'Etat ne semble pas insensible à la nomenclature *Dintilhac* et l'on peut penser que celle-ci va supplanter l'avis *Lagier* pour se généraliser (2).

---

<sup>762</sup> O. Gout, *La mise en place d'une nomenclature unique des postes de préjudices réparables*, Gazette du Palais, 24 décembre 2011 n° 358, p. 9.

<sup>763</sup> D. Arcadio (entretien av.), *La nomenclature Dintilhac n'est pas figée*, JCP éd. G n°42, 17 octobre 2011, 1111.

<sup>764</sup> J-B. Prévost, *Le préjudice exceptionnel : réflexions sur la fonction et les limites de la nomenclature des postes de préjudice*, Gazette du Palais, dimanche 23 au mardi 25 février 2014, n°54 à 56, pp. 20-21.

<sup>765</sup> Loi n°2006-1640 du 21 décembre 2006 de financement de la sécurité sociale pour 2007.

### 1) *Une nomenclature succincte*

Le 4 juin 2007, quelques mois après l'entrée en vigueur de la loi du 21 décembre 2006, le Conseil d'Etat est saisi par deux juridictions du fond sur le fondement de l'article L.113-1 du code de justice administrative, de demandes d'avis.

La première tient à l'application dans le temps des nouvelles dispositions de l'article L.376-1 du code de la sécurité sociale.

La Haute Juridiction, comme la Cour de cassation, a affirmé sur ce point que celles-ci étaient applicables immédiatement, même aux instances en cours n'ayant pas donné lieu à une décision passée en force de chose jugée<sup>766</sup>.

La seconde tient à l'interprétation des nouvelles dispositions et, en premier lieu, en ce qui concerne la notion de postes de préjudices. Le Conseil d'Etat définit un poste de préjudice<sup>767</sup> comme « un ensemble de préjudices de même nature directement liés aux dommages corporels subis par la victime directe »<sup>768</sup>.

***L'absence de nomenclature officielle relevé par le Conseil d'Etat.*** D'emblée, le Conseil d'Etat précise que la définition et le contenu de ces différents postes n'a jamais fait l'objet d'un texte officiel : « en l'absence de dispositions réglementaires définissant les postes de préjudice patrimoniaux et personnels et les modalités d'imputation des prestations de sécurité sociale sur les indemnités mises à la charge du tiers responsable, il y a lieu, lorsque les circonstances de l'espèce font apparaître le versement de prestations correspondantes, de distinguer, à tout le moins, les postes de préjudice suivants »<sup>769</sup>.

Le rapport Dintilhac n'est pas du tout mentionné dans l'avis ; les conseillers d'Etat considéraient peut-être qu'ils n'avaient pas été assez associés à l'élaboration de celui-ci.

Pourtant, la typologie proposée par le juge administratif n'est pas sans rappeler celle évoquée dans les rapports Lambert-Faivre et Dintilhac, à la différence notable qu'elle est beaucoup plus succincte. En réalité, la problématique liée à l'interprétation des nouvelles dispositions de l'article L.376-1 du code de la sécurité sociale est analysée à travers plusieurs questions dont la plupart ont été rapidement éludées.

Le Conseil d'Etat devait dire si l'entrée en vigueur de la loi était subordonnée à l'intervention d'un décret d'application définissant les postes de préjudice mentionnés à l'article L. 376-1 alinéa 4 du code de la sécurité sociale.

---

<sup>766</sup> Avis n°303422 et 304214 du 4 juin 2007.

<sup>767</sup> H-B. Pouillaude, *Les « chefs de préjudice » en droit de la responsabilité administrative : le levier et le fardeau*, AJDA 2014, p. 1809 : « le juge administratif semble réserver la notion de « poste de préjudices » à la division des préjudices liés à un dommage corporel, alors que la notion de chef de préjudice apparaît plus générique ».

<sup>768</sup> Ibid.

<sup>769</sup> Ibid.

La Haute Juridiction répond que « dès lors que l'application de ces dispositions, qui déterminent les droits respectifs des victimes d'accidents et des caisses de sécurité sociale qui leur versent des prestations à l'égard des tiers responsables, n'est pas manifestement impossible en l'absence d'un texte réglementaire - que d'ailleurs elles ne prévoient pas - elles sont applicables sans que soit nécessaire l'intervention d'un tel texte »<sup>770</sup>.

Assurément, l'entreprise n'est pas impossible mais particulièrement laborieuse. La juridiction administrative n'était pas sans savoir que le Ministère de la Justice a pris une circulaire le 22 février 2007 (une circulaire est souvent rendue à l'occasion de la parution d'un texte : loi, décret...)

La circulaire n°2007-05 du 22 février 2007 relative à l'amélioration des conditions d'exercice du recours subrogatoire des tiers payeurs en cas d'indemnisation du dommage corporel soutenait clairement que « dès lors qu'il incombe à la victime de préciser ses différents chefs de préjudice et aux tiers payeurs de caractériser le lien entre ceux-ci et chacune des prestations pour lesquelles un recours subrogatoire lui est ouvert, il est vivement recommandé de se référer à une nomenclature des chefs de préjudice déterminée ».

***De la volonté du juge administratif d'établir sa propre nomenclature.*** La nomenclature des chefs de préjudice figurant dans le rapport remis par M. Jean-Pierre Dintilhac au garde des sceaux constituait une référence approuvée par l'ensemble des acteurs du droit de l'indemnisation.

La table de concordance entre les postes de préjudice et les prestations des tiers payeurs, figurant dans le rapport sur l'indemnisation du dommage corporel présidé par le Professeur Yvonne Lambert-Faivre, pouvait en outre utilement compléter cette nomenclature. Certes, la circulaire est interprétative et non impérative (conformément à l'ancienne distinction du Conseil d'Etat) mais le ministère donne dans celle-ci des indications assez claires.

Du point de vue méthodologique, la définition de poste de préjudice semble aussi critiquable comme le note le Professeur Patrice Jourdain : « On peut être surpris de voir la Haute juridiction considérer comme un poste de préjudice un « ensemble de préjudices » car le regroupement qui en résulte ne permettra pas toujours de vérifier si les différents préjudices relevant d'un même poste ont réellement été indemnisés »<sup>771</sup>.

La Haute-Juridiction se justifie en affirmant que la loi « n'impose de procéder à une évaluation distincte par poste pour autant que le tiers payeur établisse qu'il a versé ou versera à la victime une prestation indemnisant un préjudice relevant de ce poste ; par suite, ces dispositions ne font pas obstacle à ce que

---

<sup>770</sup> Avis n°303422 et 304214 du 4 juin 2007.

<sup>771</sup> P. Jourdain, *L'imputation des prestations sociales après la loi du 21 décembre 2006*, RTD. civ. 2007, p. 577.

les postes de préjudice ne donnant lieu au versement d'aucune prestation imputable fassent l'objet d'une indemnisation globale au profit de la victime ».

La logique semble respectée : si un tiers payeur ne verse aucune prestation visant à réparer un préjudice spécifiquement compris dans un poste, nul besoin de dissocier précisément les différents postes de préjudice.

Le raisonnement global n'est concrètement que sur le seul poste des préjudices personnels ; l'unique refuge face au recours des tiers payeurs (dans la mesure où les tiers payeurs ne peuvent prouver avoir effectivement et préalablement versé à la victime une prestation réparant de manière incontestable un tel préjudice). Pour le reste, les prestations servies sont susceptibles d'ouvrir droit à un recours subrogatoire. En ce sens, l'imputation peut se faire sur un poste regroupant pêle-mêle plusieurs préjudices.

En ce qui concerne la mise en œuvre du droit de préférence, le Conseil d'Etat mentionne que « l'indemnité mise à la charge du tiers, qui correspond à une partie des conséquences dommageables de l'accident, doit être allouée à la victime tant que le total des prestations dont elle a bénéficié et de la somme qui lui est accordée par le juge ne répare pas l'intégralité du préjudice qu'elle a subi ».

La victime bénéficiera « dans le cadre de chaque poste de préjudice et *dans la limite de l'indemnité mise à la charge du tiers*, une somme correspondant à la part des dommages qui n'a pas été réparée par des prestations de sécurité sociale, le solde de l'indemnité mise à la charge du tiers étant, le cas échéant, accordé à la caisse »<sup>772</sup>.

Par conséquent, la solution est « très favorable à la victime qui peut obtenir la réparation intégrale de son dommage en dépit du partage de responsabilité ! mais désastreuse pour les tiers payeurs dont l'assiette des recours se trouve réduite à la portion congrue. (...) Elle aboutira dans bien des cas à faire disparaître l'incidence du partage de responsabilité sur les droits de la victime d'un dommage corporel » selon le Professeur Patrice Jourdain qui évoque une « spoliation des droits des tiers payeurs »<sup>773</sup>.

Il convient de souligner que le partage de responsabilité en cas de faute de la victime n'est pas si fréquent, si ce n'est entre les professionnels de santé eux-mêmes. Par ailleurs, le jeu des préférences a toujours été défavorable soit aux victimes, soit aux tiers payeurs.

Il nous semble que le rapport de force n'est pas tout à fait similaire car la victime risquait de perdre une bonne partie, voire la totalité de ses indemnités. Le seul partage de responsabilité du fait du recours préalable des tiers payeurs pouvait avoir des conséquences graves dans la mesure où la victime devait seule, faire face à certains coûts.

---

<sup>772</sup> Avis précité.

<sup>773</sup> P. Jourdain, *L'imputation des prestations sociales après la loi du 21 décembre 2006*, article. cité.

A l'inverse, le fait que certains tiers payeurs dont la sécurité sociale, ne retrouvent pas tout à fait les sommes avancées n'a pas forcément un impact majeur au niveau global. Ces derniers sont financés par de multiples sources et bénéficient en ce sens d'une marge de manœuvre différente des victimes.

***Juge civil et juge administratif : une dichotomie de méthode.*** Les conclusions du rapporteur public, si elles ont le mérite d'expliquer les démarches entreprises, peinent aussi à convaincre.

Luc Derepas<sup>774</sup> reconnaît à la nomenclature *Dintilhac* sa grande clarté tout en évoquant une dichotomie de méthode qui nous semble un peu étrange : « voulez-vous opter pour une correspondance fine, au plus près de la ventilation en 29 postes de préjudice de la nomenclature, ou pour une correspondance par grandes masses, conservant un certain degré de globalisation des postes de préjudice ? ».

La question est telle que l'on a le sentiment que la nomenclature *Dintilhac* procède d'un extrême. A ce titre, le conseiller d'Etat lui préfère une solution intermédiaire ni trop fine, ni trop globalisante.

Deux des arguments du conseiller Luc Derepas nous paraissent contestables :

Il soutient en premier lieu « qu'il ne faut pas dissimuler que plus vous choisirez un tableau de correspondance fin entre préjudices et prestations, plus il existera de risques d'erreurs à la fois juridiques et mathématiques dans l'application qu'en feront les parties et les juridictions. L'examen de la jurisprudence de votre 5<sup>e</sup> sous-section et des décisions juridictionnelles qui lui sont soumises montrent que les règles de partage de responsabilité, d'affectation des prestations aux préjudices et de priorité des créances donnent lieu, en raison de leur complexité, à des erreurs dans une proportion non négligeable de la part des juridictions ».

Il aurait peut-être été préférable d'analyser directement l'usage de la nomenclature *Dintilhac* auprès des juridictions civiles afin d'accréditer la thèse qu'une répartition trop fine des postes de préjudice peut entraîner des erreurs.

Le second argument exposé est que « les juridictions vont devoir désormais décider à quel préjudice correspond telle ou telle prestation, avec les risques de tâtonnements et d'erreurs qui caractérisent une telle situation jusqu'à ce que la jurisprudence soit bien établie ».

L'affirmation n'est pas attestée par la pratique du juge civil ; seules certaines prestations particulières ont donné lieu à des controverses ; prestations minoritaires que le conseiller d'Etat prend d'ailleurs pour exemple.

---

<sup>774</sup> L. Derepas, concl. sur avis précité, RDSS 2007. 680.

Pour certains conseillers d'Etat, le juge administratif a proposé une méthode intermédiaire afin de mettre en place un recours des tiers payeurs favorable aux victimes : « la globalisation des postes de préjudice bénéficie, en cas de concours entre la victime et le tiers payeur pour récupérer une indemnité inférieure au préjudice, à celui des deux qui jouit de la priorité, soit le tiers payeur hier et la victime aujourd'hui. Il ne nuit certes pas à l'équilibre de la réforme que, dans une certaine mesure, la ventilation par postes vienne compenser, en pareille hypothèse, la préférence accordée à la victime ; mais il serait certainement contraire à l'esprit de la réforme de neutraliser une grande partie de l'avantage dont le législateur a entendu faire bénéficier la victime en imposant l'éclatement du préjudice en un trop grand nombre de postes »<sup>775</sup>.

Cette position intrigue comme l'a expliqué avec science une partie de la doctrine<sup>776</sup>.

***L'avis Lagier : une composition plus sommaire que la nomenclature Dintilhac.*** De la trentaine de préjudices précisément définis par la nomenclature *Dintilhac*, le juge administratif propose ici six grandes catégories de préjudices<sup>777</sup> :

***1/ Dépenses de santé*** : Ce poste peut notamment inclure les dépenses actuelles ou futures correspondant aux frais de soins et d'hospitalisation et aux frais pharmaceutiques<sup>778</sup> et d'appareillage. Le recours des caisses de sécurité sociale est susceptible de s'exercer au titre des prestations ayant pour objet la prise en charge de tout ou partie de ces dépenses ». Le poste inclut aussi « les frais de transport directement imputables à l'aggravation de l'état de santé du requérant »<sup>779</sup>.

Les dépenses de santé actuelles sont variées : l'acquisition d'un fauteuil électrique, des protections de nuit, des factures de pharmacie, des dépenses en matériel liées au handicap<sup>780</sup>. Les dépenses de santé futures peuvent comprendre entre autres le renouvellement du fauteuil électrique tous les cinq ans, la nécessité d'avoir une alèse par jour, des frais constants de pharmacie et de parapharmacie que la victime aura à supporter<sup>781</sup>.

---

<sup>775</sup> J. Boucher, B. Bourgeois-Machureau, *Recours des caisses de sécurité sociale contre le tiers responsable d'un dommage corporel : vade-mecum de la réforme*, AJDA 2007, p. 1800.

<sup>776</sup> A. Guégan-Lécuyer, *Vers une nomenclature des préjudices corporels enfin commune aux deux ordres de juridictions*, Gazette du Palais, 4 septembre 2014, p. 6, n° 189 : « Le Conseil d'État pouvait certes défendre le choix d'un seul poste de préjudices personnels pour des préjudices patrimoniaux davantage ventilés, par l'idée que l'application de l'art. L. 376-1 du Code de la sécurité sociale ne faisait pas obstacle à ce que les postes de préjudice ne donnant lieu au versement d'aucune prestation imputable fassent l'objet d'une indemnisation globale au profit de la victime. Mais n'affaiblissait-il pas d'emblée la force de conviction de sa nomenclature en lui assignant ce seul objectif, en-deçà de l'ambition d'une amélioration de la qualité de l'indemnisation à travers une plus grande lisibilité et prévisibilité des préjudices ? De ce point de vue en effet, si la nomenclature *Dintilhac* pouvait sembler pléthorique, une liste de six postes, même ouverte, aurait du mal à convaincre ».

<sup>2342</sup> CE, avis 4 juin 2007, JCP adm. 2007, 1897, note C. Guettier ; RTD Civ. 2007, 577, obs. P. Jourdain. CE, 5 mars 2008, Gazette du Palais, 2 avril 2008, p. 8, note C. Bernfeld et F. Bibal, AJDA 2008, 941 concl. J-P. Thiellay ; AJDA 2007. 1800, obs. J. Boucher et B. Bourgeois-Machureau ; RDSS 2007. 680, obs. L. Derepas.

<sup>778</sup> CAA, Nantes, 7 avril 2016, n°14NT01799.

<sup>779</sup> CAA, Paris, 21 mars 2016, n°14PA00297.

<sup>780</sup> CAA, Paris, 31 décembre 2015, n°12PA00933.

<sup>781</sup> Ibid.

**2/ Frais liés au handicap** : « Peuvent notamment y figurer les frais de logement et de véhicule adaptés et les dépenses liées à l'assistance temporaire ou permanente d'une tierce personne pour les besoins de la vie quotidienne. Le recours de caisses peut s'exercer au titre des prestations ayant pour objet la prise en charge de tout ou partie de ces dépenses, notamment la majoration de la pension d'invalidité pour aide d'une tierce personne prévue à l'article R. 341-6 du code de la sécurité sociale ».

Comme le juge civil, le juge administratif indemnise l'aide d'une tierce personne<sup>782</sup> sur la base d'un tarif horaire comprenant le coût des charges salariales et patronales ainsi que les congés payés<sup>783</sup>.

Le juge administratif a aussi rappelé que « lorsque figure, au nombre des conséquences dommageables d'un accident engageant la responsabilité d'une personne publique, la nécessité pour la victime de recourir à l'assistance d'une tierce personne à domicile pour les actes de la vie courante, la circonstance que cette assistance serait assurée par un membre de sa famille est, par elle-même, sans incidence sur le droit de la victime à en être indemnisée »<sup>784</sup>.

On trouve par exemple dans les frais d'aménagement du logement : un monte-escalier<sup>785</sup>, des aménagements domotiques comme une porte de garage automatisée<sup>786</sup> et, dans les frais d'aménagement du véhicule : un embrayage automatique, un boîtier sur volant<sup>787</sup>, la nécessité du remplacement du véhicule tous les sept ans ainsi que les frais d'adaptation pour permettre l'accès en fauteuil roulant<sup>788</sup>. Par ailleurs, le juge administratif est aussi très attaché aux conclusions du rapport d'expertise médicale<sup>789</sup> mais aussi de celui de l'ergothérapeute pour évaluer les frais futurs d'appareillage. Ces derniers imposent parfois d'indemniser l'achat d'un nouveau logement quand il est très difficile, du fait de handicap, d'accéder à une location adaptée<sup>790</sup>.

**3/ Pertes de revenus** : « Il peut s'agir des revenus dont la victime a été ou sera privée en raison du dommage ainsi que des pertes de ressources subies par les ayants droit »<sup>791</sup>.

---

<sup>782</sup> C. Bernfeld, *Le Conseil d'Etat cerne les critères de chiffrage de la tierce personne*, Gazette du Palais, 17 février 2015, n°48, p. 31 sous CE, 12 décembre 2014, n°364171.

<sup>783</sup> CAA, Nantes, 7 avril 2016, n°14NT02841.

<sup>784</sup> CAA, Paris, 21 mars 2016, n°15PA01581 ; v. aussi : C. Bernfeld, *confirmation de la jurisprudence du Conseil d'État sur la tierce personne de l'enfant*, Gazette du Palais, 14 octobre 2014 n° 287, p. 43 sous CE, 3<sup>e</sup> ss-sect., 2 juin 2014, n°355508.

<sup>785</sup> CAA, Nantes, 18 février 2016, n°14NT02692.

<sup>786</sup> CAA, Bordeaux, 12 janvier 2016, n°13BX02670.

<sup>787</sup> CAA, Bordeaux, 12 janvier 2016, n°13BX02670.

<sup>788</sup> CAA, Nantes, 18 février 2016, n°14NT02692.

<sup>789</sup> V. CAA, Paris, 15 février 2016, n°14PA00195 et n°14PA00311.

<sup>790</sup> CAA, Paris, 21 mars 2016, n°14PA00297 : « Que l'état de santé de M.A..., qui ne peut se déplacer qu'en fauteuil roulant, exige qu'il habite un logement facilement accessible et aménagé pour son handicap (...) Dès lors, seul l'achat d'un logement peut permettre à la victime d'être indemnisée de l'intégralité de son préjudice en ce qui concerne le domicile adapté à son handicap ».

<sup>791</sup> CAA, Nantes, 7 avril 2016, n°14NT01877.

Le préjudice est établi lorsque la victime a dû cesser son activité professionnelle ou arrêter temporairement le travail<sup>792</sup>, déduction faite des indemnités journalières<sup>793</sup>. Lorsque celle-ci ne peut plus reprendre sa profession d'origine, ni une autre, le juge peut alors allouer une rente annuelle<sup>794</sup>.

**4/ Incidence professionnelle et scolaire du dommage corporel** : « Ce poste peut notamment inclure la perte d'une chance professionnelle, l'augmentation de la pénibilité de l'emploi occupé, les dépenses exposées en vue du reclassement professionnel, de la formation et de l'adaptation au poste occupé ou à un nouveau poste et la perte d'une pension de retraite. Le recours des caisses peut notamment s'exercer au titre des prestations prenant en charge les frais de formation et les frais de journée de reclassement professionnel mentionnés au 1° de l'article L. 321-1 du code de la sécurité sociale ainsi que les autres prestations en nature visées au 3° du même article ».

A l'instar du poste de préjudice portant le même nom dans la nomenclature *Dintilhac*, ce poste est attesté quand la victime subit « une pénibilité de l'exercice de l'activité professionnelle »<sup>795</sup> ou des « répercussions sur les possibilités d'emploi et d'évolution professionnelle »<sup>796</sup>, voire « l'obligation d'envisager une reconversion »<sup>797</sup>.

Le juge administratif indemnise le plus souvent le préjudice scolaire et professionnel en même temps, d'une manière globale et forfaitaire<sup>798</sup>. Le préjudice scolaire a nécessairement une répercussion sur la vie professionnelle<sup>799</sup>.

**5/ Autres dépenses liées au dommage corporel** : « Il peut s'agir des frais de conseil et d'assistance et, pour les ayants droit, des frais d'obsèques et de sépulture ».

Ce poste correspond aux frais divers de la nomenclature *Dintilhac* et c'est la terminologie utilisée par le juge administratif quand il veut indemniser des « frais et honoraires du médecin conseil »<sup>800</sup> à la seule différence que le poste inclut aussi les frais divers supportés par les ayants droits comme des frais d'obsèques<sup>801</sup>.

---

<sup>792</sup> CAA, Lyon, 24 mars 2016, n°14LY01767.

<sup>793</sup> CAA, Nantes, 7 avril 2016, n°14NT01799.

<sup>794</sup> Ibid.

<sup>795</sup> CAA, Lyon, 24 mars 2016, n°14LY01767.

<sup>796</sup> CAA, Marseille, 22 février 2016, n°15MA01064 ; CAA, Nantes, 18 février 2016, n°14NT01611.

<sup>797</sup> CAA, Nancy, 17 mars 2016, n°15NC00060.

<sup>798</sup> CAA, Marseille, 21 mai 2015, n°13MA03127 : « Considérant, d'autre part, que du fait de son infirmité motrice cérébrale, Sophie B...a subi un préjudice scolaire et professionnel certain ; que tant ses chances d'accéder à des professions auxquelles elle aurait pu prétendre que ses chances de progression de carrière professionnelle, sont nécessairement réduites eu égard à son état de santé ».

<sup>799</sup> CAA, Nantes, 19 mai 2015, n°11NT03145 : « qu'il résulte également de l'instruction qu'en raison des séquelles dues à la faute du centre hospitalier de Gien M. B...H...n'a jamais pu suivre une scolarité normale » ; CAA, Versailles, 13 mai 2015, n°13VE02501.

<sup>800</sup> CAA, Nantes, 7 avril 2016, n°14NT02841.

<sup>801</sup> CAA, Bordeaux, 7 avril 2016, n°14BX00011.

**6/ Préjudices personnels** : « ceux-ci peuvent faire l'objet d'une indemnisation globale (...). Dans une telle hypothèse, il y a lieu de distinguer, pour la victime directe, les souffrances physiques et morales, le préjudice esthétique et les troubles dans les conditions d'existence, envisagés indépendamment de leurs conséquences pécuniaires et, pour les ayants droit, la douleur morale et les troubles dans les conditions d'existence »<sup>802</sup>.

Sous le vocable préjudices extrapatrimoniaux, le juge administratif prend en compte le déficit fonctionnel temporaire et permanent<sup>803</sup>, les souffrances physiques et psychiques<sup>804</sup>, le préjudice esthétique (temporaire<sup>805</sup> ou permanent<sup>806</sup>) et le préjudice d'agrément (temporaire ou définitif correspondant à l'abandon ou à la difficulté d'exercer plusieurs activités<sup>807</sup> sportives et de loisir) »<sup>808</sup>.

Longtemps, le préjudice esthétique devait présenter une gravité suffisante<sup>809</sup>. Le juge considérait ainsi qu'une cicatrice au visage était susceptible d'ouvrir droit à réparation<sup>810</sup> tandis qu'une légère cicatrice au sourcil ne le serait pas<sup>811</sup>. Depuis, ce droit à indemnisation est largement ouvert : dès que ce dernier est justifié, quand bien même il serait qualifié de très léger sur une échelle de 1 à 7.

**La difficulté de conceptualiser les troubles dans les conditions d'existence.** Catégorie hétérogène et floue, « plasticité du concept (...) qui est au demeurant son atout principal »<sup>812</sup>, elle est aujourd'hui beaucoup plus limitée, le plus souvent au seul déficit fonctionnel temporaire<sup>813</sup> comme le suggère le référentiel de l'ONIAM<sup>814</sup>.

Très utilisée par le juge administratif, indépendamment du contentieux<sup>815</sup>, la notion demeure assez sibylline dans la mesure où il n'est pas aisé de distinguer clairement le préjudice moral des troubles dans les conditions d'existence.

---

<sup>802</sup> F. Moderne, *Note sur le devenir de la notion de "troubles dans les conditions d'existence" dans le contentieux administratif de la responsabilité*, AJDA, 1976, p. 240 ; CE, 4 février 1970, *CPAM de la Charente-Maritime*, Rd. Publ. 1970. 1240 ; CE, sect., 24 juin 1959, *Mme Legrand*, Lebon. 309.

<sup>803</sup> CAA, Nantes, 7 avril 2016, n°14NT02841.

<sup>804</sup> CAA, Douai, 29 mars 2016, n°14DA00216 ; le préjudice est nommé aussi souffrances endurées : CAA, Lyon, 24 mars 2016, n°14LY01767.

<sup>805</sup> CAA, Paris, 31 décembre 2015, n°12PA00933.

<sup>806</sup> CAA, Paris, 31 décembre 2015, n°14PA02345.

<sup>807</sup> CAA, Nancy, 17 mars 2016, n°15NC00060 ; CAA, Paris, 31 décembre 2015, n°14PA02345 sur la base « de nombreuses photographies produites ».

<sup>808</sup> CAA, Nantes, 7 avril 2016, n°14NT02841.

<sup>809</sup> CE, 12 avril 1930, *Perset et Mme Perret*, Lebon. 479 ; CE, ass., 11 juillet 1947, *Salgues*, Lebon. 315.

<sup>810</sup> CE, sect. 23 mars 1962, *Caisse régionale de sécurité sociale de Normandie et Souillié*, Lebon. 211.

<sup>811</sup> CE, 25 juin 1965, *Peyre*, Lebon. 388.

<sup>812</sup> F. Moderne, *Note sur le devenir de la notion de troubles dans les conditions d'existence dans le contentieux administratif de la responsabilité*, AJDA, avril 1976, p. 240.

<sup>813</sup> CAA, Nantes, 7 avril 2016, n°14NT02841.

<sup>814</sup> Référentiel Oniam : « Déficit fonctionnel temporaire Les troubles dans les conditions d'existence de toutes natures (perturbation de la vie familiale, perte d'agrément, préjudice sexuel temporaire, notamment) font l'objet d'une indemnisation forfaitaire. Cette indemnisation est, pour une incapacité fonctionnelle totale, de 300 à 500 € par mois, en fonction des circonstances. » p. 9, <http://www.oniam.fr/procedure-indemnisation/bareme-indemnisation>

<sup>815</sup> J-L. Bédier, *L'indemnisation des troubles dans les conditions d'existence devant les juridictions administratives* in A. Leca (sous la dir. de), « L'expertise médicale et l'indemnisation des préjudices corporels », Colloques du CDSA, Bordeaux, Les

En effet, le juge utilise fréquemment la notion mais ne s'attarde jamais à motiver son contenu qui semble limité au seul déficit fonctionnel temporaire<sup>816</sup>. Au fond, si la notion est délibérément abstraite, elle est « compensée par la souplesse de son utilisation qui peut même être un instrument d'équité ou de rééquilibrage de la réparation »<sup>817</sup>.

C'est ce que soulignait le conseiller Michel Rougevin-Baville : « elle est souvent utilisée comme couvrant aussi un certain nombre de frais liés aux changements que nous venons d'énumérer et même comme une sorte de complément d'indemnisation de la perte de revenus »<sup>818</sup>.

On le remarque davantage pour les troubles dans les conditions d'existence des ayants droit<sup>819</sup>.

Ce poste des préjudices personnels, très fourni, laisse donc une marge d'appréciation importante au juge qui considère parfois que certains préjudices personnels sont établis alors que « l'expert médical n'a pas fait explicitement mention de ce chef de préjudice »<sup>820</sup>. Il doit demeurer libre dans son appréciation.

***Une typologie trop simpliste ?*** Si la typologie paraît simpliste, c'est parce que le Conseil d'Etat était sollicité afin de préciser « les conditions d'exercice du recours des caisses de sécurité sociale »<sup>821</sup> et ce d'une manière favorable aux victimes dans l'esprit de la loi.

De l'aveu des conseillers d'Etat, il était nécessaire d'opérer une forme de sanctuarisation du préjudice personnel sous la bannière des troubles dans les conditions d'existence<sup>822</sup>.

Dans l'avis pré-cité, la Haute-Juridiction a tenu à rappeler avant même de présenter sa nomenclature « qu'il résulte également des troisième et cinquième alinéas de l'article L. 376-1 du code de la sécurité sociale que ce recours ne peut pas, en principe, s'exercer sur des indemnités réparant des préjudices à caractère personnel ». A ce titre, l'établissement d'un seul poste de préjudice personnel procède aussi de l'idée qu'il n'est pas toujours évident d'individualiser des préjudices mais que si le juge a le sentiment qu'un certain nombre de préjudice sont réels, il peut les couvrir d'une manière globalisante.

---

Etudes Hospitalières, novembre 2009, 316 p, p. 192 : « La notion de troubles dans les conditions d'existence est présente dans tous les contentieux indemnitaires dont le juge administratif est amené à connaître ».

<sup>816</sup> CAA, Lyon, 24 mars 2016, n°14LY01767.

<sup>817</sup> J-L. Bédier, *L'indemnisation des troubles dans les conditions d'existence devant les juridictions administratives*, art. cité, pp. 193-194.

<sup>818</sup> M. Rougevin-Baville, *conclusions sous CE, Ass. 14 février 1975, Consorts Vimart, n°85729* ; Rec. CE, p. 113.

<sup>819</sup> J-L. Bédier, *L'indemnisation des troubles dans les conditions d'existence devant les juridictions administratives*, art. cité, pp. 198-199 : « Les troubles dans les conditions d'existence des ayants droit : pour donner quelques brèves indications chiffrées et ne citer que des décisions récentes du Conseil d'Etat, la somme de 5 000 euros a été accordée pour réparer le préjudice moral subi par le père d'un enfant ayant perdu un œil (CE, 28 mars 2008, M.G, n°279755), la somme de 20 000 euros à chacun des parents d'un enfant décédé et la somme de 4 000 euros aux frères et sœurs et à la grand-mère de la victime au titre du préjudice moral (CE, 28 mars 2008, *Centre hospitalier du pays d'Aix*, n°291434) ».

<sup>820</sup> CAA, Paris, 31 décembre 2015, n°14PA02345.

<sup>821</sup> C. Guettier, *A propos des conditions d'exercice du recours des caisses de sécurité sociale contre les tiers responsables*, JCP Entreprise et Affaires n°29, 19 juillet 2007, 1897.

<sup>822</sup> S. Hubac, *L'indemnisation des préjudices*, p. 210 in « Conseil d'Etat, Santé et justice : quelles responsabilités ? », op. cité.

Les magistrats administratifs ne s'en cachent pas : « l'indemnisation peut paraître aussi plus simple, comme contenant moins de postes, moins de risques d'erreurs et moins d'exigences de motivation pour le juge »<sup>823</sup>. Naturellement, les magistrats sont conscients qu'une liquidation moins fine du préjudice présente des désavantages comme le souligne Domitille Duval-Arnould : « l'enveloppe des TCE reste mouvante. (...) La globalisation est en outre peu lisible pour les victimes et elle ne l'est pas non plus pour le juge de cassation. Il est en effet difficile pour lui, lorsque le juge du fond s'est borné à allouer une indemnité au titre des troubles de toute nature dans les conditions d'existence, de déterminer si effectivement tous les aspects du préjudice ont été pris en compte. Enfin, elle ne permet guère d'effectuer de comparaisons sauf au regard du total des sommes allouées et ne peut conduire à une uniformisation sur cette base ce qui n'est ni pertinent ni satisfaisant »<sup>824</sup>.

***Les similitudes entre l'avis Lagier et la nomenclature Dintilhac.*** Naturellement, la comparaison avec la nomenclature *Dintilhac* vient à l'esprit. On constate en premier lieu que les séparations opérées par la nomenclature *Dintilhac* ne sont pas reprises directement dans l'architecture de l'avis *Lagier* : victimes directes/indirectes, préjudices patrimoniaux/extra-patrimoniaux et préjudices temporaires/permanents.

On compte ici cinq postes de préjudice économiques et un poste de préjudice personnel avec des sous-distinctions en cas de recours des tiers payeurs au sein de ce poste.

Tous les préjudices personnels se retrouvent donc dans un poste soit : les souffrances physiques et morales, le préjudice esthétique et les troubles dans les conditions d'existence. Le préjudice sexuel et le préjudice d'agrément ne sont pas explicitement cités mais ils peuvent être réparés dans cette catégorie. Par ailleurs, la distinction entre les victimes directes et indirectes n'est pas clairement opérée mais dissimulée au sein des postes de préjudice.

Même si cela n'est pas assumé clairement, l'usage qui est fait de l'avis *Lagier* est très inspiré par la nomenclature *Dintilhac* dont les contours sont plus finement tracés.

La position du Conseil d'Etat est loin d'avoir fait l'unanimité. Elle isole le juge administratif des autres acteurs du dommage corporel. On dit aussi qu'elle implique un préjudice moral en voie de désintégration<sup>825</sup> ou une trop grande diversité des missions expertales<sup>826</sup>.

---

<sup>823</sup> D. Duval-Arnould, *L'indemnisation des préjudices*, p. 208 in « Conseil d'Etat, Santé et justice : quelles responsabilités ? », op. cité.

<sup>824</sup> Ibid. p. 209.

<sup>825</sup> J. Knetsch, *La désintégration du préjudice moral*, D. 2015. 443 : « La désintégration du préjudice moral explique alors peut-être aussi, au moins partiellement, le décalage entre les niveaux d'indemnisation pratiqués devant les juridictions administratives et judiciaires. (...) Outre l'effet de surévaluation qu'elle comporte, la multiplication des chefs de préjudice extrapatrimoniaux soulève également des interrogations sur la sphère des préjudices moraux qui appellent une réparation aux termes du droit de la responsabilité. Bien que son rapport avec la désagrégation du préjudice moral soit moins perceptible, l'extension du domaine des souffrances réparables n'en est pas moins inquiétant ».

<sup>826</sup> A. Guégan-Lécuyer, *vers une nomenclature des préjudices corporels enfin commune aux deux ordres de juridictions*, Gazette du Palais, 4 septembre 2014, p. 6, n° 189.

Face à ce constat, le Conseil d'Etat s'est de plus en plus orienté vers le contenu de la nomenclature *Dintilhac* ; les parties l'ont beaucoup sollicité en ce sens.

## 2) *Vers une nomenclature unique ?*

En analysant les décisions du juge administratif, on constate que la méthode est assez proche de celle proposée par la nomenclature *Dintilhac*.

***Une manière similaire de liquider le préjudice.*** Sur le principe, elle est identique au juge civil. Le juge administratif vérifie en premier lieu si la responsabilité est établie eu égard au lien de causalité avant d'analyser le préjudice à indemniser et l'évaluation de ce dernier<sup>827</sup>.

Il opère donc un raisonnement en deux temps sur le principe de responsabilité autonome basé sur l'article L.1142-1 du code de la santé publique<sup>828</sup> puis sur l'indemnisation des préjudices.

***L'influence de la nomenclature Dintilhac sur le juge administratif.*** Quant à la liquidation du préjudice, le juge administratif procède poste par poste mais élabore aussi des subdivisions dans ces derniers.

A cette fin, il n'hésite plus à utiliser la terminologie de la nomenclature *Dintilhac*<sup>829</sup> en dissociant les cinq premiers postes des préjudices extrapatrimoniaux.

En effet, il distingue le plus souvent les préjudices permanents des préjudices temporaires ainsi que les préjudices des autres requérants<sup>830</sup> dont le préjudice d'accompagnement<sup>831</sup>.

Il évoque au besoin le déficit fonctionnel (temporaire ou permanent) en lui donnant une définition<sup>832</sup>, les souffrances morales endurées<sup>833</sup> et plus simplement les souffrances endurées<sup>834</sup>, le préjudice esthétique (temporaire ou permanent) ou le préjudice d'agrément (temporaire ou permanent<sup>835</sup>), mais

---

<sup>827</sup> CAA, Nantes, 7 avril 2016, n°14NT01799.

<sup>828</sup> CAA, Marseille, 7 janvier 2016, n°14MA00282.

<sup>829</sup> CE, 7 octobre 2013, n° 337851, *Ministre de la défense c/ Hamblin*, Lebon ; AJDA 2014. 295, note T. Leleu ; RTD civ. 2014. 131, obs. P. Jourdain ; CE, 7 octobre 2013, n° 338532, *M. et Mme Noé* ; CE, 6 novembre 2013, n° 345696, *Mme Brzezniak*, Lebon T. ; AJDA 2014. 141 ; CE, 16 décembre 2013, n° 346575, *Mme de Moraes*, Lebon ; AJDA 2014. 524, concl. F. Lambalez.

<sup>830</sup> CAA Nantes, 18 février 2016, n°14T02692.

<sup>831</sup> Assorti de quelques nuances avec la nomenclature *Dintilhac* : D. Cristol, note sous CE, 10 décembre 2015, n°374038, RDSS, n°1, 11 mars 2016, p. 189.

<sup>832</sup> Comme « l'ensemble des préjudices à caractère personnel liés à la perte de la qualité de la vie, aux douleurs permanentes et aux troubles ressentis par la victime dans ses conditions d'existence personnelles, familiales et sociales, à l'exclusion des souffrances éprouvées avant la consolidation, du préjudice esthétique, du préjudice sexuel, du préjudice d'agrément lié à l'impossibilité de continuer à pratiquer une activité spécifique, sportive ou de loisirs, et du préjudice d'établissement lié à l'impossibilité de fonder une famille... ». CE, 7 octobre 2013, n° 337851 et CE, 7 octobre 2013, n° 338532 : AJDA 2014, p. 295, note T. Leleu, AJDA 2014, p. 1942, obs. C. de Montecler ; RTD civ. 2014, p. 131, note P. Jourdain ; JCP A 2014, 2212, note C. Logéat.

<sup>833</sup> CAA, Paris, 7 mars 2016, n°14PA02703.

<sup>834</sup> CAA, Bordeaux, 12 janvier 2016, n°13BX02670.

<sup>835</sup> CAA, Nantes, 7 avril 2016, n°14NT02841.

aussi le préjudice d'affection<sup>836</sup>, le préjudice scolaire<sup>837</sup>, voire même le préjudice d'établissement<sup>838</sup> et le préjudice spécifique de contamination<sup>839</sup>.

D'ailleurs, rien n'empêche les parties de soumettre leurs demandes sur la nomenclature *Dintilhac*, ce qu'elles font volontiers<sup>840</sup>.

Enfin, l'avis *Lagier* n'ayant pas défini les préjudices qu'elle a présentés, le juge administratif n'hésite pas non plus à utiliser directement les définitions prévues par la nomenclature *Dintilhac*.

Il a estimé par exemple que le préjudice d'agrément visait à indemniser l'impossibilité pour la victime de pratiquer plusieurs activités sportives et de loisir<sup>841</sup>.

On peut donc penser spontanément que les conseillers d'Etat n'ont pas donné d'explications quant à la définition de chaque poste de préjudice parce que ces derniers avaient déjà été définis dans la nomenclature *Dintilhac*. Force est de constater qu'ils étaient sans doute conscients que les juges du fond allaient largement s'en inspirer.

***L'avis Lagier : le prolongement de la nomenclature Dintilhac ?*** La nomenclature *Dintilhac* a servi à préciser les traits de l'avis *Lagier*.

De nombreux arrêts laissent depuis à penser que la pratique du Conseil d'Etat est en voie d'harmonisation avec celle du juge civil.

Commentant un arrêt du 16 décembre 2013, Caroline Lantero<sup>842</sup> évoque une décision qui « ouvre peut-être la voie vers une nomenclature commune des postes de préjudices, reconnaît a minima la possibilité d'utiliser celle du juge judiciaire (...), ce qui devenait nécessaire dans le cadre d'un régime de responsabilité de plus en plus unifié entre les deux ordres de juridiction ».

Cet arrêt illustre le mouvement de rapprochement opéré depuis quelques années par la Haute-Juridiction tant sur le plan des principes<sup>843</sup> que sur la méthode et sur l'étendue du contrôle opéré sur les juges du

---

<sup>836</sup> CAA, Douai, 29 mars 2016, n°14DA00216.

<sup>837</sup> CAA, Paris, 31 décembre 2015, n°14PA02345 : « résultant du retard dans l'obtention dudit diplôme ».

<sup>838</sup> CAA, Nantes, 30 juin 2015, n°13NT02441, CAA Nantes, 24 juillet 2015, n°13NT03140.

<sup>839</sup> CAA, Lyon, 24 mars 2016, n°14LY01767.

<sup>840</sup> Ibid ; « Par ailleurs, j'estime que la nouvelle nomenclature, issue de l'avis dit « Lagier », n'est autre que la nomenclature *Dintilhac*, dont les catégories sont regroupées en 6 postes. Les avocats peuvent donc tout à fait présenter leur demande par le moyen de ces 6 catégories. Nous pourrions nous-mêmes, le cas échéant, requalifier leurs conclusions présentées selon la nomenclature *Dintilhac* à la lumière des catégories de l'avis *Lagier* ». S. Mille, *Gazette du Palais*, 19 avril 2008 n° 110, p. 35.

<sup>841</sup> CAA, Nancy, 17 mars 2016, n°15NC00060.

<sup>842</sup> RFDA, 2014, p. 317.

<sup>843</sup> Le juge administratif a, comme le juge judiciaire, précisé que « la victime d'un dommage corporel qui a la possibilité de réduire l'étendue de son préjudice ou d'en éviter l'aggravation n'y est toutefois, en dehors des cas où la loi le prévoirait, pas tenue ; que son abstention, qui ne saurait dès lors être considérée comme fautive, ne peut faire obstacle à la réparation intégrale de ce dommage, ni à celle de l'aggravation susceptible de naître d'une telle abstention » CAA, Marseille, 14 mai 2012 ; M. Lopa Dufrénot, *La victime d'un dommage corporel a-t-elle l'obligation de réduire l'étendue de son préjudice ou d'éviter son aggravation ?* AJDA 2012, p. 1509.

fond<sup>844</sup>. Le juge administratif applique indirectement la distinction des préjudices temporaires et permanents qui est centrale dans la nomenclature *Dintilhac*, ainsi qu'une ventilation des préjudices personnels plus poussée avec la même terminologie que son homologue judiciaire (préjudice d'agrément, préjudice esthétique...).

Cette position doctrinale nous semble à nuancer ; l'avis *Lagier* ayant, selon nous, toujours fait office de succédané imparfait de la nomenclature *Dintilhac*.

***L'avis Lagier : un projet mort-né ?*** A la lecture des décisions administratives rendues la même année que l'avis *Lagier*, on est tenté de croire que le juge administratif a toujours été influencé par la nomenclature *Dintilhac*. Il utilise depuis longtemps sa terminologie.

Le préjudice esthétique et le préjudice d'agrément ont été utilisés par le juge administratif avant même l'avis *Lagier*<sup>845</sup> et après celui-ci<sup>846</sup>.

Le vrai changement de cap réside, depuis les années 2013 où l'on retrouve le nom *Dintilhac* dans le recueil Lebon<sup>847</sup>, dans l'utilisation quasi-automatique de la dichotomie préjudices temporaires/préjudices permanents<sup>848</sup>.

Par conséquent, il est plus probable que le juge administratif n'ait jamais souhaité appliquer l'avis *Lagier* de manière stricte en l'utilisant simplement comme un modèle enrichi au besoin par le contenu de la nomenclature *Dintilhac*.

La première raison est simple : l'avis *Lagier* n'a jamais été pleinement effective pour le juge administratif sans l'appui de la nomenclature *Dintilhac*. La seconde raison est que l'avis *Lagier* a été rendu à titre provisoire dans l'attente d'une nomenclature établie par la voie réglementaire.

En dépit de l'influence de la nomenclature *Dintilhac*, le juge administratif semble conserver son aspect globalisant en continuant de rendre des décisions pour le moins sommaires<sup>849</sup>.

---

<sup>844</sup> Les deux cours suprêmes veillent à ce que les juges du fond ne dénaturent pas les pièces du dossier : CE, 15 mai 2012, n°346706, 5<sup>e</sup> sous-section. Les juges du fond peuvent apprécier souverainement la réalité du préjudice : CE, 20 mars 2013, n°350778, 4<sup>e</sup> et 5<sup>e</sup> sous-sections réunies.

<sup>845</sup> CAA, Nancy, 15 juin 2006, n°04NC00795 ; CAA, Bordeaux, 15 juin 2006, n°02BX01935 ; CAA, Nantes, 16 novembre 2006, n°04NT00408 ; CAA, Marseille, 12 janvier 2007, n°06MA02277.

<sup>846</sup> CAA, Nantes, 16 novembre 2006, n°02NT00867 ; CAA, Bordeaux, 24 octobre 2006, n°03BX02404.

<sup>847</sup> CE, 7 octobre 2013, *Min. de la Défense c/ M. H.*, n° 337851 p. 243 : Pour déterminer l'objet d'une prestation et évaluer des préjudices, le juge administratif peut recourir à la nomenclature dite *Dintilhac* des postes de préjudice. ; CE, 16 décembre 2013, n° 346575, *Mme de Moraës* : lorsqu'il utilise la nomenclature dite *Dintilhac*, il appartient au juge administratif de distinguer les préjudices personnels subis avant la consolidation de son état de santé, d'une part, et les préjudices subis après la date de consolidation, d'autre part.

<sup>848</sup> CAA, Bordeaux, 6 mars 2014, n°12BX02253 ; CAA, Versailles, 15 avril 2014, n°13VE00611 ; CAA, Paris, 16 février 2015, n°13PA03342 ; CAA, Nancy, 2 juillet 2015, n°13NC00010 ; CAA, Versailles, 22 décembre 2015, n°14VE02591 ; CAA, Bordeaux, 10 décembre 2015, n°15BX0233.

<sup>849</sup> CAA, Marseille, 23 novembre 2006, n°05MA00462 ; CAA, Paris, 18 décembre 2008, n°03PA02577 ; CAA, Marseille, 22 décembre 2008, n°06MA00731.

A l'inverse, la nomenclature *Dintilhac* offre une grille de lecture beaucoup plus claire que le juge administratif ne peut que considérer<sup>850</sup>.

**De l'importance d'un outil commun.** Dans l'avis *Doget* du 8 mars 2013, le rapporteur public a laissé entendre qu'il serait plus intéressant de prendre davantage en considération la nomenclature *Dintilhac* dans un souci pratique.

La cause a été en partie entendue et, comme indiqué précédemment, les arrêts du Conseil d'Etat<sup>851</sup> ressemblent de plus en plus à ceux du juge civil. C'est ce qu'illustre l'arrêt précité qui, selon une partie de la doctrine, dénote un ralliement de plus en plus appuyé du Conseil d'Etat à la nomenclature *Dintilhac*<sup>852</sup>. Ce dernier a d'ailleurs été repris par les juridictions du fond<sup>853</sup>.

En dépit de l'influence de la nomenclature *Dintilhac*, il faut rester mesuré. Le mot ralliement est sans doute un peu hâtif mais prometteur : « encourageante, cette succession d'arrêts ouvre la voie à une unification des jurisprudences administrative et judiciaire. Toutefois, cette harmonisation ne sera effective que si le juge administratif accepte d'appliquer pleinement la nomenclature *Dintilhac* et non pas de manière parcellaire en y piochant seulement quelques préjudices » rappelle à raison Thibault Leleu<sup>854</sup>.

Il faut souhaiter qu'il en soit ainsi ; l'indemnisation du préjudice est déjà assez singulière sur le fond pour que la forme soit l'objet de tant de distinctions. Il faut un signal fort pour les juges du fond qui peuvent être sensibles à l'avis *Lagier* ou à la nomenclature *Dintilhac*, voire à une combinaison des deux. Il ne faut pas perdre de vue que l'indemnisation a toujours une visée prospective qui dépasse le cadre du préjudice lui-même.

Dans son aspect pratique, on peut sans doute déplorer le relatif désintérêt de la doctrine publiciste qui entoure la liquidation du préjudice corporel<sup>855</sup>.

---

<sup>850</sup> F. Lambolez, concl. sur CE, 16 décembre 2013, n° 246575 : AJDA 2014, p. 524 : « Afin d'encourager les juges du fond à appliquer la nomenclature *Dintilhac*, il convient que vous donniez l'exemple en y ayant vous-mêmes recours de manière à la fois plus systématique que jusqu'à présent, et, oserons-nous ajouter, sans doute plus rigoureuse dans la définition du contour des postes de déficit fonctionnel temporaire ou permanent par rapport aux autres postes de préjudices personnels. Il a pu vous arriver, en effet, dans les quelques décisions où vous-mêmes aviez déjà appliqué cette notion, de vous en écarter à la marge ».

<sup>851</sup> CE, 28 mai 2014, n° 351237.

<sup>852</sup> A. Guégan-Lécuyer, *vers une nomenclature des préjudices corporels enfin commune aux deux ordres de juridictions*, art. précité.

<sup>853</sup> CAA, Paris, 1 juillet 2014, n°11PA01012 ; CAA, Bordeaux, 8 décembre 2015, n°14BX00306 ; CAA, Marseille, 16 juin 2015, n°14MA00646 ; CAA Nantes, 7 avril 2016, n°14NT02841.

<sup>854</sup> T. Leleu, *Les outils d'appréciation médico-légaux dans le contentieux de la responsabilité publique*, AJDA 2014, p. 1816.

<sup>855</sup> M. Deguerge, *La nomenclature : un outil d'uniformisation des jurisprudences civile et administrative ?* Gazette du Palais, 24 décembre 2014 au 27 décembre 2014, n°361 : « Trois raisons au moins justifient ce manque d'attrait de la doctrine publiciste pour la réparation des préjudices : tout d'abord, la question fait partie des règles communes au droit de la responsabilité civile et au droit de la responsabilité administrative (...). Or, ce qui intéresse prioritairement la doctrine administrativiste, ce sont les règles exorbitantes du droit commun de la responsabilité administrative. Ensuite, depuis 1990 que le Conseil d'Etat est juge de cassation, il laisse à l'appréciation souveraine des juges du fond la détermination et l'évaluation des préjudices. L'étude de la jurisprudence des juges du fond est certainement à tort largement délaissée par les auteurs. Enfin, la détermination et l'évaluation des préjudices est aussi largement dépendante de l'expertise et le juge peut paraître disposer d'une marge d'appréciation moindre, même s'il n'est jamais tenu de suivre une expertise. Or, c'est la liberté du juge administratif et son

Le juge civil et le juge administratif ont réussi à théoriser la notion de préjudice en traçant ses contours avec finesse. On peut dire à présent qu'il existe une palette assez large de préjudices réparables et il est fort à parier que celle-ci sera longtemps conservée. Nonobstant cette influence réciproque, la difficulté n'a pas été complètement éludée dans la mesure où les cours suprêmes n'ont pas une vision commune des préjudices.

Ce désaccord est source de complexité et ne facilite pas la liquidation pratique des préjudices.

Celle-ci résulte pourtant d'une méthodologie complexe et évolutive propre à sa nature essentiellement prospective ; le préjudice est aussi une notion pratique.

---

pouvoir créateur qui fascinent la doctrine administrativiste ». ; v. aussi : H. Belrhali-Bernard, *Pour une étude des réalités de la responsabilité administrative*, AJDA 2014, p. 1806.

## B / Le préjudice : une notion pratique

Lorsqu'un préjudice est jugé réparable, le juge doit mesurer les conséquences du principe. Dans la mesure où il n'existe pas de condamnation de principe, le juge va statuer sur les conséquences pécuniaires du préjudice.

Cette méthode est complexe car elle implique de prendre souvent en compte les sommes avancées par la victime qui sont le fait de tiers payeurs dont l'acteur majeur est la sécurité sociale (a). Une fois le calcul établi sur ce qu'il reste à la victime, le juge n'est jamais certain que l'évaluation du préjudice soit adéquate.

La décision n'est pas figée dans le temps ; elle est censée régler les problèmes à venir à partir de la consolidation. Cette position est donc intrinsèquement incertaine et peut être remise en cause par une aggravation future du préjudice. C'est la raison pour laquelle le juge doit manier une notion essentiellement prospective (b).

### a) Une méthodologie complexe : le recours des tiers payeurs

Les Professeurs Yvonne Lambert-Faivre et Stéphanie Porchy-Simon rappellent que « le dommage corporel n'était, jusqu'à une époque récente, soumis en droit commun à aucune détermination légale des préjudices subis : depuis le début du XIX<sup>e</sup> siècle, c'est la jurisprudence qui a tracé pour l'essentiel les grands traits de l'indemnisation »<sup>856</sup>.

Cette affirmation se vérifie pour l'ensemble du dommage corporel mais elle peut être nuancée pour le recours des tiers payeurs dont la méthode a été considérablement modifiée par un mouvement législatif entrepris dès 1973.

Un accident corporel, quel qu'en soit l'origine, implique souvent le versement de prestations à la victime. En France, les organismes sociaux sont nombreux et sont appelés les tiers payeurs. Le plus important d'entre eux est la Sécurité sociale (souvent associée au principe d'universalité<sup>857</sup>) dont les caisses primaires d'assurances maladie assurent la majeure partie des frais médicaux et hospitaliers en versant des prestations en nature ou des prestations en espèces en compensation des revenus du travail perdus ou en remboursement des soins.

---

<sup>856</sup> Y. Lambert-Faivre, S. Porchy-Simon, *Droit du dommage corporel : systèmes d'indemnisation*, 7<sup>e</sup> éd, Paris, Dalloz, 2012, p. 127.

<sup>857</sup> M. Borgetto, *La sécurité sociale à l'épreuve du principe d'universalité*, RDSS 2016. 11.

Ces prestations sont indemnitaires lorsqu'elles ont pour finalité, même partielle, d'indemniser un préjudice. Par conséquent, ces tiers payeurs sont le plus souvent engagés de fait lorsqu'il y a un litige en responsabilité médicale.

A ce titre, après le calcul global de l'indemnisation due à la victime, le responsable (ou son assureur en responsabilité civile) doit aussi rembourser les tiers payeurs pour les prestations indemnitaires qu'elles ont versées. De cette manière, la victime reçoit une indemnité complémentaire qui représente le solde restant une fois les prestations indemnitaires déduites.

Ce schéma paraît tout à fait simpliste mais il entraîne des questions quant à sa méthode : qui sont les tiers payeurs ? peuvent-ils imputer leurs prestations sur tous les postes de préjudices ? dans quel ordre cette répartition est-elle effectuée ?

Aujourd'hui, des réponses concrètes ont été apportées à toutes ces questions grâce à l'apport du législateur et du juge. Néanmoins, il existe encore de nombreuses controverses quant à l'imputabilité de certaines rentes ; le volet n'ayant pas été clarifié par le législateur.

A titre préliminaire, il convient de rappeler que le recours des tiers payeurs soulève des enjeux pratiques cruciaux.

***Le recours des tiers payeurs : une méthode longuement discutée.*** Même si la technique paraît commode, le recours des tiers payeurs s'appuie sur une méthode particulière qui nécessite une certaine habitude. La grande histoire du recours des tiers payeurs est relativement récente. Elle commence par la loi du 27 décembre 1973 relative à l'étendue de l'action récursoire des caisses de sécurité sociale en cas d'accident occasionné à un assuré social par un tiers<sup>858</sup>, puis elle continue avec la loi du 5 juillet 1985. Ce mouvement législatif a eu le mérite de délimiter l'assiette du recours des caisses qui portait jusqu'alors indistinctement sur la totalité des indemnités dues par le tiers au titre de la réparation du dommage corporel.

La situation était inique car les prestations de sécurité sociale dépassaient parfois le montant de la réparation, quitte à absorber des indemnités dues pour des souffrances physiques et des douleurs morales. C'est ce que Nicole Questiaux relevait en 1962 : « il n'y a aucune commune mesure entre le montant de l'indemnisation jugé normal par la juridiction administrative selon le droit commun et l'importance de la garantie légale »<sup>859</sup>.

---

<sup>858</sup> J. Boucher, B. Bourgeois-Machureau, *Recours des caisses de sécurité sociale contre le tiers responsable d'un dommage corporel : vade-mecum de la réforme*, AJDA 2007, p. 1800.

<sup>859</sup> N. Questiaux, *Les actions récursoires exercées par les caisses de sécurité sociale contre le tiers responsable d'un dommage subi par un assuré social selon la jurisprudence du Conseil d'Etat*, AJDA 1962. 1.

A cet égard, on a progressivement mis fin au droit de priorité de la caisse, notamment en cas de partage de responsabilité fort défavorable aux victimes qui ne recevaient que le reliquat<sup>860</sup>. Une telle situation correspondait mal à la spécificité de l'action récursoire des organismes d'assurance sociale.

***Une mise en place progressive du recours des tiers payeurs poste par poste.*** Les principes posés par l'article 95 de l'ordonnance du 19 octobre 1945 instituaient une subrogation des caisses aux droits de la victime dans leur action contre le tiers responsable de la maladie ou de l'accident. Ils reposaient sur la priorité des caisses sur les victimes, sans que le partage de responsabilité leur soit opposable ainsi qu'une assiette du recours constituée de l'ensemble des sommes dues par le responsable.

Les postes de préjudices pouvant faire l'objet d'un recours des tiers payeurs ont été depuis largement modifiés par le mouvement entrepris en 1973 et 1985 visant à préserver les préjudices non pris en charge par la sécurité sociale. Cependant, cela n'a pas empêché les caisses de récupérer certaines prestations intermédiaires comme des sommes réparant des troubles physiologiques, considérés comme des préjudices économiques.

L'objet du recours n'était donc pas sans poser problème ; la loi du 5 juillet 1985 ayant retenu la possibilité d'une imputation sur toutes les indemnités réparant l'atteinte à l'intégrité physique (même sur les chefs de préjudices sur lesquels les tiers payeurs n'avaient versé aucune indemnité).

La seconde critique portait sur les règles applicables en cas de partage de responsabilité.

La jurisprudence de la Cour de cassation avait en effet retenu l'opposabilité du partage de responsabilité à la victime dans le calcul des recours. Dans un tel cas, la victime se trouvait donc souvent privée d'une large part de son indemnité, alors que les règles de la subrogation imposaient qu'elles ne nuisent pas au créancier subrogeant. Une réforme était donc attendue et intervenue par le biais de l'article 25 de la loi n°2006-1640 du 21 décembre 2006.

***La loi du 21 décembre 2006 : un nouveau paradigme.*** L'article 25 de la loi du 21 décembre 2006 a opéré un profond bouleversement dans la réforme du recours des tiers payeurs<sup>861</sup> en rendant le travail du juge plus transparent.

Modifiant les articles 31 de la loi Badinter et l'article 376-1 du code de la sécurité sociale, la loi prévoit que « les recours subrogatoires des tiers payeurs s'exercent poste par poste sur les seules indemnités qui réparent des préjudices qu'elles ont pris en charge, à l'exclusion des préjudices à caractère personnel.

---

<sup>860</sup> CE, Sect. 28 octobre 1955, *Caisse primaire de sécurité sociale de Villefranche et caisse régionale de sécurité sociale de Rhône-Alpes*, Lebon 509 ; CE, 3 décembre 1955, *Caisse primaire de sécurité sociale de Thionville*, Lebon 574 ; CE, 22 mars 1967, *Caisse primaire de sécurité sociale de l'Oise*, Lebon T. 935.

<sup>861</sup> C. Quézel-Ambrunaz, *Deux ans d'application de la réforme du recours des tiers payeurs*, Gazette du Palais, 3 mars 2009, n°62, p. 10.

La subrogation ne pouvant nuire à la victime subrogeante »<sup>862</sup>. L'article ajoute que « si le tiers payeur établit qu'il a effectivement et préalablement versé à la victime une prestation indemnisant de manière incontestable un poste de préjudice personnel, son recours peut s'exercer sur ce poste de préjudice ».

Deux points fondamentaux ont transformé les modalités concrètes du recours des tiers payeurs : le recours poste par poste et la règle dite de préférence de la victime. Ces deux aspects ont grandement amélioré les droits des victimes même si des controverses demeurent.

Pour comprendre les raisons d'un tel renversement de méthode, il convient de revenir sur les différentes évolutions du recours des tiers payeurs tant discutées en doctrine<sup>863</sup>. De manière classique, il faut ici reconsidérer tous les éléments du recours, à savoir qui sont les tiers payeurs (1) ? Quel est l'objet de leurs recours (2) et l'assiette de celui-ci (3) ? Enfin, nous verrons que sur certaines modalités, la méthode suscite encore des réprobations (4).

### 1) *Les tiers payeurs*

Les organismes habilités à exercer un recours subrogatoire après avoir versé des prestations à la victime sont les sujets de la subrogation. Ils doivent avoir la qualité de tiers par rapport aux parties en cause<sup>864</sup>. Avant la loi du 5 juillet 1985, il était pour le moins difficile d'identifier précisément les tiers payeurs parmi tous les organismes qui revendiquaient ce droit. L'article 29 de la loi du 5 juillet 1985 a permis de lister les tiers susceptibles d'exercer ce recours subrogatoire à travers les prestations visées<sup>865</sup>.

Parmi les tiers payeurs, on retrouve **les organismes de sécurité sociale**. Aux organismes du régime général : caisses primaires d'assurance maladie départementales (CPAM) sont assimilés tous les organismes particuliers gérant un régime obligatoire de sécurité sociale (statuts de la SNCF, la RAPT, de l'EDF...). La sécurité sociale indemnise les assurés et leurs ayants droit en cas de maladie ou

---

<sup>862</sup> Article 1252 du code civil : « La subrogation établie par les articles précédents a lieu tant contre les cautions que contre les débiteurs : elle ne peut nuire au créancier lorsqu'il n'a été payé qu'en partie ; en ce cas, il peut exercer ses droits, pour ce qui lui reste dû, par préférence à celui dont il n'a reçu qu'un paiement partiel ».

<sup>863</sup> C. Bernfeld, *La réforme du recours des tiers payeurs, Lettre ouverte aux praticiens du dommage corporel*, Gazette du Palais, 2006, doct. 3878 ; H. Groutel, *Le recours des tiers payeurs : une réforme bâclée*, RCA 2007, chron. n°1 ; *Le recours des tiers payeurs : on recolle les morceaux*, RCA 2007, chron°4 ; C. Lienhard, *Le recours des tiers payeurs : une avancée législative significative*, D. 2007, doct, 452 ; P. Jourdain, *La réforme du recours des tiers payeurs : des victimes favorisées*, D. 2007, doct. 454 ; S. Porchy-Simon, *Le recours des tiers payeurs à l'épreuve de la politique jurisprudentielle de la Cour de cassation*, D. 2010, 593.

<sup>864</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 17 juin 2010, n°09-67792.

<sup>865</sup> L'article 29 de la loi du 5 juillet 1985 est conforme à la Constitution : Cons. Const, 24 février 2017, n°2016-613, QPC, *Dpt d'Ille-et-Vilaine*, CE, 7 décembre 2016, n°403514 ; à noter que le droit commun régi par l'article 29 est « plus large puisque lorsque l'indemnisation provient d'un fonds d'indemnisation, celui-ci sera autorisé à déduire de l'indemnité à revenir à la victime les indemnités de toutes natures reçues ou à recevoir d'autres débiteurs au titre du même préjudice ». A. Barrellier, *Recours des tiers payeurs : l'article 29 de la loi du 5 juillet 1985 n'est pas contraire à la Constitution*, juin 2017, n°21, p. 57 sous arrêt précité.

d'accident. La prise en charge est assumée immédiatement, indépendamment d'une recherche préalable de la possibilité d'un tiers responsable.

Il faut noter que l'organisme social doit être appelé à la cause dans toutes les procédures visant à allouer des indemnités et dans lesquelles des prestations sont versées.

Puis, on retrouve les *mutuelles* qui, en vertu de l'article L.224-9 du code de la mutualité peuvent introduire dans leurs statuts qu'elles sont subrogées dans les droits de leurs adhérents victimes d'un dommage corporel conformément à l'article L.131-2 du code des assurances.

Enfin, les *employeurs publics ou privés* peuvent verser des prestations à leurs salariés ou agents comme l'affirme explicitement l'ordonnance n°59-76 du 7 janvier 1959 relative aux actions en réparation civile de l'Etat et de certaines personnes publiques en son article premier.

L'employeur privé peut, quant à lui, être tenu de maintenir les salaires et accessoires du salaire pendant la période d'incapacité temporaire selon le contrat de travail ou les conventions collectives. Il dispose de ce fait d'un recours subrogatoire comme indiqué à l'article 32 de la loi du 5 juillet 1985.

La diversité des sources d'indemnisation a complexifié les relations entre les victimes et les payeurs. Cette liste étant limitative, tous les autres organismes sont exclus du recours des tiers payeurs car leurs prestations ne sont pas indemnitaires<sup>866</sup>. C'est au juge de faire respecter cette limite ; c'est la raison pour laquelle il a affirmé qu'un hôpital n'a pas la qualité de tiers payeur au sens de la loi<sup>867</sup>.

Une fois les tiers payeurs identifiés, il faut s'intéresser à l'objet de leur recours.

## 2) *L'objet du recours des tiers payeurs*

L'objet du recours subrogatoire est la prestation du tiers payeur ; son paiement transfère la créance de la victime au tiers payeur. La subrogation a lieu si la prestation a couvert un préjudice de la victime.

Il faut nécessairement un lien de causalité avec les prestations et l'accident<sup>868</sup>.

Par conséquent, ne sont pas admises les créances des tiers payeurs qui ne sont pas en lien direct avec l'accident telles l'allocation d'adulte handicapé<sup>869</sup>, les indemnités journalières versées après la date de consolidation fixée en droit commun<sup>870</sup>, les salaires maintenus après la date de consolidation<sup>871</sup>, la rente

---

<sup>866</sup> V. par exemple les caisses de retraite Cass, 2<sup>e</sup> civ, 14 octobre 1992, RCA 1992, n°439.

<sup>867</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 17 juin 2010, n° 09-67.792.

<sup>868</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 6 juin 1996, n°95-50.086, Bull. civ. II, n°188.

<sup>869</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 19 février 1992, n°90-19.729 : Resp. civ. et ass. 1992, comm. n°175.

<sup>870</sup> Cass. crim, 26 février 1997, n°96-82.421 ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 29 avril 1997, n°94-21.580 ; RTD civ. 1997, p. 679.

<sup>871</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 21 juin 2001, n°99-16.000.

d'invalidité ayant servi à la victime pour une cause étrangère au dommage corporel subi lors de l'accident<sup>872</sup>, les frais d'hospitalisation non directement imputables au fait dommageable<sup>873</sup>.

La loi du 5 juillet 1985 a énuméré les prestations qui faisaient l'objet du recours en son article 29 précité. Ces prestations sont considérées de fait comme indemnitaires par détermination de la loi<sup>874</sup>. Afin de trouver si une prestation doit être imputée sur les indemnités revenant à la victime, il faut rechercher l'organisme à l'origine de celle-ci.

La liste est limitative, ce qui exclue par exemple la prestation de compensation du handicap<sup>875</sup> (sauf quand elle est allouée par la CIVI<sup>876</sup>), les allocations chômage<sup>877</sup>, le forfait hospitalier<sup>878</sup>. Il faut noter que la loi du 8 août 1994 a étendu le recours subrogatoire aux prestations, de plus en plus nombreuses, ayant un caractère de prévoyance comme une pension d'invalidité ou de réversion<sup>879</sup>, le capital décès<sup>880</sup>.

***De la nécessité de déterminer l'assiette du recours des tiers payeurs.*** Les juges doivent donc différencier la part de l'indemnité que le responsable doit verser aux tiers payeurs et la part revenant à la victime.

C'est ce que rappelle la Cour régulatrice aux juges du fond : « qu'en statuant ainsi, sans avoir déterminé, en droit commun, l'assiette du recours des tiers payeurs, ni ordonné, le cas échéant, la répartition de cette somme entre ces derniers au prorata de leurs créances, et, de surcroît, en incluant dans le recours subrogatoire de l'employeur le montant des charges patronales, la cour d'appel a méconnu les textes et les principes ci-dessus rappelés »<sup>881</sup>.

Les tiers payeurs ainsi que l'objet de leur recours ne sont pas l'objet de controverses. Le Conseil d'Etat a rappelé qu'une prestation ne peut être regardée comme prenant en charge un préjudice qu'à la condition d'avoir pour objet cette réparation, d'être en lien direct avec le dommage corporel et d'être versée conformément au livre 3 du code de la sécurité sociale<sup>882</sup>.

---

<sup>872</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 4 décembre 2008, n°06-20.875.

<sup>873</sup> CAA, Bordeaux, 1<sup>re</sup> ch., 13 novembre 2008, n°07BX01773, CPAM de la Gironde.

<sup>874</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 12 juillet 2007, n°06-16.084, Bull. civ, II, n°213 ; Y. Lambert-Faivre, *Le lien entre la subrogation et le caractère indemnitaire des prestations des tiers payeurs*, D. 1987, chron. 97 ; H. Groutel, *Subrogation du tiers payeur : caractère indemnitaire des prestations : l'équation reconnue*, RCA 1990, chron. n°12.

<sup>875</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 2 juillet 2015, n°14-19.797 ; L. Lazerges-Cousquer, D. 2015, chron, p. 1805 ; N. Touati, *La prestation de compensation du handicap et la question de son cumul avec les indemnités réparant le préjudice de la victime handicapée*, Gazette du Palais, 14 octobre 2014, n°287, p. 18.

<sup>876</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 12 juin 2014, n°13-12185.

<sup>877</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 12 juin 2014, n°13-18459, Mme X c/ Sté Matmut.

<sup>878</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 3 juillet 2014, n°13-23104, Mutuelle de France samir c/ Sté Maaf.

<sup>879</sup> Crim. 12 avril 1994, n°93-84.367, Bull. crim, n°147 ; Cass. 2<sup>e</sup> civ, 8 septembre 2000, n°99-11.034, Bull. civ. II, n°133.

<sup>880</sup> S'il est servi par un organisme gérant un régime obligatoire : P. Jourdain, *Le recours des tiers payeurs et les prestations statutaires*, RTD civ. 1992. 399.

<sup>881</sup> Cass. crim, 22 octobre 1997, n°96-84.684.

<sup>882</sup> CE, avis 4 juin 2007, *Lagier et consorts Guignon*, n°303422 et 304214, Rec. p. 228.

L'article L.376-1 du code de la sécurité sociale prévoit d'ailleurs que « la personne victime, les établissements de santé, le tiers responsable et son assureur sont tenus d'informer la caisse de la survenue des lésions causées par un tiers dans des conditions fixées par décret. L'intéressé ou ses ayants droit doivent indiquer, en tout état de la procédure, la qualité d'assuré social de la victime de l'accident ainsi que les caisses de sécurité sociale auxquelles celle-ci est ou était affiliée pour les divers risques. Ils doivent appeler ces caisses en déclaration de jugement commun ou réciproquement.

A défaut du respect de l'une de ces obligations, la nullité du jugement sur le fond pourra être demandée pendant deux ans (...) ».

A ce titre, le juge administratif doit, y compris lorsqu'il est saisi d'une demande de provision en référé, procéder d'office à la mise en cause des caisses de sécurité sociale<sup>883</sup>.

Dans le même sens, la Cour de cassation a rappelé que la mise en cause de l'organisme social s'imposait à peine d'irrecevabilité de la demande en réparation<sup>884</sup>.

La détermination de l'assiette du recours des tiers payeurs a été l'objet de nombreuses modifications.

### 3) *L'assiette du recours des tiers payeurs*

L'assiette de la subrogation représente les sommes sur lesquelles elle peut s'exercer. L'assiette est aujourd'hui cantonnée aux chefs de préjudices qui ont été effectivement indemnisés par le tiers payeur. Avant 1976, le recours des tiers payeurs reposait sur des règles générales, voire abstraites et pouvait potentiellement porter sur l'ensemble des préjudices de la victime même s'ils étaient personnels.

La loi du 27 décembre 1973 a circonscrit le recours des tiers payeurs aux seules indemnités réparant l'atteinte à l'intégrité physique<sup>885</sup>. Puis, la loi du 5 juillet 1985 a rappelé l'exclusion de la part d'indemnité de caractère personnel du recours des tiers payeurs<sup>886</sup>.

---

<sup>883</sup> CE, 27 janvier 1967, *Mlle Zemmour*, n°58336 et 61510, Rec. p. 48 et CE, 18 février 2000, *Mme Visval*, n°305810 ; v. aussi CE, 1<sup>er</sup> juillet 2005, n°234403, Rec.p. 300.

<sup>884</sup> Cass. crim, 18 septembre 2007, pourvoi n°07-80347, Bull. n°212.

<sup>885</sup> Loi n°73-1193 du 27 décembre 1973, Journal Officiel 30 décembre, p. 14139 : « Lorsque, sans entrer dans les cas régis par les dispositions législatives applicables aux accidents du travail, la lésion dont l'assuré social ou son ayant droit est atteint est imputable à un tiers, l'assuré ou ses ayants droit conservent contre l'auteur de l'accident le droit de demander la réparation du préjudice causé, conformément aux règles du droit commun, dans la mesure où ce préjudice n'est pas réparé par application du présent livre ».

<sup>886</sup> Loi n°85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation, Journal officiel 6 juillet, p. 7584 : « Ces recours s'exercent dans les limites de la part d'indemnité qui répare l'atteinte à l'intégrité physique de la victime, à l'exclusion de la part d'indemnité de caractère personnel correspondant aux souffrances physiques ou morales par elle endurées et au préjudice esthétique et d'agrément ou, s'il y a lieu, de la part d'indemnité correspondant au préjudice moral des ayants droit ».

Le fait que les tiers payeurs puissent prélever leur créance sur des indemnités, sur lesquels ils n'avaient servi aucune prestation, engageait, selon le Professeur Yvonne Lambert-Faivre, un questionnement moral<sup>887</sup>. De plus, comme indiqué dans son ouvrage dédié au dommage corporel, en cas de partage de responsabilité, le recours pouvait absorber toute l'indemnité due par le tiers responsable.

***L'établissement d'un droit de préférence au profit de la victime.*** Ces deux critiques ont été entendues. Depuis la loi du 21 décembre 2006, le partage de la responsabilité n'est plus supporté par la victime ; l'équilibre « s'est simplement inversé, en faveur des victimes »<sup>888</sup>.

La Cour de cassation<sup>889</sup> et le Conseil d'Etat<sup>890</sup> ont pris acte de cette modification en donnant leur interprétation du droit de préférence. Ce dernier s'applique à toutes les hypothèses de partage de responsabilité<sup>891</sup>, même sur le terrain de la perte de chance<sup>892</sup> étant précisé que l'article 25 a été jugé d'application immédiate, y compris aux instances en cours<sup>893</sup>.

En effet, désormais, en cas de partage de responsabilité, « l'indemnité mise à la charge du tiers, qui correspond à une partie des conséquences dommageables de l'accident, doit être allouée à la victime tant que le total des prestations dont elle a bénéficié et la somme qui lui est accordée par le juge ne répare pas l'intégralité du préjudice qu'elle a subi. Quand cette réparation est effectuée, le solde de l'indemnité doit le cas échéant, être alloué à la caisse » comme expliqué par le Conseil d'Etat<sup>894</sup>.

Les victimes, en complément des prestations servies par les tiers-payeurs, reçoivent une indemnisation du dommage subi, sans qu'il ne soit tenu compte du taux de réfaction (la part) de l'indemnité accordée au titre de la perte de chance. Les caisses exercent donc leur recours sur le reliquat. Par le passé, la perte de chance était associée à un partage de responsabilité et excluait les débours des caisses de la réfaction liée à la perte de chance.

Ainsi, le recours des caisses pouvait s'imputer sur les indemnités allouées à la victime ; lesquelles étaient déjà réduites à hauteur de la perte de chance. Ce qui, en pratique, impliquait parfois que le recours de la caisse dépasse largement le préjudice indemnisable de la victime.

---

<sup>887</sup> Y. Lambert-Faivre, *Le droit et la morale dans l'indemnisation des dommages corporels*, D. 1992. 165.

<sup>888</sup> J. P. Thiellay, AJDA, 2008, p. 2352.

<sup>889</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 24 septembre 2009, JCP 2009, 1542, note J. Bourdoiseau ; Cass. 2<sup>e</sup> civ, 14 janvier 2010, n°08-17293 : « La subrogation ne peut nuire à la victime subrogeante, créancière de l'indemnisation, lorsqu'elle n'a été indemnisée qu'en partie ; qu'en ce cas, elle peut exercer ses droits contre le responsable, pour ce qui lui reste dû, par préférence au tiers payeur dont elle n'a reçu qu'une indemnisation partielle ; qu'il en résulte que le droit de préférence de la victime doit s'exercer, poste par poste, sur l'indemnité due par le responsable, pour la part du poste de son préjudice que ne réparent pas les prestations versées, le solde de l'indemnité étant, le cas échéant, alloué au tiers payeur ».

<sup>890</sup> CE, Avis, 4 juin 2006, JCP adm. 2007, note C. Guettier ; RTD civ. 2007, 577, CE, 5 mars 2008, n°272447.

<sup>891</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 14 janvier 2010, RCA 2010, comm.n°71. 15 avril 2010, RCA 2010, comm. n°174.

<sup>892</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 24 septembre 2009, n°08-14515 ; P. Jourdain, *Etendue des recours des tiers payeurs sur l'indemnité réparant la perte de chance et prestations recouvrables*, RTD Civ. 1998. 126 ; CE, 24 octobre 2008, *CHR d'Orléans*, n°290733.

<sup>893</sup> CE, avis 4 juin 2007, JCP adm. 2007, 1897, note C. Guettier ; RTD Civ. 2007, 577, obs. P. Jourdain. Cass. avis du 29 octobre 2007, JCP 2007, II, 10194, note P. Jourdain.

<sup>894</sup> CE, sect. avis, 4 juin 2007, n°303422, avis dit *Lagier*.

La démarche, très favorable aux victimes, a été critiquée en ce sens<sup>895</sup>. Ce nouveau recours poste par poste rendait impératif l'utilisation commune de la nomenclature *Dintilhac*<sup>896</sup>. Ce qui – hélas - n'impliquait pas, selon le Conseil d'Etat, que les deux juridictions aient nécessairement à utiliser le même outil<sup>897</sup>.

L'article 26 de la loi du 21 décembre 2006 a donc apporté deux modifications majeures au recours des tiers payeurs : un droit de préférence pour la victime et un recours subrogatoire poste par poste.

Il reprenait à son compte les suggestions du rapport Lambert-Faivre<sup>898</sup> (2003) et Dintilhac<sup>899</sup> (2005) ainsi que les préconisations du rapport annuel 2004 de la Cour de cassation<sup>900</sup>.

Depuis, le recours des tiers payeurs n'est plus sommaire, l'imputation est devenue « horizontale »<sup>901</sup> ; elle est plus claire mais surtout plus juste pour les victimes.

On aurait pu croire le processus achevé. Après avoir précisé le domaine du recours des tiers payeurs, le législateur n'a pas pris le temps d'associer chaque prestation à un poste avec une table concordante. A cet égard, la jurisprudence s'est emparée du flottement qui existait dans la définition de certaines d'entre elles.

#### 4) *Une réforme inachevée*<sup>902</sup> : le cas des rentes

Il eut été sans doute plus simple que le législateur édicte une table de concordance sur l'imputation effective des prestations sur chaque poste de préjudice<sup>903</sup>.

L'esprit s'y perd entre la distinction préjudices patrimoniaux et extrapatrimoniaux de la nomenclature *Dintilhac* et la dichotomie postes de préjudices personnels et non personnels pouvant être soumis à un recours subrogatoire<sup>904</sup>.

---

<sup>895</sup> J. Bourdoiseau, *Perte de chance et recours des tiers payeurs*, Les Petites Affiches, 31 octobre 2013, n°218, p. 43 : « Pour l'heure, la chance des victimes a été que le législateur, averti pourtant en bonne et due forme par le Conseil d'État (pour mémoire, son avis du 4 juin 2007 a été notifié entre autres au ministre de la Santé et au ministre du Budget), n'ait pas vu, ou ait feint de ne pas voir, la perte que l'interprétation du juge a imposée aux tiers payeurs dans l'exercice de leurs recours subrogatoires. Bizarre ? ».

<sup>896</sup> P. Pierre, *Quelle typologie des postes de préjudices ? Nomenclature des postes de préjudices et recours des tiers payeurs. Propos introductifs*, Resp. civ. et. assur., n°3, mars 2010, dossier 6.

<sup>897</sup> CE avis n°303422 et 304214 du 4 juin 2007

<sup>898</sup> Rapport Lambert-Faivre sur l'indemnisation du dommage corporel, 2003, pp. 59-60 :

<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/034000490.pdf>

<sup>899</sup> Rapport Dintilhac 2005 précité, p. 5

<sup>900</sup> Rapport annuel de la Cour de cassation 2004, *La vérité*, Paris, La Documentation Française, 2005, Première partie : suggestions de modifications législatives ou réglementaires, pp. 12-13.

<sup>901</sup> J. Pechinot, *Le nouveau droit de recours des tiers payeurs sous le regard d'un praticien*, Lamy Assurances, n° 236, février 2007, p. 2.

<sup>902</sup> V. plus précisément : X. Beaudoux, *Un an après la réforme du recours des tiers payeurs, des incertitudes demeurent*, Gazette du Palais, 19 avril 2008, n°110, p. 66.

<sup>903</sup> On trouve une telle table dans l'ouvrage de Gisèle Mor : G. Mor, *Evaluation du préjudice corporel : stratégies d'indemnisation, méthodes d'évaluation*, 2<sup>e</sup> éd, Paris, Delmas, pp. 402 à 403

<sup>904</sup> O. Sabard, *Quelle typologie des postes de préjudices ? Postes de préjudices et assiette du recours des tiers payeurs*, Resp. civ. et. ass., n°3, mars 2010, dossier 7 : « La nomenclature des postes de préjudice ne nous paraît pas l'outil le mieux à même

En effet certaines prestations sont mixtes, indemnisant parfois tout à la fois une perte de salaires et un préjudice fonctionnel. C'est le cas principalement des rentes d'invalidité en cas d'accident du travail ou de maladie professionnelle<sup>905</sup>, mais aussi de certaines prestations particulières comme l'allocation temporaire d'invalidité des fonctionnaires<sup>906</sup> et la pension militaire d'invalidité<sup>907</sup>.

***De la difficulté de cerner la nature indemnitaire ou non des prestations.*** La difficulté était de connaître la nature de ces rentes afin de savoir sur quels postes de préjudices le recours pouvait s'exercer.

Dans un premier temps, la Cour de cassation s'est attachée à l'esprit de la loi en affirmant que « si la caisse de Sécurité sociale estime que cette prestation indemnise aussi un préjudice personnel et souhaite exercer son recours sur un tel poste, il lui appartient d'établir que, pour une part de cette prestation, elle a effectivement et préalablement indemnisé la victime, de manière incontestable, pour un poste de préjudice personnel »<sup>908</sup>.

***Le cas incertain des rentes en matière d'accidents du travail.*** La Cour régulatrice affirmait sans ambages que la loi de 2006 était applicable aux accidents du travail. Au fil du temps, cette affirmation semblait de plus en plus remise en question.

En 2008, la Cour régulatrice a estimé que le fait que cette rente ne répare pas un préjudice personnel était une présomption réfragable<sup>909</sup>. La Cour de cassation a opéré progressivement un revirement à travers des arrêts de sa chambre criminelle du 19 mai 2009<sup>910</sup> ainsi que de sa deuxième chambre civile du 11 juin 2009. Ces arrêts ont très largement précisé sa portée.

Pour la Cour de cassation, la rente accident du travail n'a pas seulement une dimension économique ; son contenu a aussi une dimension personnelle qui justifie qu'elle soit imputable sur le poste de préjudice fonctionnel du déficit fonctionnel permanent si la rente est supérieure aux pertes de gains professionnels futurs ou à l'incidence professionnelle.

---

de définir l'assiette du recours des tiers payeurs. Celle-ci est fondée sur la distinction entre les préjudices patrimoniaux et les préjudices extrapatrimoniaux alors que la détermination des créances à recouvrer repose sur une autre distinction, opposant les postes de préjudice indemnisés aux postes de préjudice non indemnisés. Plus utile serait l'élaboration d'une table de correspondance entre les postes de préjudice indemnisés et les prestations versées par les tiers payeurs, qui s'imposerait aux juridictions judiciaires et administratives et mettrait fin à toute contrariété de solutions entre elles conformément à ce qu'impose l'impératif de bonne administration de la justice ».

<sup>905</sup> Article L. 434-1 du code de la sécurité sociale.

<sup>906</sup> Décret n°2005-442 du 2 mai 2005 relatif à l'attribution de l'allocation temporaire d'invalidité aux fonctionnaires relevant de la fonction publique territoriale et de la fonction publique hospitalière.

<sup>907</sup> Article L. 28 du code des pensions civiles et militaires de retraite.

<sup>908</sup> Cass. avis, 29 octobre 2007, n°07-00.015 ; Bull. avis, n°10 ; D. 2007. 2801, obs. Gallmeister.

<sup>909</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 23 octobre 2008, n°07-18.819, Bull. civ. II, n°229 ; P. Sargos, D. 2009. 203.

<sup>910</sup> Crim. 19 mai 2009, n°08-82666, 08-86050, 08-86485, D. 2009, chron. p. 1716 ; et 2010, pan. 53, note O. Gout ; RTD civ. 2009, 545. Cass. 2<sup>e</sup> civ, 11 juin 2009, JCP 2009, 195, note S. Porchy-Simon ; D. 2009, 1789, note P. Jourdain ; C. Bloch, JCP 2009, I, 248, n°15 ; H. Groutel, *Recours des tiers payeurs : enfin des règles sur l'imputation des rentes d'accident du travail (et prestations analogues)*, RCA 2009, chron. n°10.

Elle a même soutenu que le déficit fonctionnel temporaire pouvait être aussi sollicité<sup>911</sup> avant de revenir sur sa décision<sup>912</sup> ayant, entre temps, subi les réprobations ouvertes d'une partie de ses membres<sup>913</sup>.

Il n'en demeure pas moins que l'on « déduit que pour la Cour de cassation, ces rentes, dès lors qu'elles ne peuvent être justifiées par les pertes de gains professionnels ou l'incidence professionnelle, sont présumées indemniser le déficit fonctionnel permanent »<sup>914</sup>.

Le postulat est le suivant : les rentes évoquées (AT, PLI, ATI) indemniserait à la fois la perte de gains professionnels, l'incidence professionnelle et le déficit fonctionnel permanent. Dès lors, en absence de préjudices de nature professionnelle, l'imputation sur ce dernier poste de préjudice est permise.

Etonnement, l'imputation n'est pas conditionnée à la preuve effective que le tiers payeur a indemnisé le déficit fonctionnel comme le précise la législation ; la Cour a instauré une présomption irréfragable en ce sens alors que le DFP est bien considéré tant par celle-ci que par la nomenclature Dintilhac comme un préjudice extrapatrimonial.

Cette interprétation très personnelle de la loi a été largement contestée par une doctrine éminente, même si certains conseillers à la Cour de cassation ont expliqué clairement le raisonnement suivi<sup>915</sup>.

La désapprobation de la doctrine est telle que celle-ci évoque un non-respect du cadre de l'office du juge illustré par une motivation *contra legem*<sup>916</sup>.

Certains avocats estiment que les « hauts magistrats ont placé l'intérêt de l'économie avant la lettre de la loi » alors que « la loi lorsqu'elle est claire, et elle l'est, n'a pas à être interprétée »<sup>917</sup>.

D'aucuns se demandent si cette position est conforme à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>918</sup>.

---

<sup>911</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 19 novembre 2009, n°08-18.019, Gazette du Palais, 29 décembre 2009, n°363, p. 46, note C. Bernfeld : « En l'absence d'une perte de gains professionnels ou d'incidence professionnelle, cette rente indemnise nécessairement les postes de préjudice personnel du déficit fonctionnel temporaire et permanent ; en présence d'une perte de gains professionnels et d'une incidence professionnelle de l'incapacité, le reliquat éventuel de la rente, laquelle indemnise prioritairement ces deux postes de préjudices patrimoniaux, ne peut s'imputer que sur le poste de préjudice personnel extrapatrimonial du déficit fonctionnel, temporaire ou permanent s'il existe ».

<sup>912</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 4 avril 2012, n°11-14.3, 11-14.594, Bull. civ. II, n°67.

<sup>913</sup> La décision est vigoureusement contestée par un conseiller à la Cour de cassation qui se demande « comment peut-on à ce point méconnaître la distinction élémentaire entre régime d'indemnisation de la période d'incapacité temporaire qui, pour l'essentiel, en accident du travail, consiste en des indemnités journalières et régime d'indemnisation de l'incapacité permanente ? » P. Sargos, *L'amélioration de l'indemnisation des victimes d'accident de la circulation*, D. 2010. 273.

<sup>914</sup> G. Mor, *Evaluation du préjudice corporel : stratégies d'indemnisation, méthodes d'évaluation*, op. précité, p. 410.

<sup>915</sup> V. J. Mazars, *l'indemnisation des préjudices*, pp. 211 à 216 in « Conseil d'Etat, Santé et justice : quelles responsabilités ? », op. cité.

<sup>916</sup> Y. Lambert-Faivre, S.Porchy-Simon, *Droit du dommage corporel : systèmes d'indemnisation*, op. cité, pp. 330-331 : « L'article 26 de la loi du 21 décembre 2006 est donc interprété par la Cour de cassation, dans un sens très défavorable aux victimes, aux termes d'un raisonnement parfois ouvertement *contra legem*. (...) La cour de cassation méconnaît tout d'abord les exigences probatoires quant à la nature du préjudice indemnisé par la prestation du tiers payeur, telles que posées par l'article 25 de la loi du 21 décembre 2006 (...). La Cour de cassation méconnaît par ailleurs gravement les règles de l'article 25, en ce qui concerne l'imputation des *arrérages* à *échoir* de la rente. Le législateur avait en effet rendu quasi impossible cette imputation en exigeant la preuve du versement « préalable » des prestations réparant les préjudices extrapatrimoniaux ».

<sup>917</sup> G. Mor, *Evaluation du préjudice corporel : stratégies d'indemnisation, méthodes d'évaluation*, op. cité, p. 419.

<sup>918</sup> F. Bibal, *L'interprétation actuelle de la loi du 21 décembre 2006 est-elle conforme à l'article 6 de la CEDH ? A propos des arrêts de la Cour de cassation du 22 octobre 2009*, Gazette du Palais, 29 décembre 2009, p. 8.

### *Les différences de conception entre le Conseil d'Etat et la Cour de cassation sur la nature des rentes.*

L'inquiétude de la doctrine n'est pas anodine ; elle doit être relayée pour plusieurs raisons :

La première réside dans l'opposition totale de la Cour de cassation avec le Conseil d'Etat qui, le 5 mars 2008, a estimé qu'en égard à sa finalité et à son mode de calcul, la rente avait pour objet exclusif de réparer forfaitairement des préjudices subis dans sa vie professionnelle.

Par exception, le Conseil d'Etat a admis la nature hybride de la pension militaire d'invalidité ; son montant doit alors s'imputer sur les sommes dues par le responsable au titre du déficit fonctionnel<sup>919</sup>. Pour ce cas, les jurisprudences civiles et administratives sont similaires.

La décision précitée n'a pas été étendue aux rentes accidents du travail et aux allocations d'invalidité qui, selon le Conseil d'Etat, doivent être regardées comme ayant pour objet de réparer les pertes de revenus et l'incidence professionnelle<sup>920</sup>.

Le Conseil d'Etat a affirmé qu'elle ne saurait être imputée sur un poste de préjudice personnel<sup>921</sup>. Son appréciation n'a jamais fléchi<sup>922</sup>. Le raisonnement a d'ailleurs été transposé à d'autres prestations aux caractéristiques similaires<sup>923</sup>.

Dans le même temps, le Conseil Constitutionnel a soutenu que ladite rente était « destinée à compenser la perte de salaire »<sup>924</sup> en suggérant en ce sens qu'elle avait seulement un caractère patrimonial.

Le divorce entre le Conseil d'Etat et la Cour de cassation est depuis largement consommé<sup>925</sup> (même si des arrêts récents laissent présager un revirement futur<sup>926</sup>). La Cour de cassation maintient que la rente versée à la victime d'un risque professionnel s'impute prioritairement sur les pertes de gains

---

<sup>919</sup> CE, 7 octobre 2013, n° 337851 et n° 338532

<sup>920</sup> CE, 16 décembre 2013, n° 353798, *Gazette du Palais*, 23-25 février 2014, p. 31, note C. Bernfeld ; position inverse de la Cour de cassation : Cass. 2<sup>e</sup> civ, 11 juin 2009, n° 07-21.816, D. 2010. 49, obs. O. Gout, et 532, chron. H. Adida-Canac et S. Grignon Dumoulin

<sup>921</sup> CE, 5 mars 2008, n°272447, *CPAM de Seine Saint-Denis*, Lebon ; AJDA 2008. 497 ; AJDA 2008. 941, concl. Thiellay ; D. 2008. 921 ; CE, mars 2008, req. n°290962, *Beincheikh*, AJDA 2008. 941 ; concl. Thiellay.

<sup>922</sup> Avis n°361273 du 8 mars 2013 du Conseil d'Etat.

<sup>923</sup> Autant la pension d'invalidité (CE, 17 avril 2013, n° 346334, *Centre hospitalier d'Elbeuf*, Lebon p. 842) que l'allocation temporaire d'invalidité (CE, 16 décembre 2013, n° 353798, *Centre hospitalier de Royan*, tables Lebon p. 840).

<sup>924</sup> Décision n°2010-8 QPC, *Epoux L*, 18 juin 2010.

<sup>925</sup> S. Porchy-Simon, *Imputation de la rente accident du travail : le divorce entre le Conseil d'Etat et la Cour de cassation est consommé*, D. 2013, p. 1258 : « A défaut d'une évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation, une intervention du législateur, par la modification de la loi, ou du pouvoir réglementaire, par l'édiction par décret d'une table de concordance, semble s'imposer pour unifier la situation des victimes » ; M. Bacache, A. Guégan-Lécuyer et S. Porchy-Simon, panorama, *Recueil Dalloz* 2014, p. 2362 : « On pourrait simplement se demander, en attendant une table de concordance imposée par décret, s'il ne convient pas, dans le doute, de présumer la nature purement professionnelle de ces prestations, le doute profitant alors aux victimes ».

<sup>926</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 8 décembre 2016, n°15-26072 : La Cour de cassation confirme l'arrêt de la cour d'appel qui déboute un assureur au motif qu'il ne prouve pas que la pension d'invalidité répare le même poste de préjudice que l'indemnité contractuelle versée au titre du déficit fonctionnel permanent.

professionnels ou l'incidence professionnelle, tandis que le reliquat éventuel s'impute sur le poste de préjudice extrapatrimonial du déficit fonctionnel permanent<sup>927</sup>.

Deuxièmement, il est difficile de prétendre qu'une telle jurisprudence n'a pas annihilé une partie notable des avancées de l'article 25 de la loi du 21 décembre 2006.

En effet, les différentes lois ont régulièrement rappelé que les prestations indemnitaires ne trouvaient pas en principe à s'imputer sur les préjudices personnels de la victime si ce n'est à la double condition qu'elles aient été préalablement versées ou que le tiers payeur établisse de manière incontestable que ces prestations indemnisent bien un préjudice personnel.

Enfin, on peut souscrire à l'analyse du Conseil d'Etat : la rente (ou le capital) attribuée à la victime d'un accident du travail est calculée sur un barème indicatif des invalidités (très différent des barèmes médicaux) qui indemnise une capacité de travail (taux d'incapacité permanente d'après l'état général, l'âge, les facultés physiques et mentales de la victime).

Pour ce faire, la rente est calculée sur le salaire de la victime avant l'accident. Comprenons ici que le calcul est purement patrimonial et qu'il fait fi de la perte dans la qualité de vie et des troubles dans les conditions d'existence censés être réparés par le déficit fonctionnel permanent.

La Cour de cassation a donc une interprétation très extensive des finalités de cette rente. De même, l'allocation temporaire d'invalidité, lorsque la victime est fonctionnaire, est, en vertu de l'article 1<sup>er</sup> du décret du 6 octobre 1960<sup>928</sup>, une rente forfaitaire et temporaire lorsque l'incapacité permanente est supérieure à 10%.

Elle est calculée en fonction d'un barème spécifique aux accidents de service et accordée pour une période de cinq ans à l'issue de laquelle les droits du fonctionnaire font l'objet d'un nouvel examen<sup>929</sup>.

Dès lors, on comprend difficilement qu'une telle rente indemnisant la capacité de travail, qui plus est révisable (et non permanente de ce fait), puisse trouver à s'imputer sur un déficit fonctionnel permanent. C'est bien parce que la notion de DFT et de rente accident du travail ne coïncident pas que les organismes sociaux sont dispensés d'en apporter la preuve contraire<sup>930</sup>.

---

<sup>927</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 2 juillet 2015, n°14-19777 ; J. Bourdoiseau, Gazette du Palais, 17 novembre 2015, p. 43.

<sup>928</sup> Décret n°60-1086 du 6 octobre 1960 portant règlement d'administration publique pour l'application des dispositions de l'article 23 bis de l'ordonnance n°59-244 du 4 février 1959 relative au statut général des fonctionnaires.

<sup>929</sup> Ibid, article 5.

<sup>930</sup> C. Bernfeld, *Candide au pays du recours des tiers payeurs*, Gazette du palais, 29 décembre 2009, n°363, p. 4.

Dans un tel contexte, le plus regrettable est que ces décisions ont donné l'occasion aux commentateurs de remettre ouvertement en cause l'office du juge. L'interprétation de cette disposition, différente selon les cours suprêmes, est aussi difficile à expliquer aux justiciables.

Une explication peut traverser l'esprit : en l'absence de pertes de gains professionnels ou d'incidence professionnelle, le juge est sans doute bien ennuyé pour imputer une telle créance. Dès lors, il se reporte sur un préjudice personnel pour des considérations financières que l'on pourrait juger opportunistes. Les avocats doivent ainsi bien motiver les postes de préjudice que sont les pertes de gains professionnels et l'incidence professionnelle (dont la justification n'est pas toujours simple). Cela éviterait des écarts qui nuisent aux victimes et au rôle du juge qui est de dire le droit et donc d'appliquer la loi.

***Le recours des tiers payeurs : une méthode simplifiée.*** En dépit de cela, la réforme du recours des tiers payeurs, affinée au fil des années, a eu l'immense mérite de proposer une méthodologie claire et largement diffusée auprès des juges<sup>931</sup> : « pour parvenir à déterminer la part revenant à la victime et celle revenant au tiers payeur, il faut :

1/ Evaluer l'indemnité réparant chaque poste de préjudice.

2/ Déterminer poste par poste la part mise à la charge du tiers du fait du partage.

3/ Déterminer poste par poste le montant des prestations servies par les caisses.

4/ Pour chaque poste, déterminer le montant de l'indemnité complémentaire devant revenir à la victime pour la réparer de son préjudice (dans la limite des sommes dues à la victime) en soustrayant de l'indemnité globale le montant des prestations servies par la caisse.

5/ Allouer le solde à l'organisme social, mais il peut arriver qu'il n'y ait plus rien à distribuer »<sup>932</sup>.

La Cour de cassation tient à ce que la méthode soit respectée<sup>933</sup>, notamment le droit de préférence pour les victimes<sup>934</sup>.

---

<sup>931</sup> Le mécanisme est bien expliqué dans le référentiel indicatif régional de l'indemnisation du préjudice corporel dit « Mornet » : <http://www.cgavocats.fr/documents/referentiel> ; le mécanisme du recours subrogatoire, pp. 15-20.

<sup>932</sup> G. Mor, *Evaluation du préjudice corporel : stratégies d'indemnisation, méthodes d'évaluation*, op. cité. p. 405.

<sup>933</sup> H. Adida-Canac, *Le contrôle de la nomenclature Dintilhac par la Cour de cassation*, D. 2011, p. 1497.

<sup>934</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 11 septembre 2008, n°07-14.706, Bull. civ. II, n°193 ; D. 2008. 2347 ; Cass. 2<sup>e</sup> civ, 22 janvier 2009, n°07-21.099, Bull. civ. II, n° ; D. 2009. 572.

Le recours des tiers payeurs a, en matière de dommage corporel, fait l'objet d'une législation foisonnante. Paradoxalement, c'est aussi un domaine où la jurisprudence est prolifique<sup>935</sup>. La jurisprudence a largement précisé les tenants d'une telle méthode en étant parfois très contestée. La technique est encore l'objet de nombreuses controverses et de propositions quant à son amélioration<sup>936</sup>.

La différence des positions n'est pas une mauvaise chose en soi ; au contraire, elle permet de dynamiser le débat et de faire progresser l'état du droit. Ce débat devrait se limiter à la doctrine ; il est assez déroutant de constater que deux juridictions suprêmes n'ont pas la même appréhension d'une même notion juridique (qui plus est lorsqu'elle est textuelle).

Ces considérations conduisent à penser que la notion de préjudice est plus volontiers l'objet de dissensions car une partie d'elle est insaisissable du fait de sa proximité avec la destinée humaine qui la rend tout aussi prospective qu'incertaine.

#### b) Un raisonnement prospectif

Le préjudice est une notion pratique et prospective qui n'est pas en elle-même arrêtée.

Alexis de Tocqueville a démontré combien le développement de la démocratie attisait le ressentiment compassionnel des individus les uns pour les autres : « quand les rangs sont presque égaux chez un peuple, tous les hommes ayant à peu près la même manière de penser et de sentir, chacun d'eux peut juger en un moment des sensations de tous les autres (...) l'imagination le met aussitôt à leur place. Elle mêle quelque chose de personnel à sa pitié, et le fait souffrir lui-même tandis qu'on déchire le corps de son semblable ». Il se développe alors « une sorte d'égalité imaginaire, en dépit de l'inégalité réelle de leurs conditions »<sup>937</sup>.

Le constat est partagé par des sociologues qui défendent l'idée qu'il existe « un lien indéniable entre le plus de démocratie et le plus de compassion et de victimisation dans nos sociétés. (...) La douleur est le seul lien susceptible de rapprocher un salarié aux prises avec un chef de service qui le harcèle, un hémophile contaminé par le virus du sida lors d'une transfusion sanguine ou bien encore un descendant d'esclave ou de déportés. Qu'ils le veuillent ou non, ces individus sont désormais désignés comme

---

<sup>935</sup> S. Porchy-Simon, *Le recours des tiers payeurs à l'épreuve de la politique jurisprudentielle de la Cour de cassation*, D. 2010, p. 593.

<sup>936</sup> Reste une proposition intéressante : Y. Lambert-Faivre, S. Porchy-Simon, *Droit du dommage corporel : systèmes d'indemnisation*, op. cit., p. 335 : « n'est-il pas temps de faire un pas définitif vers une forfaitarisation totale et globale du recours des organismes sociaux contre les assureurs RC ? Les éléments statistiques en ce domaine sont largement suffisants pour déterminer chaque année, de manière globale la contribution due par chaque compagnie d'assurances à chaque caisse de Sécurité sociale, soit sur la base des primes perçues, soit sur celle des véhicules assurés pour rester dans le seul champ d'application de l'assurance automobile. Les prestations sociales seraient donc totalement indépendantes des procédures d'indemnisation en responsabilité civile. L'abandon du recours dossier par dossier entraînerait une économie de gestion considérable pour la Sécurité sociale et pour les assureurs, et cela permettrait une indemnisation meilleure et plus rapide des victimes pour les postes de préjudices restés à leur charge ».

<sup>937</sup> A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, T. II, Paris, Garnier-Flammarion, p. 226.

des *victimes*. Au-delà de leurs différences, ces femmes et ces hommes appartiennent à une même catégorie sociale parce qu'ils agissent en fonction de logiques communes »<sup>938</sup>.

C'est ce que certains auteurs ont nommé le temps des victimes qui a notamment permis au juge d'élargir son pouvoir<sup>939</sup>.

Pour les juristes, le préjudice est une conceptualisation de l'esprit marqué d'une part par la temporalité sociale (1) et d'autre part, par la temporalité juridique et médicale (2).

### 1) *Un raisonnement à l'épreuve des attentes sociales*

Le droit civil, comme celui de la responsabilité des personnes publiques, est avant tout un droit de la réparation. Le juge administratif élabore ses propres règles de la responsabilité étatique depuis le célèbre arrêt Blanco<sup>940</sup>. A l'instar du juge civil, cette construction intellectuelle est construite d'après ses propres lumières, d'après sa conscience et conformément aux principes de l'équité comme l'indiquait le commissaire du gouvernement Jean Romieu dans ses conclusions sur la décision Cames<sup>941</sup>.

Pourtant, les fondements de la responsabilité du juge administratif sont à peu près les mêmes que ceux du juge civil : un préjudice personnel, direct et certain et un lien de causalité entre le dommage et le préjudice.

L'évolution la plus marquante n'est pas dans les critères du préjudice mais dans la reconnaissance de ce qui est réparable de ce qui ne l'est pas. En ce sens, le juge ne s'appuie pas sur des raisonnements logiques et arrêtés mais sur une réflexion empirique basée sur des considérations sociales qui expliquent les infléchissements de la jurisprudence<sup>942</sup>.

De ce fait, la question centrale repose sur l'existence d'un préjudice ; celle-ci découle avant tout de la problématique de la causalité. L'absence de préjudice entraîne de facto une absence d'indemnisation<sup>943</sup>.

---

<sup>938</sup> E. Guillaume, *Compassion et société des victimes*, Le Journal des psychologues 6/2007 (n° 249), pp. 45-46.

<sup>939</sup> D. Soulez-Larivière, C. Eliacheff, *Le temps des victimes*, Paris, Albin Michel, 2007, 293 p.

<sup>940</sup> T. Confl. 8 février 1873, GAJA, n°1, 18<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2011.

<sup>941</sup> CE, 21 juin 1895, Lebon. 509.

<sup>942</sup> I. Poirot-Mazères, *La notion de préjudice en droit administratif français*, RD publ. 1997. 519.

<sup>943</sup> CE, 22 juillet 1949, Aubery, Lebon. 372 ; D. 1950. 24, note Waline, 27 juillet 1949, Henriot, Lebon T. 820.

**Le préjudice : une attente sociale.** Le juge civil et administratif ont de plus en plus pris en compte des préjudices dits personnels comme le préjudice moral, sexuel<sup>944</sup> ou esthétique<sup>945</sup>. Souvent précurseur<sup>946</sup>, le juge civil a toujours été suivi par le juge administratif.

Le juge administratif a longtemps considéré que les souffrances physiques ou morales devaient présenter un caractère exceptionnel tant sur la durée que sur l'intensité des souffrances<sup>947</sup> avant d'abandonner cette position<sup>948</sup> au profit des souffrances de nature à ouvrir droit à réparation.

Aussi prudent que pragmatique, le juge administratif a longtemps exigé que les victimes par ricochet aient entretenu un lien suffisamment stable et continu<sup>949</sup> avec la victime. C'est la raison pour laquelle, il a estimé d'une manière assez choquante que le fait pour une femme d'avoir été fiancée quelques mois avec un homme accidentellement décédé n'occasionnait pas de préjudice moral<sup>950</sup>.

**Le juge administratif aux prises avec la jurisprudence du juge civil.** Très éloigné des décisions du juge civil, le juge administratif appliquait à la responsabilité médicale un régime restrictif via l'utilisation de la faute lourde.

Même si celui-ci était établi, le juge administratif entendait limiter la catégorie des préjudices réparables. Dans cette optique, il a entretenu l'idée que les larmes ne se monnaient pas<sup>951</sup>. Son appréciation a changé depuis l'important arrêt *Letisserand* de 1961<sup>952</sup> emportant avec lui un bouleversement de la réparation des préjudices<sup>953</sup>.

Depuis, la douleur morale ressentie par les proches décédés ou handicapés est prise en compte quand le préjudice est imputable à une faute de l'administration<sup>954</sup>, notamment une faute médicale<sup>955</sup>. Le juge

---

<sup>944</sup> Crim. 20 décembre 1988, n°88-80.746, Bull. crim. n°443, p. 1173.

<sup>945</sup> Souvent confondu avec les souffrances physiques (CE, 7 avril 1944, *Epoux Michellet*, Rec. Cons. d'Etat, p. 113), le préjudice est aujourd'hui autonome et indemnisé indépendamment de la gravité de ce dernier (CAA, Nantes, 16 octobre 1996, *M. Le Tirant*, req. n°94NT00743 ; CAA Nancy, 19 mars 1998, *Département de Meurthe-et-Moselle*, req. n°94NC01529, req. N°96NC01660).

<sup>946</sup> Cass. crim. 8 août 1908, Bull. crim. n°353, p. 661 : « Ce n'est pas seulement le préjudice matériel qui peut servir de base à une condamnation, mais encore le préjudice moral (...) ».

<sup>947</sup> CE, 24 avril 1942, *Morell*, Lebon 136. - 21 janvier 1955, Billiet, Lebon 43. - 12 octobre 1956, *Épx Fabre*, Lebon. 368.

<sup>948</sup> CE, 6 juillet 1958, *Commune de Grigny*, Lebon. 323.

<sup>949</sup> CE, sect., 3 mars 1978, *Mme Muësser*, Lebon. 116.

<sup>950</sup> CAA, Paris, 21 janvier 1992, *Centre hospitalier général de Meaux*, req. n°90PA00692.

<sup>951</sup> CE, 29 octobre 1954, *Bondurand*, D. 1954. 767, concl. Fougère et note de Laubadère.

<sup>952</sup> CE, ass. 24 novembre 1961, Lebon. 661 ; GAJA, 18<sup>e</sup> éd., 2011, n°78 ; D. 1962. 34, concl. Heumann ; RD publ. 1962. 330, note Waline ; S. 1962. 82, note Vignes.

<sup>953</sup> D. Botteghi, *Les bouleversements de la réparation des préjudices*, AJDA 2014, p. 89, sous CE, Ass. plén, 24 novembre 1961, *Ministre des travaux publics c/Letisserand et autres*, n°48841, Lebon. 661 : « Quelque chose d'essentiel s'est joué en acceptant, à la brillante invitation du président Heumann, de réparer la douleur morale, l'assemblée (alors plénière) du contentieux a non seulement fait œuvre de justice, au meilleur sens du terme, mais grandement contribué à asseoir l'intervention du juge administratif de la réparation ».

<sup>954</sup> CE, sect. 2 octobre 1970, *Épx Pol*, Lebon 543. - 20 février 1976, *Gaz de France*, Lebon T. 1134.

<sup>955</sup> CE, 19 décembre 2007, *M. Tourancheau*, req. n°289922 Lebon. 512.

civil et administratif considèrent sans hésitation les conjoints<sup>956</sup>, les parents<sup>957</sup> et les enfants<sup>958</sup> comme des victimes par ricochet.

Il n'en demeure pas moins qu'une telle indemnisation n'est pas automatique ; le Conseil d'Etat a décidé que les petits-enfants d'une victime en bas âge étaient trop jeunes pour éprouver une douleur indemnisable<sup>959</sup>. Les personnes éloignées du cadre familial peuvent être indemnisées d'un préjudice moral d'une manière très circonstanciée<sup>960</sup>.

Bien évidemment, la victime directe peut éprouver un préjudice moral du fait des dommages subis<sup>961</sup>, de ses angoisses<sup>962</sup>, voire de sa conscience d'une espérance de vie réduite<sup>963</sup>.

***Vers une objectivation de plus en plus importante du préjudice.*** Assez timide dans le domaine du dommage corporel, la doctrine publiciste (comme le juge administratif d'ailleurs)<sup>964</sup> s'est montrée plus sensible à la notion de préjudice réparable.

D'ailleurs cette objectivation de plus en plus forte du préjudice suscite des critiques : « l'objectivation du préjudice suscite la réserve car elle contribue à une perte de spécificité du préjudice par rapport au dommage. Le risque est alors de passer de « à tout préjudice indemnisable, réparation » à « à tout dommage, réparation » glissement qui n'est pas souhaitable dans la perspective d'une recherche d'équilibre entre l'équité et la préservation de l'action administrative »<sup>965</sup>. D'autres auteurs évoquent une « libéralisation du droit d'indemnisation » car la jurisprudence reflète les valeurs sociales<sup>966</sup>.

En effet, un préjudice n'existe pas en lui-même ; c'est le juge qui lui donne une réalité juridique. Aujourd'hui, le préjudice connaît de nombreuses déclinaisons et le juge n'hésite plus à évoquer un préjudice d'impréparation résultant d'un défaut d'information sur les risques d'un accident médical<sup>967</sup>,

---

<sup>956</sup> CE, 4 novembre 1966, *Dpt de la Vendée et Cts Alonzo Hoffmann*, Lebon. 587. - 31 mars 1971, Bailleul, Lebon. 265.

<sup>957</sup> CE, 15 février 1963, *Épx Minotto*, Lebon. 95.

<sup>958</sup> CE, Ass. 14 février 1975, *Cts Vimart*, Lebon. 113, concl. Rougevin-Baville.

<sup>959</sup> CE, 28 avril 1978, *Ville de Marseille c/ Dame Vve Ballester et autres*, RD publ. 1978. 1756.

<sup>960</sup> CE, 9 décembre 1970, *Min. Équipement et logement c/ Épx Losser*, Lebon T. 745 ; v. une cousine qui a entouré la victime CAA, Paris, 6 juin 1995, *Mme Rouyer et Roussel c/ CHS Esquirol*, req. n°94PA01382.

<sup>961</sup> CE, 27 juin 2005, *Cts Rougier*, req. n°261574.

<sup>962</sup> CAA, Paris, 24 mars 1998, *Assistance publique-Hôpitaux de Paris*, Dr. adm. 1998, n°292, obs. C. Esper.

<sup>963</sup> CE, 24 octobre 2008, *Pietri*, Lebon. 359.

<sup>964</sup> D. Botteghi, *Les bouleversements de la réparation des préjudices*, art. cité : « Pour autant, la réparation des préjudices est (...) restée le parent pauvre du droit de la responsabilité. Le juge administratif paraît souvent plus intéressé par la qualification et la théorisation des conditions de l'engagement de la responsabilité que par les modalités de la réparation, question qui pourtant intéresse le requérant ».

<sup>965</sup> C. Paillard, *Faut-il distinguer le dommage et le préjudice ? : point de vue publiciste*, Resp. civ & ass, n°3, mars 2010, dossier 4.

<sup>966</sup> H-B. Pouillaude, *Les « chefs de préjudice » en droit de la responsabilité administrative : le levier et le fardeau*, AJDA 2014, p. 1809.

<sup>967</sup> CE, 10 octobre 2012, *Beaupère*, M<sup>me</sup> Lemaitre, n° 350426, Lebon ; AJDA 2012. 1927, et 2231, note C. Lantero.

la souffrance endurée du fait du caractère inéluctable du décès<sup>968</sup> (et ce en dépit de sa brièveté<sup>969</sup>), un préjudice d'anxiété ou d'inquiétude<sup>970</sup>.

Le juriste, avec son langage, défend sa réalité, auquel il associe des conséquences. De cette manière, employer des mots nouveaux pour définir un préjudice n'est pas un procédé quelconque puisqu'il implique des prolongements juridiques. L'avocat va demander à ce que tel ou tel préjudice soit reconnu en utilisant une terminologie précise.

Le monde du droit de la santé n'est alors pas si éloigné de ce qu'énonçait le philosophe Ludwig Wittgenstein : « Nous luttons avec la langue. Nous sommes en lutte avec la langue »<sup>971</sup>.

***Le préjudice : une notion incommensurable ?*** L'idée centrale actuelle, indépendamment du juge, est que les préjudices, une fois caractérisés, soient toujours indemnisables. Cependant, la notion de responsabilité est très difficilement circonscrite en droit car elle revêt une connotation morale.

En ce sens, le juge civil a appris à ses dépens que tous les préjudices ne sont pas socialement réparables. En témoignent les nombreuses controverses entourant l'arrêt Perruche<sup>972</sup> considéré - sans doute de manière excessive<sup>973</sup> - comme une consécration d'un préjudice du seul fait de sa naissance avec un handicap.

Les obstétriciens comme les associations de personnes handicapées dénonçaient alors une pression normative teintée d'eugénisme. C'est la raison pour laquelle le législateur a entendu revenir de lui-même sur cette jurisprudence<sup>974</sup>.

Le préjudice est donc sans cesse redessiné selon le contexte social. Par ailleurs, la notion n'est pas uniquement instable sur le fond mais aussi sur la forme. Une fois arrêté, le préjudice peut toujours connaître des modifications, liées notamment à l'aggravation possible de ce dernier.

---

<sup>968</sup> Note D. Arcadio, S. Boyer Chammard, Gazette du Palais, juin 2013, n°172-173, pp. 45-46 sous Cass. 2<sup>e</sup> civ, 18 avril 2013, n°12-18. 199.

<sup>969</sup> A. Bourda, *Indemniser une douleur brève et incommensurable*, AJDA 2015, p. 1939 conclusions sur TA, Pau, 26 mai 2015, n°1400381.

<sup>970</sup> H. B. Pouillaude, *Hépatite C : le juge administratif indemnise le préjudice...d'inquiétude*, AJDA 2015, p. 2340 sous CE, 27 mai 2015, n°371697.

<sup>971</sup> L. Wittgenstein, *Remarques mêlées*, Paris, GF Flammarion, 2002, 224 p, p. 65 ; E. Silva-Romero, *Wittgenstein et la Philosophie du droit*, Paris, PUF, 2002, 416 p.

<sup>972</sup> Cass. Ass. Plén. 17 novembre 2000, n°99-13.701.

<sup>973</sup> Il n'a jamais été dit que le seul fait d'être né handicapé était en soi indemnisable en dehors de l'imputabilité d'une faute à un professionnel de santé ou à un laboratoire.

<sup>974</sup> La loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé prévoit en son article 1 que : « nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance ».

## 2) *Un raisonnement à l'épreuve de la temporalité juridique et médicale*

L'indemnisation du préjudice a une visée prospective. A partir de la notion centrale de la consolidation, elle doit être suffisante pour le reste de la vie d'une victime. Le juge ne peut fonctionner que par projections : estimation des besoins, espérance de vie, taux d'intérêt réel de la monnaie...

Le jugement doit être rendu alors même que l'avenir de la victime demeure incertain. Le préjudice est donc une notion profondément marquée par la temporalité : du moment de la consolidation à l'aggravation possible de celui-ci.

***La stabilisation de principe du préjudice : la consolidation.*** L'article L.1142-28 du code de la santé publique est clair : « les actions tendant à mettre en cause la responsabilité des professionnels de santé ou des établissements de santé publics ou privés à l'occasion d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins (...) se prescrivent par dix ans à compter de la consolidation du dommage ».

On comprend ainsi qu'il est crucial de définir le moment de la consolidation du dommage. D'une part pour faire courir le délai de prescription<sup>975</sup> et, d'autre part, pour liquider la totalité des préjudices éprouvés en précisant que le dommage subi par le mineur est considéré comme consolidé à sa majorité<sup>976</sup>. La date de consolidation ne coïncide pas nécessairement avec la reprise d'une activité professionnelle ; elle peut être antérieure ou postérieure<sup>977</sup>.

***La consolidation : une notion juridique.*** L'entreprise n'est pas évidente car la consolidation n'est pas en soi une notion médicale ; les professionnels de santé s'intéressent aux soins et non à la consolidation de ces derniers.

Pourtant, celle-ci est centrale dans la liquidation du préjudice corporel. Cette place prépondérante se retrouve dans la nomenclature *Dintilhac* où il est indiqué au juge qu'il doit indemniser les préjudices selon leur nature temporaire ou permanente. On peut donc penser que la consolidation est davantage un concept juridique. La notion est définie par le rapport *Dintilhac* : « la consolidation correspond à la fin de la maladie traumatique, c'est à dire à la date, fixée par l'expert médical, de stabilisation des conséquences des lésions organiques et physiologiques ».

---

<sup>975</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 4 mai 2000, n° 97-21.731 ; D. 2000, p. 166 « en cas de préjudice corporel, la date de la consolidation fait courir le délai de la prescription décennale ».

<sup>976</sup> CE, 15 mars 2013, n°337496, note F. Bibal, juin 2013, n°172-173, p. 37 : « doit être censuré l'arrêt qui, après avoir relevé que l'état d'un enfant n'était pas consolidé, considère que certains éléments du préjudice peuvent être déterminés et doivent être indemnisés à titre définitif. En l'absence de consolidation de l'état de l'enfant, il y a lieu de lui allouer une indemnité au titre des préjudices éprouvés jusqu'à sa majorité ».

<sup>977</sup> Cass. soc, 16 octobre 1985 : Bull. civ. 1985, V, n°464, p. 336.

**La consolidation : un repère crucial dans l'indemnisation du préjudice.** Cette date marque la frontière entre les préjudices à caractère temporaire et ceux à caractère définitif.

Cependant, le groupe de travail a mis en évidence que « même si la quasi-unanimité des postes de préjudice rentre dans cette *summa divisio*, il demeure certains préjudices récurrents permanents qui échappent à toute idée de consolidation de la victime. Il s'agit notamment des préjudices liés à une contamination par un virus de type hépatite C ou VIH., ainsi que de ceux dont sont atteintes les victimes de l'amiante ou de la maladie de Creutzfeldt-Jakob »<sup>978</sup> reprenant par la même occasion les précisions apportées par le Professeur Yvonne Lambert-Faivre.

Cette date est généralement fixée au moment « où les lésions se fixent et prennent caractère permanent, tel qu'un traitement n'est plus nécessaire, si ce n'est pour éviter une aggravation, et qu'il est possible d'apprécier un certain degré d'incapacité permanente réalisant un préjudice définitif »<sup>979</sup>.

On trouve aussi des descriptions plus précises de la notion de la part des médecins-experts qui la déterminent<sup>980</sup>.

Son rôle est aussi prépondérant que pratique. Il permet d'apprécier les séquelles que la victime conservera lorsque son dommage sera finalement délimité. La consolidation semble donc indispensable pour apprécier et calculer les postes de préjudice entre la période évolutive et la stabilisation des séquelles. De plus, elle est incontournable pour déterminer l'assiette du recours des prestations sociales<sup>981</sup>. La notion n'est pas contestée quand elle est fixée ; elle est établie de manière discrétionnaire par l'expert sans que l'on sache véritablement les critères scientifiques sur lesquels il se base, si tant est qu'ils le soient.

A cet égard, c'est l'une des questions centrales posées à l'expert et les juges le suivent dans la majorité des cas même s'ils conservent naturellement leur pouvoir souverain d'appréciation<sup>982</sup>.

**La consolidation : un repère incertain dans la nomenclature Dintilhac.** En doctrine et en pratique, elle soulève des interrogations. Le Professeur Porchy-Simon constate que : « la notion même de consolidation est complexe car elle ne saurait, contrairement à ce qu'une première approche pourrait laisser penser, être fixée de manière claire et scientifique. Ainsi, la notion n'est tout d'abord pas unitaire, une distinction étant souvent opérée entre la consolidation dite fonctionnelle, rendant compte du déficit

---

<sup>978</sup> Rapport Dintilhac, 2005, p. 37, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/064000217.pdf>

<sup>979</sup> Y. Lambert-Faivre, *Droit du dommage corporel, Systèmes d'indemnisation*, 4<sup>e</sup> éd, Paris, Dalloz, 2000, n°57, p. 128.

<sup>980</sup> « Quelle pourrait être la définition médicale de cette consolidation ? C'est un état stabilisé, à un moment donné. Les soins ont atteint le maximum de leur efficacité. Si des soins demeurent indispensables, ils seront donnés pour traiter les séquelles. L'état de stress post-traumatique – terme plus élégant que le terme « état névropathique post-traumatique » – qui est aujourd'hui admis par tous, pose effectivement des problèmes dans la fixation de la date de la consolidation ». D. Malicier, *Intervention à la table ronde « Concordance des temps. Discussions autour de la consolidation. Enjeux et implications »*, Gazette du Palais, 9 avril 2011.

<sup>981</sup> Les indemnités journalières s'imputent par exemple sur les pertes de gains professionnels actuels tandis que les rentes et les pensions le seront sur les pertes de gains professionnels futurs.

<sup>982</sup> Cass. crim, 4 décembre 1974 : Bull. crim.1974, n°360, p. 916.

qui résulte notamment des lésions organiques et physiologiques subies par la victime, et la consolidation situationnelle, qui s'attache davantage aux conséquences du handicap pour la victime « en situation », c'est-à-dire dans son cadre de vie »<sup>983</sup>.

Quant aux médecins-experts, ils remarquent qu'« il n'existe pas de correspondance univoque entre les chefs de préjudices ante-consolidation et les chefs de préjudices post-consolidation »<sup>984</sup>. En effet, le miroir n'est que partiellement réfléchissant. Les frais de véhicule ou de logement adaptés, comme l'assistance à tierce personne, ne sont considérés qu'après la consolidation. Au niveau provisoire, on les retrouve de manière plus éparse dans les frais divers.

***L'exemple du déficit fonctionnel.*** L'écart le plus marquant réside dans la définition du déficit fonctionnel qui diffère selon que ce dernier soit permanent ou temporaire.

A en croire le rapport annuel de 2007 de la Cour de cassation<sup>985</sup>, le « déficit fonctionnel temporaire correspond à l'incapacité fonctionnelle totale ou partielle subie jusqu'à la consolidation. Il traduit la perte de qualité de vie, des activités et des joies usuelles de la vie courante notamment lors d'hospitalisations ». Il inclut donc en ce sens le préjudice sexuel et le préjudice d'agrément<sup>986</sup> ; ce qui n'est pas le cas du déficit fonctionnel permanent puisque ces deux postes sont envisagés de manière autonome après la consolidation. Quant aux souffrances endurées, elles sont évaluées de manière temporaire mais intégrées dans le déficit fonctionnel permanent après consolidation.

A l'inverse, « le déficit fonctionnel permanent résulte du taux d'incapacité fonctionnel et indemnise le déficit physiologique définitif de la victime, la douleur permanente qu'elle ressent, la perte de la qualité de vie et les troubles dans les conditions d'existence qu'elle rencontre au quotidien après sa consolidation, la perte d'autonomie personnelle qu'elle vit dans ses activités journalières ainsi que tous les déficits fonctionnels spécifiques qui demeurent même après la consolidation. Il est possible d'indemniser ce préjudice au moyen d'un capital ou d'une rente indexée affectée d'une clause de révision ».

---

<sup>983</sup> S. Porchy-Simon, *Quelles améliorations pour la nomenclature Dintilhac ? Le point de vue de l'universitaire*, Gazette du Palais, 24 décembre 2011, n°358, p. 19.

<sup>984</sup> D. Malicier, États généraux du dommage corporel, *Concordance des temps. Discussions autour de la consolidation. Enjeux et implications*, Gazette du Palais, 9 avril 2011.

<sup>985</sup> [https://www.courdecassation.fr/publications\\_26/rapport\\_annuel\\_36/rapport\\_2007\\_2640/etude\\_sante\\_2646/dommages\\_sur\\_venus\\_2650/reparation\\_dommages\\_2652/caracterisation\\_prejudices\\_11384.html](https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2007_2640/etude_sante_2646/dommages_sur_venus_2650/reparation_dommages_2652/caracterisation_prejudices_11384.html)

<sup>986</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ. 3 juin 2010, n° 09-13246 : Gazette du Palais, 16 juillet 2011, p. 20, I6511, obs. A. Renelier ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 4 novembre 2010, n° 09-69918 : Gazette du Palais, 16 juillet 2011, p. 20, I6511, obs. A. Renelier.

**La consolidation : un concept ambivalent.** Le contenu d'un préjudice peut changer selon son aspect temporaire ou permanent.

Certains postes de préjudices sont intrinsèquement rétifs à être conceptualisés sous l'angle de la consolidation<sup>987</sup>.

C'est le cas notamment des pathologies évolutives placées délibérément hors du cadre de la consolidation dans la nomenclature. C'est la raison pour laquelle le Professeur Stéphanie Porchy-Simon propose, à raison selon nous, de conserver les postes de tierce personne, de frais de logement et de véhicule adapté mais indépendamment de la consolidation<sup>988</sup>.

Certains magistrats avouent d'ailleurs n'avoir aucune certitude à ce sujet<sup>989</sup> et confessent qu'elle est « peut-être surévaluée dans la nomenclature *Dintilhac* ». L'un d'eux poursuit « il serait plus adéquat de placer cette séparation au moment de la décision définitive d'indemnisation. (...) Il pourrait paraître judicieux, pour limiter au mieux les aléas déjà nombreux de la réparation, de tenir compte, lors de la fixation de l'indemnisation, de tous les éléments établis et connus au jour de la décision pour un calcul au plus près de la réalité, avec ainsi un déplacement de la ligne de partage ».

Le magistrat poursuit « pour ma part, j'ai tendance à ne pas respecter complètement cette date charnière de la consolidation entre les préjudices temporaires et permanents, parce qu'il me semble en effet important, au jour où nous prenons notre décision, de prendre en compte, comme pour les arrérages de la tierce personne, tous les arrérages déjà échus qui sont justifiés non seulement à la date de la consolidation mais également à la date où il est statué, évitant l'écueil déjà cité.

En se plaçant à la seule date de consolidation pour capitaliser une rente « tierce personne », le montant réel des sommes déjà déboursées n'est pas pris en compte. Il en est de même pour l'indemnisation du préjudice professionnel »<sup>990</sup>.

Cette position, plus pragmatique, semble pertinente car la consolidation est un impératif juridique, qui n'est pas nécessairement calquée sur le temps judiciaire. De ce fait, quand la décision est rendue, la consolidation est déjà intervenue (le plus souvent plusieurs années avant)<sup>991</sup> et parfois l'expert n'a pas précisément fixé la date de celle-ci<sup>992</sup>.

---

<sup>987</sup> S. Porchy-Simon, *Quelles améliorations pour la nomenclature Dintilhac ? Le point de vue de l'universitaire*, article. cité.

<sup>988</sup> Ibid.

<sup>989</sup> « Nous sommes tous partis, bien sûr, de cette définition. Mais cela pose la question des différents critères à retenir pour définir cette consolidation. Seul l'expert – les critères utilisés étant en grande partie des critères médicaux, critères que je ne connais pas précisément ». Etats généraux du dommage corporel, *Concordance des temps. Discussions autour de la consolidation. Enjeux et implications*, Gazette du Palais, 9 avril 2011.

<sup>990</sup> Ibid.

<sup>991</sup> V. CA, Douai, 12 mai 2016, n°16/440, ch. 03 (trois ans avant la décision) ; CA, Aix-en-Provence, 4 mai 2016, n°2016/2016, ch. 10 (sept ans avant la décision).

<sup>992</sup> CA, Rennes, 4 mai 2016, n°14/05269, ch. 05.

Dès lors, il existe une technique transitoire en matière de capitalisation qui impose, pour l'indemnisation des préjudices futurs, de calculer une période d'arrérages échus entre la date de consolidation arrêtée et une date de décision incertaine. C'est ce que le Professeur Stephanie Porchy-Simon nomme « une sorte de zone grise » de l'indemnisation, celle courant de la date de consolidation au jour du règlement »<sup>993</sup>. De toute évidence, le juge ne peut estimer de lui-même les nouveaux besoins à la date où il statue car il le fait selon une expertise antérieure. Il serait donc bien difficile d'ordonner une nouvelle expertise entre la première et la décision rendue car la deuxième expertise sera de toute façon toujours antérieure à la date auquel il statue. De cette manière, il faudra toujours composer avec une période transitoire.

Enfin, la date de consolidation différencie les préjudices subis avant et après la consolidation mais ne distingue pas les dépenses passées des dépenses futures. C'est ainsi que, comme le suggèrent certains auteurs, on pourrait simplement enlever les termes temporaires/définitifs, actuels/futurs au profit de postes avant/après consolidation<sup>994</sup>.

Certains médecins-experts estiment que le concept oscille entre le mythe et la réalité<sup>995</sup>. Le Professeur Patrice Jourdain voit dans l'utilisation systématique du concept de consolidation une défectuosité méthodologique et il propose de se placer au jour du jugement pour opérer la césure<sup>996</sup>. « Le juge allouerait une indemnité correspondant aux frais exposés à ce jour, puis une autre indemnité correspondant aux frais futurs en capitalisant ceux que l'on ne verse pas sous forme de rentes. (...) Tout au plus pourrait-on maintenir la consolidation comme date charnière pour les pertes de revenus professionnels afin de faciliter l'imputation des prestations sociales »<sup>997</sup>.

La notion de consolidation est très commode mais parfois trop catégorique. Il ne s'agit donc pas de la supprimer mais de proposer, comme le fait la doctrine, des propositions intermédiaires. Du reste, la consolidation n'est pas toujours définitive ; il peut y avoir une aggravation du préjudice .

***Une stabilisation incertaine du préjudice : l'aggravation.*** En principe, en cas de dommages causés aux personnes, la date d'évaluation des préjudices est celle à laquelle le juge statue<sup>998</sup>. En revanche, le juge ne peut lire dans l'avenir et ne peut prévoir une aggravation de ces derniers car la consolidation n'est pas exempte de rechutes.

---

<sup>993</sup> S. Porchy-Simon, *Quelles améliorations pour la nomenclature Dintilhac ? Le point de vue de l'universitaire*, article. cité.

<sup>994</sup> M. Le Roy, J-D. Le Roy, F. Bibal, *L'évaluation du préjudice corporel*, 20<sup>e</sup> éd, Paris, LexisNexis, 578 p, pp. 33/34 ; S. Porchy-Simon, *Gazette du Palais*, 24-27 décembre 2014, pp. 24-27.

<sup>995</sup> D. Malicier, *Intervention à la table ronde « Concordance des temps. Discussions autour de la consolidation. Enjeux et implications*, *Gazette du Palais*, 9 avril 2011, p. 34.

<sup>996</sup> P. Jourdain, *Conclusion prospective*, *Gazette du Palais*, 27 décembre 2014, n°361, p. 36.

<sup>997</sup> Ibid.

<sup>998</sup> CE, ass. 21 mars 1947, n° 80338, *Dame veuve Aubry*, Lebon. 123.

C'est pourquoi, à côté de la séparation temporelle entre les préjudices temporaires et permanents, il existe une autre distinction entre les préjudices avant la consolidation et ceux passés en phase d'aggravation.

**La possibilité d'un recours en aggravation du préjudice.** Le Conseil d'Etat<sup>999</sup> et la Cour de cassation<sup>1000</sup> admettent l'indemnisation d'une aggravation situationnelle<sup>1001</sup>.

Selon la Cour de cassation, « l'autorité de la chose jugée attachée à la première décision ne s'oppose pas à la présentation ultérieure d'une nouvelle demande d'indemnisation fondée sur l'aggravation de l'état de santé de la victime, dès lors que cette demande tend à la réparation de préjudices complémentaires ou nouveaux nés de cette aggravation, quelle qu'en soit la date »<sup>1002</sup>.

La Cour a précisé qu'une demande en réparation de l'aggravation d'un préjudice ne peut être accueillie que si la responsabilité de l'auteur prétendu du dommage et le préjudice initialement indemnisé ont pu être déterminés<sup>1003</sup>.

**Une notion à géométrie variable.** L'aggravation est une notion à dimension variable : il peut s'agir d'aggravations temporaires<sup>1004</sup>, d'une modification des séquelles<sup>1005</sup> soit une majoration d'un préjudice existant<sup>1006</sup>, mais aussi de préjudices nouveaux même si l'évolution prévisible du dommage corporel est normalement prise en compte par l'expertise<sup>1007</sup>.

De plus, une action en aggravation peut aussi être l'occasion d'indemniser des préjudices n'ayant pas été réclamés ou d'indemniser une atteinte initiale qui n'était pas scientifiquement évaluable lors de la première phase du dossier. Il faut aussi préciser qu'une aggravation peut être établie sans modification du déficit fonctionnel permanent<sup>1008</sup>. En principe, et compte tenu de la règle de l'autorité de chose

---

<sup>999</sup> CE, 22 avril 2013, n°347883.

<sup>1000</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 19 février 2004, n°02-17954.

<sup>1001</sup> Au-delà du délai de prescription en matière d'aggravation, il est possible de demander l'indemnisation des préjudices non indemnisés initialement. Cass. 2<sup>e</sup> civ, 23 mars 2017, n°16-15139 ; CE, 1<sup>er</sup> juin 2016, n°382490, Gazette du Palais, 20 septembre 2016, n°274v4, p. 44, note C. Bernfeld.

<sup>1002</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 29 mars 2012, n° 11-10.235, Bull. civ. II, n° 65.

<sup>1003</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ, 14 janvier 2016, n°14-30.086 ; note S. Carval, D. 2016, p. 256.

<sup>1004</sup> CA, Angers, 3 mai 2016, n°14/00848, ch. A.

<sup>1005</sup> CA, Lyon, 12 mai 2016, n°14/08475, ch. 06 ; Cass. 2<sup>e</sup> civ, 19 juin 2008, n°07-14.865.

<sup>1006</sup> M. Le Roy, J-D. Le Roy, F. Bibal, *L'évaluation du préjudice corporel*, op. cité, p. 35 : « En cas d'une aggravation d'un préjudice préexistant, le blessé doit démontrer que le préjudice initialement indemnisé s'est intensifié et qu'il constitue bien une demande nouvelle (telles une augmentation du taux de déficit fonctionnel permanent, une majoration des besoins en tierce personne, une intensification du préjudice esthétique, etc...). En cas d'apparition d'un préjudice nouveau, le blessé doit démontrer l'autonomie de ce poste par rapport à ceux initialement indemnisés. Les missions d'expertise en aggravation sont spécifiques, car elles doivent soigneusement reconstituer le préjudice antérieur à l'aggravation, ce qui oblige notamment à des conversions de taux lorsque le barème des incapacités a changé depuis la première expertise, afin de pouvoir comparer ce qui est comparable ».

<sup>1007</sup> L'expert « ajoute encore qu'il convient d'émettre des réserves car Mme T. peut subir une aggravation, en particulier une décompensation endothéliale et une aggravation de l'œdème maculaire, des complications rétinienues à type de décollement de rétine ou de glaucome ». CA Douai, 12 mai 2016, n°16/440, ch. 03.

<sup>1008</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 16 janvier 2014, n°13-11.353 : « que malgré l'absence d'aggravation du taux de déficit fonctionnel, M. X... a perdu, après la consolidation de son état, une partie de sa liberté de mouvements antérieure et a subi des douleurs plus importantes ainsi que des troubles accrus dans ses conditions d'existence, personnelles, familiales et sociales ».

jugée<sup>1009</sup>, le demandeur doit présenter « dès l'instance relative à la première demande l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à fonder celle-ci »<sup>1010</sup>.

Il doit aussi concentrer ses demandes<sup>1011</sup>. De cette manière, une action ne paraît possible que si des faits nouveaux sont venus modifier une situation reconnue antérieurement en justice<sup>1012</sup>. Un chef de préjudice qui ne serait pas expressément visé dans une décision et une transaction est présumé non réparé<sup>1013</sup>. C'est ainsi qu'un poste présent dans une demande initiale mais non indemnisé peut faire l'objet d'une indemnisation postérieure<sup>1014</sup>.

On est toutefois porté à croire que ce principe de l'autorité de la chose jugée se heurte parfois à la réparation intégrale. Une telle logique conduirait à exclure les aggravations situationnelles liées à l'environnement social de la victime et non à son aggravation médicale intrinsèque.

En effet, on distingue l'aggravation médico-légale qui correspond à une détérioration de l'état de santé d'une victime de l'aggravation situationnelle. Cette dernière implique une aggravation de l'état de santé due à des modifications environnementales ou contextuelles comme la naissance d'un enfant, certaines modifications du cadre familial, l'augmentation des tarifs de l'institution où la victime est prise en charge...

La Cour de cassation accueille les demandes d'aggravations situationnelles, notamment en matière de tierce personne<sup>1015</sup> ou de durée du travail<sup>1016</sup>.

En revanche, la Cour régulatrice tient à ce que la victime puisse justifier d'un élément nouveau depuis le jugement d'indemnisation<sup>1017</sup>. Il est ainsi difficile de distinguer le périmètre de l'aggravation situationnelle réparable.

L'association des professionnels de la réassurance en France croit distinguer l'aggravation purement économique (érosion monétaire qui doit être prise en compte lors du chiffrage initial, notamment par

---

<sup>1009</sup> Article 2052 du Code Civil : « les transactions ont entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort. Elles ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur de droit ni pour cause de lésion ». Article 1351 du code civil : « l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement ».

<sup>1010</sup> Cass. ass. plén, 7 juillet 2006, n°04-10672 : D. 2006, p. 2135, note L. Weiller ; JCP 2007, II, 1007, note G. Bollard.

<sup>1011</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ, 28 mai 2008, n°07-13266 : JCP 2008, II, 10170, note G. Bollard.

<sup>1012</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 24 septembre 2009, n°08-10517.

<sup>1013</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 21 novembre 2013, n°12-19.000.

<sup>1014</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 26 mai 2011, n°10-16.735 : Bull. civ. 2011, II, n°117.

<sup>1015</sup> « Qu'en statuant ainsi, alors que le préjudice dont Mme X... demandait réparation était constitué par l'augmentation, en raison de la présence de ses deux enfants, de l'aide-ménagère dont l'indemnisation lui avait été précédemment accordée à titre personnel en raison de son handicap, et que ce préjudice économique nouveau, indépendant de l'évolution de l'état séquellaire de la victime, n'avait pas été pris en compte par le jugement, antérieur à la naissance des enfants, la cour d'appel a violé le texte et le principe susvisés » : Cass. 2<sup>e</sup> civ, 19 février 2004, n° 02-17954 ; RTD civ. 2005, p. 147, obs. P. Jourdain, *L'aggravation du dommage corporel est réparable, même en l'absence d'aggravation de l'état de la victime*.

<sup>1016</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 22 octobre 2009, n°08-17.333 : « Toute victime dispose d'une nouvelle action en réparation contre le responsable en cas d'aggravation de son dommage ; qu'en l'espèce, le préjudice subi par M. X..., consistant dans l'impossibilité d'accomplir seul les gestes de la vie quotidienne et de rester sans surveillance s'est aggravé en raison de la modification de la législation sur la durée du temps de travail, élément inconnu des juges qui avaient fixé, en 1982, l'indemnisation de son préjudice au titre de l'assistance d'une tierce personne, dès lors qu'il ne peut plus bénéficier de l'assistance permanente d'une tierce personne que son état requiert ».

<sup>1017</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 5 mars 2015, n° 14-14.151.

une réévaluation et une indexation) de l'aggravation environnementale (naissance d'enfant postérieure à l'indemnisation générant une aide humaine accrue) en avançant que la première se heurte à l'autorité de la chose jugée et non la seconde.

Pourtant, elle admet qu'une telle distinction demeure très artificielle<sup>1018</sup>. Nous pensons simplement que l'office du juge, empreint de pragmatisme, jouit d'une relative liberté quant à l'appréciation du principe de l'autorité de la chose jugée, et ce plus particulièrement en matière de dommage corporel.

***L'existence d'un nouveau délai à partir de la consolidation de l'aggravation.*** Il faut rappeler qu'il n'y a aucun délai entre l'action en aggravation et l'accident initial. En effet, la Cour de cassation a précisé qu'il y a seulement un nouveau délai de prescription de dix ans à partir de la consolidation de l'aggravation, et non aux premiers signes de l'aggravation conformément à l'article 2226 du Code civil<sup>1019</sup>.

Une telle action est complexe du point de vue de l'expertise comme le soulignent des avocats : « les pièces manquantes, la modification des barèmes médico-légaux dans le temps, la part de ce qui a été indemnisé et du complément à retenir, la nécessité de ne prendre en compte que les zones aggravées (...) »<sup>1020</sup>. Pour ce faire, des missions d'expertise propre à l'aggravation sont proposées par l'AREDOC<sup>1021</sup> et l'ANADAVI<sup>1022</sup>.

***Du faible usage de l'action en aggravation.*** En pratique, rares sont les victimes qui souhaitent rouvrir leur dossier pour ces occasions ou qui en ont le courage, et c'est bien par obligation qu'elles se contraignent à le faire<sup>1023</sup>.

Pourtant, « la réouverture en aggravation sera peut-être l'occasion de voir quelques heures de tierce personne rajoutées, et même de réévaluer le montant du tarif humain de l'ensemble des heures d'aide humaine »<sup>1024</sup>.

---

<sup>1018</sup> [http://www.apref.org/sites/default/files/espacedocumentaire/15\\_note\\_apref\\_septembre\\_2012\\_-\\_reouverture\\_des\\_dossiers\\_en\\_reassurance.pdf](http://www.apref.org/sites/default/files/espacedocumentaire/15_note_apref_septembre_2012_-_reouverture_des_dossiers_en_reassurance.pdf)

<sup>1019</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 13 décembre 2002, n°11-13104 : « Lorsqu'après une première consolidation, l'état de la victime vient à s'aggraver, ce n'est qu'à compter de la nouvelle consolidation que court le délai imparti à la victime pour agir en indemnisation ; qu'il en va de même lorsqu'après une deuxième consolidation, l'état de la victime s'est de nouveau aggravé, aucun délai ne pouvant courir avant que cette nouvelle aggravation soit elle-même consolidée ».

<sup>1020</sup> C. Bernfeld, F. Bibal, *Les multiples visages de l'aggravation*, Gazette du Palais, 15 et 16 février 2013, n°46 à 47, p. 6.

<sup>1021</sup> [www.aredoc.com](http://www.aredoc.com)

<sup>1022</sup> C. Bernfeld, F. Bibal, *Proposition de mission adaptée aux aggravations médicales*, Gazette du Palais, vendredi 15 et samedi 16 février 2013, n°46 à 47, pp. 14-15.

<sup>1023</sup> Ibid.

<sup>1024</sup> Ibid ; CA, Lyon, 6<sup>e</sup> ch. 19 mai 2011, n°10/01359, *M et Mme B.c/ C.A.* : Gazette du Palais, 7 juillet 2012, p. 56.

Une fois l'atteinte corporelle aggravée, une autre problématique est liée à la causalité de celle-ci. Il faut qu'elle soit effectivement imputable à l'accident initial ; il s'agit, tant pour le juge civil que le juge administratif<sup>1025</sup>, de remonter une chaîne causale<sup>1026</sup>.

La difficulté est de mesurer l'impact des effets naturels du temps liées au vieillissement de la victime<sup>1027</sup> ou à l'état antérieur de celle-ci, lequel est tenu compte en principe dans l'indemnisation initiale. « Mais que penser de la victime affaiblie par l'accident initial, qui perd toute autonomie et devient grabataire ? L'aggravation est-elle imputable aux lésions initiales ou à l'âge ? » se demande justement Laurence Clerc-Renaud<sup>1028</sup>.

***Une action en aggravation relativement ouverte.*** Le Conseil d'Etat a affirmé que l'aggravation d'un préjudice était constituée lorsqu'un syndrome (en l'espèce celui de Lance et Adams), bien que ne s'étant pas lui-même aggravé, a eu pour conséquence une perte d'autonomie à un âge anormalement précoce<sup>1029</sup>.

La Cour de cassation a rappelé dans le même sens que « le droit de la victime à obtenir l'indemnisation de son préjudice corporel ne saurait être réduit en raison d'une prédisposition pathologique lorsque l'affection qui en est issue n'a été provoquée ou révélée que par le fait dommageable »<sup>1030</sup>.

Reste que les troubles nouveaux doivent être la conséquence de l'accident, ce qui est parfois délicat à prouver<sup>1031</sup>.

C'est ce qui fait dire à Laurence Clerc-Renaud que, conformément au fait que l'autorité de la chose jugée « n'a lieu qu'à l'égard de ce qui fait l'objet d'un jugement et a été tranché dans son dispositif » selon la Cour de cassation<sup>1032</sup>, « on peut penser que les chefs de préjudice oubliés ou ignorés dans la demande initiale ne sont pas, par hypothèse, dans le dispositif et peuvent donc donner lieu à une demande nouvelle »<sup>1033</sup> et ce quelle qu'en soit la date<sup>1034</sup>.

---

<sup>1025</sup> CAA, Nancy, 7 avril 2016, n°14NC00054.

<sup>1026</sup> L. Clerc-Renaud, *Questions clés autour de l'aggravation du dommage corporel*, Gazette du Palais, 15 et 16 février 2013, n°46 à 47, p. 8.

<sup>1027</sup> F. Jordana, S. Chapenoire, M. Bénézech, *Aggravation esthétique faciale tardive : l'importance du vieillissement* : RF dommage corporel. 2008-4, 369-73.

<sup>1028</sup> Ibid.

<sup>1029</sup> CE, 22 avril 2013, n°347883.

<sup>1030</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 6 février 2014, n°13-11.074 ; Cass. 2<sup>e</sup> civ, 15 avril 2010, n°09-66.447.

<sup>1031</sup> V. Cass. 2<sup>e</sup> civ, 9 février 2012, n°11-17.212 ; Cass. ass. plén, 13 mars 2009, n°08-16.033 : « la victime d'un dommage imputable à la faute inexcusable de son employeur ou ses ayants droit en cas de décès sont recevables à exercer une nouvelle action en réparation du préjudice résultant de l'aggravation de l'état de la victime, dès lors qu'il n'a pas déjà été statué sur la réparation de ce préjudice complémentaire qui n'était pas inclus dans la demande initiale ».

<sup>1032</sup> Cass. ass. plén, 13 mars 2009, n°08-16.033.

<sup>1033</sup> L. Clerc-Renaud, *Questions clés autour de l'aggravation du dommage corporel*, art. précité, p. 9.

<sup>1034</sup> « Doit être approuvée en conséquence la cour d'appel qui a exactement décidé qu'était recevable la demande d'indemnisation complémentaire du poste de préjudice du déficit fonctionnel permanent à raison de l'aggravation de l'état de santé, présentée par la victime après la décision ayant indemnisé son déficit fonctionnel initial, alors que la date de constatation de l'aggravation de son état avait été fixée à une date antérieure à cette décision ». Cass. 2<sup>e</sup> civ, 29 mars 2012, n°11-10235 ; Gazette du Palais, 7 juillet 2012, p. 188, obs. C. Bernfeld.

En tout état de cause, « il semblerait que la jurisprudence sur la concentration des moyens et des demandes subisse une inflexion en matière de dommage corporel, la Cour de cassation renforçant l'idée selon laquelle il suffirait qu'il n'ait pas été statué sur le chef de préjudice lors de la demande initiale pour que les portes de la demande nouvelle en aggravation soient ouvertes à la victime, sous réserve de prescription » (...) En cas d'aggravation d'un préjudice préexistant, la victime a la charge de démontrer que le préjudice initial s'est intensifié pour constituer une demande nouvelle »<sup>1035</sup>.

L'aggravation n'est donc pas un recours aussi strict puisqu'il permet de faire valoir un préjudice nouveau n'ayant pas fait l'objet d'une réparation ou oublié dans les premières conclusions médicales, ou de démontrer que la victime subit une majoration d'un préjudice existant. On peut se demander si les aggravations annoncées ne pourraient pas être indemnisées au titre d'un préjudice spécifique d'angoisse<sup>1036</sup> dans la mesure où elles sont de nature à accroître l'appréhension de la victime.

Enfin, il faut rappeler qu'il n'est pas possible d'engager une action en amélioration ou en réduction d'indemnisation<sup>1037</sup> ; une restitution, même partielle des sommes allouées, heurterait le principe de l'autorité de la chose jugée<sup>1038</sup>.

On mesure ici combien des notions comme le préjudice, la consolidation et l'aggravation sont sujettes à controverses et demeurent finalement très subjectives malgré leur apparente scientificité ; elles soulèvent tout à la fois des réflexions sociétales, juridiques et médicales.

---

<sup>1035</sup> L. Clerc-Renaud, *Questions clés autour de l'aggravation du dommage corporel*, art. précité, p. 9.

<sup>1036</sup> D. Tapinos, *Les aggravations annoncées*, Gazette du Palais, 15 et 16 février 2013, n°46 à 47, pp. 20-22.

<sup>1037</sup> Cass. req. 30 décembre 1946 : JCP 1947, II, 3500 ; D. 1947, 178.

<sup>1038</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ. 2 octobre 1972 : JCP G 1974, II, 17609 ; D. 1974, 536, note P. Malaurie.

## Conclusion du chapitre 2

Il est difficile d'appréhender sereinement « la grande floraison exotique du moi moderne »<sup>1039</sup>.

Le phénomène a été d'abord littéraire puis juridique. La pensée de Pascal nous aide à concevoir le préjudice à travers cet agrégat d'habitudes qui nous permet de placer l'individu en état de différenciation par rapport aux autres pour reprendre l'analyse de Zivia Klein<sup>1040</sup>.

Le droit médical, s'il est un « droit de la tragédie » n'en reste pas moins un droit de l'intime. « Sur ce point, on ne peut que saluer l'évolution de la jurisprudence, qui a permis de mieux réparer la souffrance des victimes directes comme indirectes sans que l'on puisse, à notre sens, y voir le signe d'une dérive compassionnelle mais plutôt celle de tendre vers une indemnisation plus juste de la souffrance »<sup>1041</sup>.

Ce pari est délicat comme le remarquait Ludwig Wittgenstein<sup>1042</sup> ; notre empathie doit être conciliée avec une souffrance qui nous est d'autant plus étrangère qu'elle est extérieure à nous. « Le droit du dommage corporel est sans nul doute une des pointes les plus avancées de cette vaste évolution civilisationnelle » affirme un autre philosophe<sup>1043</sup>. C'est un équilibre fragile entre deux paradigmes : le droit et la médecine, lesquels ne partagent pas le même ordre culturel<sup>1044</sup>.

La notion de préjudice est une notion d'abord théorique puis pratique qui dépasse le clivage responsabilité pour faute/sans faute ; elle doit rester en mouvement. Il est fort probable que les cimes du préjudice n'aient pas été encore aperçues ; le chantier est et restera encore ouvert<sup>1045</sup>.

---

<sup>1039</sup> C. Terence, *Fragments d'un moi futur : de Pascal à Montaigne*, in « Pré-Histoires », Genève, Droz, 1999, p. 113.

<sup>1040</sup> Z. Klein analysant la pensée de Pascal in « La Notion de dignité humaine dans la pensée de Kant et de Pascal », Paris, J. Vrin, Bibliothèque d'histoire de la Philosophie, 1968, 136 p, p. 107.

<sup>1041</sup> F. Ancel, *propos introductifs*, p. 5 in « 8<sup>e</sup> Etats généraux du dommage corporel, Souffrance : de l'ombre à la lumière », Gazette du Palais, 15 février 2014, n°46.

<sup>1042</sup> « Les personnages d'un drame ne nous laissent pas indifférents (...) » mais, il ajoute que « nous n'avons jamais l'impression de les connaître. Ils défilent devant nous comme des idées, non comme des êtres humains ». L. Wittgenstein, *Remarques mêlées*, Paris, GF Flammarion, 2002, 224 p, p. 103.

<sup>1043</sup> J-B. Prevost, *le vif du sujet : considérations philosophiques sur la souffrance*, p.7 in *ibid*.

<sup>1044</sup> « Il ne faut pas oublier que pour l'anthropologie médicale, et nous pourrions le dire également du droit, pour l'épistémologie philosophique, celle par exemple initiée par Foucault, la médecine, comme toute science ou discipline instituée, reste subordonnée à un paradigme d'ordre culturel, une épistémè qui conditionne tout un champ de pratiques et oriente les résultats. (...) Ce paradigme se traduit par des protocoles, des modes d'accès spécifiques aux phénomènes étudiés, qui, de manière insu a ses forces, mais aussi ses faiblesses. Tout paradigme a son point aveugle en quelque sorte, qui déforme ou occulte certains paramètres ». *Ibid*.

<sup>1045</sup> S-J. Liéber, D. Botteghi, *La réparation des préjudices, un chantier encore ouvert*, AJDA 2009, p. 360.

## Conclusion du Titre II

Après avoir énoncé les grands principes du droit de la responsabilité médicale, le juge assure la mise en œuvre de ce régime.

Il intervient à toutes les étapes de la procédure, en commençant par ordonner une expertise tout en contrôlant son caractère contradictoire.

L'expertise est indispensable au juge qui n'est pas un sachant. Le rôle de l'expert est tellement déterminant qu'il semble à maints égards se confondre avec celui du juge.

Malgré les similitudes, il est nécessaire de bien dissocier les deux fonctions ; c'est au juge qu'il revient exclusivement de dire le droit. Une question apparaît alors en lame de fond : le juge peut-il apprécier la science ? Sur le plan juridique, il est tout à fait légitime mais sur le terrain intellectuel ?

Il nous semble que le juge doit toujours conserver sa liberté d'appréciation et ne pas hésiter à en faire usage ; les vérités de la science, comme celles du droit, ne sont pas absolues (qui plus est dans le domaine médical qui n'est pas une science exacte).

Par ailleurs, le juge doit aussi faire écho aux attentes sociales, souvent pressantes. Dans cette perspective, il indemnise des préjudices qui n'étaient jadis pas réparables (ou considérés comme tels).

Pour contenir la notion, il a élaboré des nomenclatures de postes de préjudices qui vont structurer sa pensée. Le plus souvent issus d'une réflexion commune, ces outils ne sont pas contestés et unanimement appliqués. Ils facilitent d'une part une vision d'ensemble du préjudice et permettent, d'autre part, aux tiers payeurs d'exercer leurs recours.

Cependant, ces outils doivent rester ouverts même si le cadre est confortable pour l'esprit.

L'office de juge, c'est dire le droit ; vaste mission qui exige une réflexion toujours renouvelée.

## Conclusion de la première partie : le rôle créateur du juge

Cette première partie a été l'occasion de montrer combien ce droit est vivant mais aussi complexe, tant sur le plan théorique que sur les pratiques de liquidation du dommage corporel<sup>1046</sup>.

On a prêté à ce contentieux des traits moins favorables entre un juge désorienté et un législateur désordonné<sup>1047</sup>. Néanmoins, un droit de la responsabilité médicale est né, issu de nombreuses solutions jurisprudentielles et construit de manière empirique par le juge civil, lui-même rejoint par le juge administratif.

Le juge a mis son office en pratique afin de donner à ce droit une existence et une structure que le législateur n'a jamais su franchement consolider empilant bon gré mal gré différents régimes juridiques dans le code de la santé publique<sup>1048</sup>.

L'office du juge ne s'est pas limité aux grands principes puisqu'il assure aussi leur concrétisation. La mission est loin d'être simple ; il faut d'abord délimiter les compétences des juges du fond et des cours suprêmes et, en amont, contrôler la bonne marche des mesures préparatoires. Cela impose aussi de composer avec l'acteur indispensable que représente l'expert médical sans délaissier au passage son pouvoir juridictionnel au profit de la science.

En toute hypothèse, c'est bien en droit du dommage corporel que l'office du juge a pu exprimer tout son potentiel et sa diligence au plus près des nécessités sociales. Pourtant, malgré ce rôle d'envergure, l'intervention du juge est aujourd'hui contestée ; son appréciation serait trop circonstanciée, trop aléatoire. On aimerait reléguer le juge à un plus petit théâtre.

Si nul n'ignore que les litiges en dommage corporel sont réglés dans la grande majorité par les transactions, il ne faut pas oublier que ce sont les décisions judiciaires qui orientent l'édifice et qui constituent naturellement des références. C'est la raison pour laquelle, dans ce domaine plus encore, le rôle du juge est à consolider, mais aussi à pérenniser. C'est l'objet de notre deuxième partie.

---

<sup>1046</sup> S. Porchy-Simon, *La réparation du dommage corporel à l'épreuve de l'unification des pratiques*, Gazette du Palais, 24 décembre 2011, n°358, p. 5.

<sup>1047</sup> C. Radé, *Plaidoyer en faveur d'une réforme de la responsabilité civile*, D. 2003, p. 2247.

<sup>1048</sup> V. le dossier présenté par M. Borgetto, *Le code de la santé publique 50 ans après*, RDSS 2008. 407.



## Seconde partie

### LE RÔLE DU JUGE À CONSOLIDER

Le droit médical, tout comme son existence, a longtemps été l'affaire du juge de cassation qui devait dessiner ses contours. Aujourd'hui les juges du droit médical sont principalement les juges du fond ; ils en sont les premiers praticiens puisqu'ils apprécient souverainement le préjudice et ses modalités.

De plus, les acteurs du dommage corporel sont de plus en plus nombreux et c'est au juge d'assurer une harmonisation des principes et des pratiques.

De manière beaucoup plus forte que dans d'autres contentieux, l'approche du juge sera nécessairement circonstanciée (**Titre I**)

Cette approche empirique est souvent remise en cause, tout comme sa liberté d'appréciation. A ce titre, son rôle doit être pérennisé et clarifié pour lui assurer une certaine permanence (**Titre II**).



## Titre I

### L'APPRÉHENSION CIRCONSTANCIÉE DU JUGE

Le droit du dommage corporel est fondamentalement un droit de circonstances. C'est à partir du fait générateur et des différents événements qui l'entourent qu'est déterminé le régime applicable. Le juge doit assurer en premier lieu la dichotomie contemporaine entre le régime pour faute de la responsabilité et le régime assuré par la solidarité nationale<sup>1</sup>. (**chapitre 1**).

Dans les deux cas, la recherche du lien causal, bien que source de difficultés, est fondamentale (**chapitre 2**) pour apprécier les responsabilités de chacun et les suites à donner au litige.

En revanche, le juge n'exerce pas seul son office ; dans ce domaine très technique, tant sur les principes que sur le chiffrage des préjudices, le rôle des avocats est déterminant. En effet, le juge ne statue que sur des préjudices soulevés par les parties. C'est donc aux parties, par l'entremise de leurs avocats, de lui apporter les éléments les plus complets pour que l'office du juge puisse pleinement s'exercer (**chapitre 3**).

---

<sup>1</sup> Pour une réflexion approfondie : J.-M. Pontier, *De la solidarité nationale*, RD publ. 1983. 899.



## Chapitre 1

# LA RECHERCHE D'UN ÉQUILIBRE ENTRE RESPONSABILITÉ ET SOLIDARITÉ

La loi du 4 mars 2002 a renforcé les droits de la personne malade et clarifié en partie le droit de la responsabilité médicale à travers une prescription unique de dix ans à compter de la consolidation du dommage (la notion de consolidation est donc primordiale).

De plus, tout en réaffirmant le principe d'une responsabilité fondée sur la faute, elle a créé un dispositif de règlement amiable et d'indemnisation des victimes d'accidents médicaux, d'affections iatrogènes et d'infections nosocomiales les plus graves.

Ce règlement est assuré par le biais de Commissions de Conciliation et d'Indemnisation des accidents médicaux (CCI) et d'un Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux (ONIAM).

Ainsi est-on passé progressivement de la responsabilité à la solidarité en créant deux systèmes parallèles et complémentaires afin de répondre à une tendance jurisprudentielle plus soucieuse des victimes.

Le législateur est venu porter secours au juge administratif qui, tant bien que mal, a essayé d'indemniser l'aléa thérapeutique<sup>2</sup> dont il ne pouvait maîtriser l'ampleur.

En premier lieu, et à titre introductif, il paraît important de présenter les organismes en cause qui sont, en matière de responsabilité médicale et de solidarité, principalement les CCI puis l'ONIAM.

A certains égards, nous pouvons penser que ces organismes font office d'une juridiction amiable (A).

Dans un second temps, nous analyserons les difficultés pour l'office du juge d'assurer une certaine homogénéité dans la liquidation du préjudice corporel entre les procédures en responsabilité et celles faisant intervenir la solidarité nationale. La difficulté apparaît autant sur le plan sémantique (B) que sur le plan procédural (C).

---

<sup>2</sup> Une idée conceptualisée par les assureurs : M. Germond, *L'indemnisation de l'aléa thérapeutique par les compagnies d'assurances*, in « L'indemnisation de l'aléa thérapeutique », sous la dir. de D. Truchet, Paris, Sirey, 1995, p. 55 s. et défendue par une doctrine éminente : G. Viney, *Pour une loi organisant l'indemnisation des victimes d'accidents médicaux*, Médecine & Droit, n°24, mai-juin 1997, p. 1.

## A / Des CCI à l'ONIAM : un processus quasi juridictionnel inachevé ?

Avant d'aborder l'aspect juridictionnel de ces organismes, il est nécessaire de revenir sur la création et le rôle de ces derniers dans la mesure où ils mettent en œuvre le dispositif amiable d'indemnisation des accidents médicaux.

***Des CCI à l'ONIAM : une procédure parallèle d'indemnisation amiable entre responsabilité et solidarité.*** L'article L.1142-5 du code de la santé publique prévoit que : « dans chaque région, une ou plusieurs commissions de conciliation et d'indemnisation sont chargées de faciliter le règlement amiable des litiges relatifs aux accidents médicaux, aux affections iatrogènes et aux infections nosocomiales ».

Présidées par un magistrat, ces commissions sont composées de membres représentant les usagers, les professionnels de santé, les établissements de santé, des assureurs, l'ONIAM, ainsi que les personnalités qualifiées. Elles se réunissent en moyenne une fois par mois<sup>3</sup>. Les dossiers sont envoyés aux différents pôles interrégionaux<sup>4</sup> ; chaque CCI a une compétence territoriale. Sa saisine est ouverte aux personnes qui s'estiment victimes d'un dommage imputable à une activité de prévention, de diagnostic ou de soins. Elles ne sont pas nécessairement la victime directe ; elles peuvent être son représentant légal, ou, en cas de décès, ses ayants droits.

La CCI est compétente dans le ressort duquel a été effectué l'acte dommageable<sup>5</sup>. La commission siège à la fois en formation de règlement amiable pour les accidents médicaux et en formation de conciliation, éventuellement pour les « autres litiges entre usagers et professionnels de santé (...) et les contestations relatives au respect des droits des malades et des usages du système de santé »<sup>6</sup> (et ce quelle que soit la gravité du préjudice subi pour cette seconde formation).

***Le rôle secondaire de conciliation des CCI.*** En théorie, les CCI ont un rôle de conciliation.

« Dans le cadre de sa mission de conciliation, la commission peut déléguer tout ou partie de ses compétences à un ou plusieurs médiateurs indépendants qui, dans la limite des compétences dévolues, disposent des mêmes prérogatives et sont soumis aux mêmes obligations que les membres de la

---

<sup>3</sup> <http://www.oniam.fr/indemnisation-accidents-medicaux/partenaires>

<sup>4</sup> Bagnolet (Ile-de-France), Bagnolet-Ouest (Basse-Normandie, Bretagne, Haute-Normandie, Pays-de-la-Loire, La Réunion), Bagnolet-Nord (Centre, Nord-Pas-De-Calais, Picardie), Bordeaux (Aquitaine, Limousin, Midi-Pyrénées, Poitou-Charentes), Lyon (Auvergne, Bourgogne, Rhône-Alpes), Lyon-Sud (Corse, Languedoc-Roussillon, Provence-Alpes-Côte d'Azur), Nancy (Alsace, Champagne-Ardenne, Franche-Comté, Lorraine, Guadeloupe-Martinique, Guyane).

<sup>5</sup> Article L. 1142-7 du CSP.

<sup>6</sup> Articles L. 1114-4 et L. 1142-5 du CSP.

commission »<sup>7</sup>. Néanmoins, cette procédure de conciliation n'est presque jamais utilisée (moins d'une vingtaine par an)<sup>8</sup>.

On pourrait sur ce point songer à renforcer la conciliation et lui donner une place prépondérante comme c'est le cas dans les procédures disciplinaires<sup>9</sup> où elle constitue un préalable obligatoire avant que la plainte soit transmise à la chambre disciplinaire de première instance<sup>10</sup>.

***Le rôle prépondérant de la procédure amiable des CCI.*** Il en résulte que la procédure devant la CCI est presque exclusivement amiable.

Avant toute chose, la CCI procède à une instruction préalable qui permet à la commission de demander aux victimes de compléter leur dossier, lequel est souvent incomplet<sup>11</sup>. Il faut en général trois mois entre la date du premier enregistrement et la constitution d'un dossier complet<sup>12</sup>.

***Le premier filtre des CCI : la recevabilité de la demande.*** La CCI doit, avant de rendre son avis sur le fond de l'affaire, évaluer la recevabilité de la demande en fonction des critères de gravité imposés par la législation<sup>13</sup>. On retrouve ces critères dans les décrets n°2003-314 du 4 avril 2003 et n°2011-76 du 19 janvier 2011 repris à l'article D. 1142-1 du CSP.

La commission doit donc se prononcer au préalable sur la recevabilité d'une demande d'indemnisation en fonction notamment du taux d'atteinte permanente à l'intégrité physique ou psychique sans même qu'une expertise soit diligentée (sauf lorsqu'il s'agit d'un dommage résultant d'une recherche biomédicale). La demande peut être aussi préalablement soumise pour observation à un expert<sup>14</sup>, bien que cela ne soit quasiment jamais le cas<sup>15</sup>.

L'analyse est faite sur pièces sur la base des documents et pièces justificatives joints par la victime à l'appui de sa demande. On peut supposer que ce sont les médecins membres de la commission qui peuvent, de manière informelle, donner un avis sur la recevabilité des demandes.

---

<sup>7</sup> Article L. 1142-5 al. 4 du CSP.

<sup>8</sup> Y. Lambert-Faivre, S. Porchy-Simon, *Droit du dommage corporel : systèmes d'indemnisation*, 7<sup>e</sup> éd, Paris, Dalloz, 944 p, p. 660.

<sup>9</sup> M. Douniaux, *La conciliation dans le contentieux disciplinaires des professions médicales*, Bordeaux, Les Etudes Hospitalières, 2013, Mémoires numériques de la BNDS.

<sup>10</sup> Article L. 4123-2 du CSP.

<sup>11</sup> Rapport CNAMED 2013, <http://social-sante.gouv.fr/IMG/pdf/CNAMed2013.pdf>, p. 19.

<sup>12</sup> Ibid.

<sup>13</sup> Article R. 1142-8 du CSP.

<sup>14</sup> Article R. 1142-14 du CSP.

<sup>15</sup> « Sur les 4577 dossiers traités cette année, seuls 0,4 % (soit 20 dossiers) ont été soumis aux observations préalables d'un expert (article R.1142-14 CSP). À ce stade, la plupart des pôles ont en revanche régulièrement recours à un médecin vacataire expérimenté, conformément à la proposition d'harmonisation faite par la CNAMED (cf. rapport 2006-2007, § II.2 p 61 et § III.3 p 88) ». Rapport CNAMED 2013, <http://social-sante.gouv.fr/IMG/pdf/CNAMed2013.pdf>, p. 20.

A ce sujet, il convient que la demande de la victime soit bien documentée et agrémentée d'attestations de professionnels de santé. Sur les 4 577 demandes d'indemnisation en 2013, 1550 ont été rejetées sans expertise au fond (34% du total des demandes), du fait que le seuil de gravité n'est manifestement pas atteint (62%), d'une absence évidente de lien de causalité (11%), d'un abandon ou d'un désistement (9.5%), d'un défaut de production de pièces indispensables (9.2%) et 3027 ont été accueillies avec une désignation d'experts (66% du total des demandes)<sup>16</sup>.

Lorsque le seuil de gravité n'est pas atteint, elle se déclare incompétente, sans diligenter d'expertise, et en informe les parties<sup>17</sup>. De telles exigences de gravité sont régulièrement dénoncées par une doctrine influente<sup>18</sup> d'autant que les conclusions négatives sans expertise sont en forte augmentation<sup>19</sup>. Ces dernières n'ont pas été réduites ou modifiées depuis. Aussi, bon nombre de victimes ne peuvent avoir accès à cette procédure.

**L'expertise devant les CCI.** Une fois que le dossier a passé le filtre de la recevabilité, une expertise gratuite est diligentée<sup>20</sup> ; le coût est supporté par l'ONIAM qui sera remboursé le cas échéant par l'assureur du professionnel.

La loi fait état en principe d'un collège d'experts, indépendants des parties<sup>21</sup> et inscrits sur la liste nationale des experts en accidents médicaux<sup>22</sup>. « Elle peut toutefois, lorsqu'elle l'estime suffisant, désigner un seul expert choisi sur la même liste »<sup>23</sup>.

On peut regretter que la tendance ait été inversée de sorte que les expertises collégiales représentent désormais moins de la moitié des expertises diligentées (malgré une relative progression de la collégialité<sup>24</sup>) dans un souci de rapidité<sup>25</sup>, tout cela sur fond de fortes disparités régionales<sup>26</sup>.

---

<sup>16</sup> Ibid. p. 20. Il y a plus de dossiers comptabilisés car certains d'entre eux sont à cheval sur plusieurs années.

<sup>17</sup> Article R. 1142-15 du code de la santé publique.

<sup>18</sup> Y. Lambert-Faivre, S. Porchy-Simon, *Droit du dommage corporel : systèmes d'indemnisation*, 7<sup>e</sup> éd, Paris, Dalloz, 944, p. 662 : « Tout cela est peu cohérent : l'existence de ce seuil de gravité élimine de facto une part importante des victimes, que la CRCI ne pourra renvoyer qu'à la conciliation... ou aux procédures de droit commun ».

<sup>19</sup> Rapport CNAMED 2013, <http://social-sante.gouv.fr/IMG/pdf/CNAMed2013.pdf>, p. 26, +25%.

<sup>20</sup> Article L. 1142-12 du CSP : « la commission régionale désigne aux fins d'expertise un collège d'experts choisis sur la liste nationale des experts en accidents médicaux, en s'assurant que ces experts remplissent toutes les conditions propres à garantir leur indépendance vis-à-vis des parties en présence. Elle peut toutefois, lorsqu'elle l'estime suffisant, désigner un seul expert choisi sur la même liste ».

<sup>21</sup> En ce sens, on peut saluer le fait que les Présidents de commission tiennent à choisir des experts éloignés géographiquement du lieu où les faits se sont produits : « La loi n'impose pas que l'expert choisi exerce dans un autre lieu que celui où les faits reprochés se sont produits. Mais, dès l'origine, les présidents des CCI ont eu le souci de désigner des experts éloignés géographiquement de ce lieu, car ils y voient un gage d'indépendance. Cette pratique continue d'être observée ». Rapport CNAMED 2013, <http://social-sante.gouv.fr/IMG/pdf/CNAMed2013.pdf>, p. 23.

<sup>22</sup> Article L. 1142-12 du CSP.

<sup>23</sup> Ibid.

<sup>24</sup> Rapport CNAMED 2013, <http://social-sante.gouv.fr/IMG/pdf/CNAMed2013.pdf>, p. 22.

<sup>25</sup> Y. Lambert-Faivre, S. Porchy-Simon, *Droit du dommage corporel : systèmes d'indemnisation*, op. cité, p. 663.

<sup>26</sup> « De 25% d'expertises collégiales à Lyon jusqu'à plus de 60% à Bordeaux ou Nancy ». *ibid.*

La loi rappelle enfin que « le collège d'experts ou l'expert s'assure du caractère contradictoire des opérations d'expertise, qui se déroulent en présence des parties ou celles-ci dûment appelées. (...) Il peut prendre l'initiative de recueillir l'avis d'un autre professionnel »<sup>27</sup>. Comme devant les juridictions, les disciplines les plus sollicitées sont chirurgicales et associées à l'orthopédie, la gynécologie-obstétrique et l'anesthésie-réanimation<sup>28</sup>.

L'expert doit rendre son rapport dans un délai de trois mois s'il est unique, quatre mois en cas de collège d'experts. Seulement, le délai moyen de l'expertise est de 4.9 mois, sans grande variation d'un pôle à l'autre<sup>29</sup>.

**Les CCI rendent des avis.** Les conclusions de l'expertise permettent à la commission de rendre un « avis sur les circonstances, les causes, la nature et l'étendue des dommages, ainsi que sur le régime applicable », étant précisé que « l'avis de la commission régionale est émis dans un délai de six mois à compter de sa saisine »<sup>30</sup>.

L'avis peut rejeter la demande de la victime (56% des dossiers), pour absence de lien de causalité (38%), de gravité suffisante des dommages (31%), de faute ou d'aléa (29%) ou il peut déterminer un cas de responsabilité et orienter le demandeur vers l'assureur du professionnel de santé mis en cause afin que ce dernier lui fasse une offre d'indemnisation dans un délai de quatre mois<sup>31</sup> (44% des dossiers<sup>32</sup>).

Les critères de gravité, quand ils sont attestés, découlent en pourcentage d'un déficit fonctionnel temporaire supérieur ou égal à 50% de plus de six mois (47%), d'un décès (24%) ou d'un taux d'AIPP supérieur à 24% (18%)<sup>33</sup>.

Dans 71% des cas, l'indemnisation proposée est totale ; elle est partielle dans 15% des cas du fait d'une perte de chance et dans 5% des cas du fait d'un état antérieur, et pour les deux dans 2% des cas<sup>34</sup>. La moyenne de remise d'un avis par la commission à partir de la réception du dossier s'approche désormais des 12 mois<sup>35</sup>.

---

<sup>27</sup> Article L. 1142-12 du CSP.

<sup>28</sup> « Globalement, 60 % des experts relèvent de disciplines chirurgicales, associées à la gynécologie-obstétrique et à l'anesthésie-réanimation ; cette proportion était identique les quatre années précédentes, 58 %, 60 % et 61 % les trois années antérieures. La discipline chirurgicale la plus sollicitée est la chirurgie orthopédique et traumatologique, la discipline médicale la plus sollicitée concerne les maladies infectieuses ». Rapport CNAMED 2013, <http://social-sante.gouv.fr/IMG/pdf/CNAMed2013.pdf>, p. 24.

<sup>29</sup> Rapport CNAMED 2013, <http://social-sante.gouv.fr/IMG/pdf/CNAMed2013.pdf>, p. 24.

<sup>30</sup> Article L. 1142-8 du CSP.

<sup>31</sup> L'offre doit contenir l'évaluation retenue et le montant des indemnités pour chaque chef de préjudice en déduction faite des prestations ouvrant droit à un recours des tiers payeurs. Si une rente est prévue, elle doit être revalorisée par application du coefficient annuel dans les conditions prévues à l'article L.351-11 du code de la sécurité sociale.

<sup>32</sup> Rapport CNAMED 2013, <http://social-sante.gouv.fr/IMG/pdf/CNAMed2013.pdf>, p. 25.

<sup>33</sup> Ibid. pp. 26-27.

<sup>34</sup> Ibid. p. 27.

<sup>35</sup> <http://www.oniam.fr/indemnisation-accidents-medicaux/partenaires>

***Une délimitation nécessaire entre responsabilité et solidarité.*** Parmi les avis estimant qu'il y a lieu de proposer une indemnisation, la moitié soutient que le dommage engage la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé<sup>36</sup> et l'autre moitié considère que le dommage est indemnisable au titre de la solidarité nationale<sup>37</sup>. Seuls 4% des dossiers donnent lieu à un partage entre responsabilité et solidarité<sup>38</sup>. Le pourcentage est aussi faible pour les dossiers ayant donné lieu à une réouverture (moins de 8%<sup>39</sup>) du fait d'une consolidation de l'état de santé (59%), d'une aggravation de celui-ci (17%) ou de la communication d'un fait nouveau (24%)<sup>40</sup>.

Si la responsabilité des professionnels ou des établissements de santé est retenue, leur assureur doit envoyer à la victime une proposition d'indemnisation dans un délai de quatre mois. Au-delà de ce délai, la victime peut demander à l'ONIAM de se substituer à l'assureur. L'office dispose alors d'un délai de quatre mois pour avancer une offre ou adresser un refus.

***Des avis qui ne peuvent faire l'objet de recours.*** Il n'y a pas de recours possible contre l'avis des CCI. Le Conseil d'Etat, dans un avis du 10 octobre 2007, a affirmé que l'avis des CCI n'est qu'une mesure préparatoire destinée à faciliter le règlement amiable des litiges, et ne saurait faire grief. Il est donc insusceptible de tout recours, et ne lie corrélativement pas l'ONIAM, dernier point sur lequel la Cour de cassation s'est ralliée à la position du Conseil d'Etat par un arrêt du 6 mai 2010<sup>41</sup>.

Reste que la victime peut, en principe, de manière concomitante ou successivement, solliciter l'indemnisation auprès d'une CCI ou d'une juridiction. L'article L.1142-7 du code de la santé publique lui impose d'informer les CCI et les juges de la saisine de l'une ou de l'autre voie. De cette manière, la CCI peut surseoir à statuer dans l'attente de la décision bien qu'aucune disposition ne le lui impose.

***La complémentarité avec l'ONIAM.*** L'Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux intervient lui aussi au nom de la solidarité nationale ; il évalue et chiffre les préjudices présentés par les victimes sur la base de justificatifs (pour ce faire, il s'appuie sur son référentiel national d'indemnisation).

L'offre est adressée sous quatre mois sous la forme de deux exemplaires originaux d'un protocole transactionnel ; elle peut être partielle dans l'attente d'une offre complémentaire. Si l'offre est acceptée, tant à titre partiel ou provisionnel, l'ONIAM est subrogé dans les droits de la victime et peut exercer un recours contre le responsable. En cas de refus de cette offre, la victime peut agir en justice contre l'Office devant la juridiction compétente en fonction du lieu de réalisation de l'acte médical.

---

<sup>36</sup> Les assureurs au titre de l'article L. 1142-14 du CSP.

<sup>37</sup> L'ONIAM au titre de l'article L. 1142-1, II du CSP.

<sup>38</sup> Rapport CNAMED 2013, <http://social-sante.gouv.fr/IMG/pdf/CNAMed2013.pdf>, p. 27.

<sup>39</sup> A peine 323 dossiers sur plus de 4 000, *ibid.* p. 30.

<sup>40</sup> *Ibid.* p. 30.

<sup>41</sup> Y. Lambert-Faivre, S. Porchy-Simon, *Droit du dommage corporel : systèmes d'indemnisation*, op. cité, p. 666 ; v. CE, avis, 10 octobre 2007, n°306590.

On retrouve ainsi un système pyramidal assez proche du système juridictionnel avec des commissions régionales, puis un office national. De toute évidence, la solidarité a été de plus en plus sollicitée et, comme le remarque un magistrat, elle a « toujours eu une ambition peut-être plus large que la responsabilité ». Autrement dit, plus « s'étend la sphère d'intervention des fonds d'indemnisation, plus les victimes recherchent un responsable »<sup>42</sup>.

**Les multiples visages de l'ONIAM.** C'est dire si l'ONIAM est un « établissement à multiples facettes »<sup>43</sup>. Il peut être directement saisi pour des procédures spécifiques dont la responsabilité devrait découler parfois d'acteurs privés. Le phénomène conduit à rendre ses missions de plus en plus inintelligibles<sup>44</sup> et à alourdir un code de la santé publique appesanti par les procédures parallèles.

L'office est directement chargé, depuis la loi du 30 décembre 2002<sup>45</sup>, de l'indemnisation des victimes de préjudices résultant d'un traitement par l'hormone de croissance extractive entre 1973 et 1988. Il doit aussi réparer depuis la loi du 4 mars 2002, les préjudices directement imputables à une vaccination obligatoire<sup>46</sup>.

En outre, l'office est chargé depuis la loi du 9 août 2004<sup>47</sup>, de l'indemnisation des victimes de préjudices résultant d'une contamination par le VIH à la suite de transfusions de produits sanguins, d'injections de produits dérivés du sang ainsi que des dommages directement imputables à une activité de prévention, de diagnostic ou de soins réalisée en application de mesures d'urgence liées à une menace sanitaire grave. Plus récemment, la loi du 29 juillet 2011<sup>48</sup> a mis en place un dispositif spécifique pour l'instruction des demandes d'indemnisation concernant les préjudices imputables au benfluorex géré directement par l'ONIAM.

Le fait que les dommages soient liés au traitement par l'hormone de croissance extractive, à une vaccination obligatoire, à l'application des mesures d'urgence liées à une menace sanitaire grave, n'exclut nullement pour la victime le recours à des actions exercées conformément au droit commun devant les juridictions compétentes<sup>49</sup>.

A l'inverse, la victime d'une contamination par le VIH à la suite d'une transfusion de produits sanguins ne dispose que d'un droit d'action dans un délai de deux mois contre l'ONIAM (exclusivement devant la cour d'appel de Paris) si sa demande d'indemnisation a été rejetée ou si la victime a refusé l'offre<sup>50</sup>.

---

<sup>42</sup> A. Franck, *Quelle place pour la solidarité nationale ?* RDSS 2015, p. 68.

<sup>43</sup> O. Gout, *L'ONIAM, un établissement à multiples facettes*, Gazette du Palais, 16 juin 2012, n°168, p. 37.

<sup>44</sup> Pour une critique appuyée du phénomène : S. Hocquet-Berg, *La solidarité nationale réduite à peau de chagrin*, Resp. civ & Ass, n°2, février 2015, étude 2.

<sup>45</sup> Article premier de la loi n°2002-1577 du 30 décembre 2002 relative à la responsabilité civile médicale.

<sup>46</sup>V. Décret n°2005-1768 du 30 décembre 2005.

<sup>47</sup> Loi n°2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique.

<sup>48</sup> Loi n°2011-900 du 29 juillet 2011 de finances rectificative pour 2011.

<sup>49</sup> Article L. 3111-9 du CSP.

<sup>50</sup> Article L. 3122-3 du CSP

Finalement, les compétences de l'ONIAM sont circonscrites mais elles dépendent de la solidarité nationale ; notion pour le moins extensive. Par ailleurs, la victime peut aussi saisir la juridiction compétente lorsque son recours devant une CCI ou l'ONIAM a été déclaré irrecevable ou rejeté, ou que l'offre a été refusée.

A côté des CCI et de l'ONIAM s'ajoutent de nombreux fonds de garantie qui ont pour mission l'indemnisation des victimes au titre de la solidarité nationale comme le **Fonds de Garantie des Assurances Obligatoires de dommages (FGAO)** pour les accidents de la circulation principalement, le **Fonds de Garantie des victimes des actes de Terrorisme et d'autres Infractions (FGTI)** en lien, en matière d'infractions, avec les **Commissions d'Indemnisation des Victimes (CIVI)** qui lui transmettent les dossiers) pour les victimes d'actes de terrorisme et d'infractions pénales ou encore le **Fonds d'Indemnisation des Victimes de l'Amiante (FIVA)**<sup>51</sup>.

Tous ces organismes ont une procédure de saisie particulière assez proche de celle devant les CCI.

***La solidarité nationale ou l'essor de la théorie de la garantie.*** On se souvient que le Professeur Starck avait défendu un droit subjectif à la sécurité dans sa théorie de la garantie<sup>52</sup>. Il faisait de la victime la pierre angulaire en droit de la responsabilité car elle jouit d'un droit individuel à la sécurité dont toute violation est source d'injustice.

Solidarité nationale, assurance et fonds de garantie procèdent aujourd'hui de cette pensée depuis la loi importante de 1985 sur les accidents de la circulation pour les victimes non conductrices.

La réparation s'est peu à peu affranchie du fait générateur classique de la responsabilité civile au profit de la théorie du risque. Des fonds d'indemnisation ont été créés de manière subsidiaire<sup>53</sup> à la responsabilité afin d'offrir des procédures parallèles spécifiques. Ce choix d'indemnisation par des fonds diffère beaucoup d'un pays à un autre<sup>54</sup>.

***La multiplication des fonds de garantie.*** En France, le plus ancien fonds est le fonds de garantie automobile, créé en 1951 et devenu le fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages (FGAO). Ces fonds sont hétérogènes et c'est au juge civil de statuer sur la compétence de chacun d'eux.

---

<sup>51</sup> On peut trouver cet article très complet : R. Beauvois, *Les règles appliquées par le FIVA et le droit commun*, Gazette du Palais, 19 avril 2008, n°110, p. 48.

<sup>52</sup> Starck, Roland et Boyer, *Droit civil*, Obligations, t. 1, Responsabilité délictuelle, 5<sup>e</sup> éd., Paris, 1996, Litec.

<sup>53</sup> CE, 6 mars 2015, n° 368010 : la réparation du dommage par la solidarité nationale revêt « un caractère subsidiaire par rapport à l'indemnisation due par l'établissement de santé responsable au titre de la perte de chance [...] ; que l'ONIAM assume uniquement, le cas échéant, la part de l'indemnité demandée qui excède l'obligation de l'établissement ».

<sup>54</sup> Par exemple, « au Québec, le choix de ne pas instaurer de fonds étatique d'indemnisation des aléas thérapeutiques s'inscrit dans un contexte juridique et médical différent. Il peut s'expliquer par la grande tradition civiliste d'Amérique du Nord, une organisation judiciaire propre à un Etat fédéral et un courant jurisprudentiel plus favorable aux professionnels de santé ». G. Barth, *L'indemnisation des victimes d'accidents médicaux en France et au Québec : étude de droit comparé*, Bordeaux, Les Etudes Hospitalières, Mémoires Numériques de la BNDS, janvier 2015, 102 p, p. 88.

Par exemple, sur la compétence du FGAO (qui exclut celle de la CIVI<sup>55</sup>). Du reste, les modalités de la réparation sont assez similaires à celles devant les juridictions. On retrouve une liquidation des postes de préjudice poste par poste avec, le cas échéant, un recours subrogatoire des tiers payeurs<sup>56</sup> en se plaçant au jour du jugement pour distinguer les arrérages échus de la rente et le capital des arrérages à échoir<sup>57</sup>. C'est ainsi que les juridictions suprêmes contrôlent la bonne application des principes de l'indemnisation du préjudice corporel par les fonds de garantie, en matière de préjudices patrimoniaux par exemple<sup>58</sup>.

En matière de lien causal, la Cour de cassation analyse s'il existe un lien de causalité entre le préjudice et le contact à l'amiante pour le FIVA<sup>59</sup>. Les fonds doivent respecter le principe de la réparation intégrale<sup>60</sup>. En principe, les éventuelles indemnités chômage ne sont pas déductibles du recours des tiers payeurs<sup>61</sup>.

***Un paysage procédural abscons et inégal.*** La cohérence dans ce fatras de procédures est bien fragile car les règles qui gouvernent les différents fonds ne sont pas similaires.

La Cour de cassation concède dans son rapport annuel de 2011 dédié au risque que « les textes conduisent ainsi à une inégalité entre les victimes, qui se retrouve dans la jurisprudence, selon qu'elles relèvent du droit commun ou qu'elles sont éligibles à un fonds d'indemnisation, les plus défavorisées étant paradoxalement celles qui peuvent solliciter un fonds d'indemnisation »<sup>62</sup>.

Les indemnisations ainsi proposées sont souvent issues d'un référentiel comme le préconise l'ONIAM ; une logique automatique qui ne procède pas d'une véritable recherche d'individualisation des préjudices. Cette méthode induit des sommes largement inférieures à celles évaluées par les juridictions. Les problématiques ont été maintes fois évoquées par les avocats. Ils défendent l'idée que l'existence de ces fonds peut entraîner à terme un droit spécifique de l'indemnisation. A l'inverse, les garanties procédurales que l'on retrouve dans les procédures juridictionnelles n'ont pas la même intensité devant ces procédures parallèles<sup>63</sup>.

---

<sup>55</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 3 mars 2011, pourvoi n°09-70.680

<sup>56</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 17 décembre 2009, pourvoi n° 09-10.644 ; pour l'ONIAM : Cass. 2<sup>e</sup> civ., 10 juillet 2008, pourvoi n° 07-17.424, Bull. 2008, II, n° 186 ; le FGAO : Cass. 2<sup>e</sup> civ., 17 septembre 2009, pourvoi n° 08-16.520 ; FGTI : 22 janvier 2009, pourvoi n° 07-16.974, Bull. 2009, II, n° 25.

<sup>57</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 8 mars 2006, pourvoi n° 05-14.844.

<sup>58</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 25 juin 2015, 14-21.972.

<sup>59</sup> La Cour de cassation a précisé que le lien de causalité entre l'exposition à l'amiante et la maladie était irréfragable (Cass. 2<sup>e</sup> civ., 21 décembre 2006, pourvoi n° 06-13.056, Bull. 2006, II, n° 367) mais qu'il est simplement présumé en cas de décès (Cass. 2<sup>e</sup> civ. 25 octobre 2007, pourvoi n° 06-21.392, Bull. 2007, II, n° 242)

<sup>60</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 3 juin 2010, pourvoi n° 09-67.357, Bull. 2010, II, n° 105.

<sup>61</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 12 juin 2014, n°13-18.459.

<sup>62</sup>[https://www.courdecassation.fr/publications\\_26/rapport\\_annuel\\_36/rapport\\_2011\\_4212/troisieme\\_partie\\_etude\\_risque\\_4213/charge\\_risque\\_4247/repartition\\_charge\\_4254/chapitre\\_1\\_fonds\\_indemnisation\\_22813.html](https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2011_4212/troisieme_partie_etude_risque_4213/charge_risque_4247/repartition_charge_4254/chapitre_1_fonds_indemnisation_22813.html)

<sup>63</sup> B. Heurton, *Pour un droit commun de l'indemnisation du dommage corporel*, L'indemnisation du dommage corporel : une réparation à géométrie variable, Gazette du Palais, 19 avril 2008 n° 110, p. 52.

Si ce droit particulier existe, son accès est d'autant plus délicat que les victimes sont rarement accompagnés par un conseil juridique (notamment devant les CCI) alors que l'aide juridictionnelle est possible devant la CIVI. On ne la retrouve pas devant le FIVA alors qu'elle peut être sollicitée en cas de contestation de l'offre du FIVA devant la Cour d'appel. Il est possible que, du fait de cette complexité globale, il existe un risque systémique important que ces procédures initialement calquées sur un modèle amiable se judiciarisent.

On aurait pu penser à un fonds national d'indemnisation du dommage corporel ouvert à des préjudices particuliers avec des sections différentes selon chaque atteinte.

L'établissement d'un fonds unique aurait pu permettre une uniformisation des pratiques, tant sur la procédure que sur le chiffrage du préjudice, et assurer au fond une meilleure visibilité. Cette simplification serait bénéfique pour les professionnels du droit, les victimes et les magistrats chargés d'assurer l'équilibre général de procédures éparses.

On ne peut raisonnablement se satisfaire d'un ensemble bigarré de procédures spéciales.

C'est dire ici combien l'office du juge est primordial pour assurer un équilibre entre le principe de responsabilité et la solidarité<sup>64</sup>. C'est le juge civil et le juge administratif qui assurent l'harmonie générale et la cohérence d'ensemble de ces différentes voies d'indemnisation des accidents médicaux.

Ces autres fonds ne concernent pas la responsabilité médicale à proprement parler mais le dommage corporel dans sa globalité. Ainsi, nous nous pencherons plus précisément sur les problématiques que posent la procédure parallèle d'indemnisation amiable incarnée par les CCI et l'ONIAM.

Désormais, nous savons que l'absence de responsabilité ne s'oppose pas à une indemnisation.

***La reprise de la dualité faute/aléa thérapeutique par la loi.*** L'article L.1142-II du code de la santé publique dont l'exhaustivité alourdit la formulation, distingue bien le régime de la faute de celui de l'aléa thérapeutique. La solidarité nationale n'a pas vocation à être généralisée puisqu'elle ne concerne que les cas les plus graves.

C'est ainsi que l'article D. 1142-1 du code de la santé publique spécifie que : « le pourcentage mentionné au dernier alinéa de l'article L. 1142-1 est fixé à 24 %. Présente également le caractère de gravité mentionné au II de l'article L. 1142-1 un accident médical, une affection iatrogène ou une infection nosocomiale ayant entraîné, pendant une durée au moins égale à six mois consécutifs ou à six mois non consécutifs sur une période de douze mois, un arrêt temporaire des activités professionnelles ou des

---

<sup>64</sup> V. A. Guégan-Lécuyer, *Articulation responsabilité/solidarité nationale*, Gazette du Palais, 14 et 15 janvier 2015, n°14-15, p. 16 sous Cass. 1<sup>re</sup> civ, 18 décembre 2014, n° 13-210.19, CE, 28 novembre 2014, n° 366154.

gènes temporaires constitutives d'un déficit fonctionnel temporaire supérieur ou égal à un taux de 50 % ».

**Une solidarité nationale de plus en plus large.** Les assureurs attendaient un transfert de la charge indemnitaire résultant des conséquences dommageables les plus graves des infections nosocomiales vers la solidarité nationale. Le basculement a été rendu possible par la loi About du 30 décembre 2002<sup>65</sup>. Les juridictions suprêmes ont précisé que l'ONIAM devait assurer la réparation des dommages résultant des infections nosocomiales de manière automatique lorsqu'elles ont entraîné un taux d'incapacité permanente supérieur à 25% ou le décès du patient indépendamment de la responsabilité de l'établissement de santé tout en laissant l'office libre d'exercer une action récursoire contre l'établissement<sup>66</sup>.

Pour mener à bien cette indemnisation, la loi du 4 mars 2002 a donc créé de nouveaux organismes et procédures afin d'apaiser les conflits et de les régler au besoin par la conciliation. Une telle ambition ne tombe pas sous le coup de l'évidence. En effet, la France est, avec la Belgique et la Nouvelle-Zélande, voire la Finlande<sup>67</sup>, l'un des rares pays au monde à indemniser les victimes d'accidents médicaux non fautifs.

**Responsabilité et solidarité : un agencement délicat.** L'établissement d'un système subsidiaire, même s'il paraît source de progrès pour les victimes d'accidents médicaux, n'est pas sans poser des problèmes épineux pour l'office du juge<sup>68</sup>. Rien ne s'oppose à une indemnisation au titre de la solidarité et de la responsabilité, qui plus est en matière de défaut d'information<sup>69</sup>. Une telle position implique que la solidarité nationale soit aussi complémentaire. Ce processus amiable est-il pour autant juridictionnel ?

Les compétences des CCI laissent entrevoir un pouvoir décisionnel. Elles sont en apparence des juges (a). Néanmoins, leur office est limité et il est bien délicat de leur attribuer un statut de juridiction (b). Quant à l'ONIAM, lié organiquement et matériellement aux CCI, sa nature est ambivalente (c).

---

<sup>65</sup> Loi n°2002-1577 du 30 décembre 2002 relative à la responsabilité médicale.

<sup>66</sup> CE, 21 mars 2011, *Centre hospitalier de Saintes*, n°334501.

<sup>67</sup> F. Langrognet, *L'errance diagnostique du juge administratif : l'anormalité au sens de l'article L. 1142-1 du code de la santé publique*, R DFA, 2012, p. 319, note 71 : « Le régime de compensation finlandais, articulé autour de la loi sur les accidents des patients entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 1987 et modifiée en 1999 et 2005, prévoit, dans l'hypothèse où les soins n'auraient pas pu être mieux ou autrement dispensés par un médecin expérimenté, une indemnisation des seuls accidents déraisonnables ».

<sup>68</sup> C. Bourgeonnier, *L'indemnisation des victimes activités médicales publiques : de la responsabilité à la solidarité*, RDSS 2015, p. 60 : « Outre le fait que le dommage peut s'inscrire dans un cadre complexe soulevant de difficiles problèmes de causalité ou que ce qui peut passer pour un aléa dans certains cas peut être tenu pour une faute dans d'autres, se sont posées notamment les questions de savoir si les experts n'auraient pas tendance à diriger leurs conclusions plutôt vers l'un des régimes et aussi et surtout si les juges ainsi que l'ONIAM n'auraient pas la tentation d'orienter vers la solidarité certaines affaires semblant relever plutôt des règles de la responsabilité. *A priori*, il semblerait que non. Par ailleurs, la mise en évidence initiale de la subsidiarité de la solidarité au regard de la responsabilité a plutôt relégué à l'arrière-plan la question des rapports entre celles-ci dans les cas où un dommage est provoqué tout à la fois par une faute et par un accident médical non fautif ».

<sup>69</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 11 mars 2010, n°09-11.207, D. 2010. 1119, note M. Bacache.

#### a) Les CCI : un juge apparent

Il est clair que ce ne sont pas des juridictions stricto sensu, ce sont des organismes consultatifs qui émettent des avis et non des décisions de justice. Elles ne correspondent donc pas à la définition traditionnelle d'une juridiction comme « un organe de l'ordre judiciaire ou administratif chargé de juger ou l'ensemble des tribunaux de même ordre (...) »<sup>70</sup>.

La composition d'une CCI illustre cette nature : elle est présidée par un magistrat, en activité ou honoraire de l'ordre judiciaire ou administratif, entouré de personnes qualifiées (la place des juristes y est minoritaire).

Elles ont toutefois été instituées pour faciliter ce contentieux. On peut donc naturellement penser qu'elles doivent remplir un office. Le Professeur Gérard Mémeteau rappelle que « la loi fait des CRCI les instances principales du système d'indemnisation des victimes d'accidents médicaux, sans en exclure les tribunaux civils et administratifs cependant »<sup>71</sup>.

A cette fin, il y a effectivement une procédure devant la CCI ; elle ressemble peu ou prou à une procédure devant une juridiction avec ses propres délais. Elle implique une demande initiale avec des critères de recevabilité sur pièces, une expertise contradictoire (avec des experts inscrits sur une liste gérée par la CNAMed comme pour une juridiction) et un avis. La place de l'expert est donc centrale et la commission doit aussi déterminer ce qui relève de la faute ou de l'aléa thérapeutique.

Le fait que sa saisine soit gratuite, en théorie rapide et qu'elle ne nécessite pas la présence d'un avocat, indique la volonté du législateur de favoriser et de généraliser ce type de saisine. Les CCI sont donc appelées à remplir l'office du juge. Leurs avis ont des effets juridiques sur la liquidation du préjudice corporel.

En fin de compte, elles disent le droit car elles font partie intégrante du système d'indemnisation des accidents médicaux. On peut leur accorder au moins une fonction juridictionnelle puisqu'elles affirment, à l'occasion d'un litige, quelle règle de droit trouve à s'appliquer dans les circonstances concrètes du cas d'espèce qui lui est soumis. Le latin *juris-dictio* renvoie d'ailleurs littéralement à l'acte de dire le droit.

Elles sont d'autant plus importantes que le volet conciliation a été, comme nous l'avons vu, un échec. Son rôle prépondérant est de régler de manière amiable les accidents médicaux. Les CCI sont pourtant encore éloignées d'une juridiction.

---

<sup>70</sup> C. Puigelier, *Dictionnaire juridique*, 2<sup>e</sup> éd, Bruxelles, Bruyant, Paradigme, 2017, n°3226.

<sup>71</sup> G. Mémeteau, *Cours de droit médical*, 4<sup>e</sup> éd, Bordeaux, Les Etudes Hospitalières, 2010, p. 576.

## b) Les CCI : Un office limité

Les CCI ne peuvent pas remplir sereinement leur office pour plusieurs raisons :

La première raison est due à l'existence des critères de gravité établis pour avoir accès à ces commissions. Ces critères de gravité ont été calqués sur la réparation par l'ONIAM de l'aléa thérapeutique. Pourtant, les CCI ont été créées pour prononcer un avis, tant sur les aléas thérapeutiques que les accidents fautifs. Dès lors, « l'existence de ce seuil de gravité élimine de facto une part importante des victimes, que la CRCI ne pourra renvoyer qu'à la conciliation... ou aux procédures de droit commun »<sup>72</sup>.

Un autre argument réside dans le constat de fortes disparités entre les CCI : sur la collégialité de l'expertise par exemple, censée être la norme (Article L. 1142-12 du CSP) : « de 25% d'expertises collégiales à Lyon jusqu'à plus de 60% à Bordeaux ou Nancy »<sup>73</sup>. On observe aussi un défaut d'unité concernant l'utilisation des postes de préjudice et sur les règles de fonctionnement des commissions<sup>74</sup>.

Enfin, et cette raison est déterminante, l'avis administratif rendu n'est qu'une étape dans le processus de règlement amiable et ne vaut pas décision. Plus précisément, l'avis n'est pas susceptible de recours car c'est une mesure préparatoire destinée à faciliter le règlement amiable des litiges, et ne saurait alors faire grief. Par conséquent, des auteurs estiment que « la commission régionale n'apparaît en rien de nature juridictionnelle »<sup>75</sup>.

Ce constat est difficilement critiquable sur le plan théorique. A l'inverse, sur le plan pratique, quand la CCI renvoie la victime vers un assureur chargé de lui faire une offre d'indemnisation dans un délai de quatre mois ou lorsqu'elle la dirige vers l'ONIAM (qui doit également faire une offre d'indemnisation à la victime), elle joue, de manière indirecte, un rôle décisionnel.

---

<sup>72</sup> Y. Lambert-Faivre, S. Porchy-Simon, *Droit du dommage corporel : systèmes d'indemnisation*, 7<sup>e</sup> éd, Paris, Dalloz, 2011, p. 662.

<sup>73</sup> Ibid.

<sup>74</sup> « La CNAMed a pu mettre en évidence le défaut patent d'unité des positions des différentes CCI : défaut d'unité concernant l'interprétation de certaines notions. Ainsi, s'agissant du concept d'état antérieur, les interprétations diffèrent, avec une incidence majeure en termes de réduction ou non de droit à indemnisation. De même, s'agissant de la définition de la notion « d'incapacité temporaire de travail » qui implique ou non, selon les CCI, l'existence d'une activité professionnelle. Egalement, l'utilisation des « troubles particulièrement graves dans les conditions d'existence » qui constitue un critère privilégié permettant la recevabilité des demandes indemnitaires pour certaines commissions et qui est purement et simplement inutilisé par d'autres (S. Hocquet-Berg, *L'ONIAM ou la grenouille qui veut se faire aussi grosse que le bœuf*, RCA 2004, n°10, alerte 30) ; défaut d'unité concernant également les règles de fonctionnement propres à chaque CCI (un délai imposé de huit à quinze jours ou plus, voire aucun délai fixé, pour former des observations écrites avant la réunion sera, selon la Commission, imposé à la victime) ». G. Mor, *Evaluation du préjudice corporel : stratégies d'indemnisation, méthodes d'évaluation*, 2014/2015, Paris, Delmas, 2014, p. 173.

<sup>75</sup> Y. Lambert-Faivre, S. Porchy-Simon, *Droit du dommage corporel : systèmes d'indemnisation*, op. précité, p. 666.

Curieusement, les auteurs qui contestent la nature juridictionnelle des CCI les opposent aux « voies juridictionnelles classiques »<sup>76</sup>, ce qui pourrait laisser penser que la procédure devant la CCI est une voie juridictionnelle originale ou extraordinaire. Le Professeur Gérard Mémeteau estime que « la mission principale des CCI consiste à juger le procès en responsabilité médicale ou hospitalière, ce que le législateur appelle apporter un « règlement amiable », dans la mesure où un débat contradictoire s’instaure devant la commission, qui le tranche en émettant un avis (...) Loin d’un règlement « amiable », il y a procès, porté devant une institution que l’on n’a pas osé qualifier de juridiction »<sup>77</sup>.

Certains avocats sont pourtant très critiques à l’endroit des CCI : « peut-on par ailleurs considérer comme satisfaisante et conforme au principe du contradictoire l’instruction du dossier devant la Commission, alors même qu’un rapport est fait par un membre rapporteur de la Commission en dehors de la présence des parties et/ou de leur conseil ? De même, peut-on se satisfaire d’un temps de parole accordé à la victime ou son conseil si succinct qu’il ne permet d’aborder avec cohérence le fond du dossier et les difficultés qu’il peut présenter »<sup>78</sup> ? « En apparence, elles sont indépendantes (...) à ceci près que l’Oniam y siège<sup>79</sup>. Si L’Oniam dispose d’une personnalité morale autonome, tel n’est pas le cas des Commissions. A ce défaut d’autonomie juridique s’ajoute une indéniable dépendance financière à l’égard de l’Oniam qui met à la disposition des CCI les moyens humains et matériels nécessaires à leur fonctionnement »<sup>80</sup>.

La CCI, il est vrai, est un « organisme dépourvu de caractère juridictionnel »<sup>81</sup>. On est donc en dehors du cadre de l’application stricte des dispositions du Code de procédure civile.

Pour devenir une juridiction, il faudrait que les juristes soient mieux représentés. On a le sentiment que ce ne sont que des considérations médicales qui y règnent. « On ne peut que regretter cette composition à prédominance médicale qui fait du juriste, dans un contentieux pourtant en constante évolution, le parent pauvre de cette formation » déplore une avocate<sup>82</sup>.

De même, les commissions n’étant pas des organes juridictionnels, elles ne sont pas tenues à une obligation de motiver leur avis. Ce qui ne favorise pas l’harmonisation des CCI et la cohérence générale du système de règlement amiable. Par exemple, les avis des CCI ne sont pas publiés car ils sont, selon la CNAMed, des documents administratifs ne pouvant être communiqués aux tiers<sup>83</sup>.

Peut-on imaginer une juridiction sans jurisprudence ?

---

<sup>76</sup> Ibid.

<sup>77</sup> G. Mémeteau, *Cours de droit médical*, op. précité, p. 578.

<sup>78</sup> G. Mor, *Evaluation du préjudice corporel : stratégies d’indemnisation, méthodes d’évaluation*, op. précité, p. 167.

<sup>79</sup> Ibid. p. 167.

<sup>80</sup> Ibid. p. 168.

<sup>81</sup> CAA, Versailles, 12 janvier 2006, Requête n°05VE01557.

<sup>82</sup> G. Mor, *Evaluation du préjudice corporel : stratégies d’indemnisation, méthodes d’évaluation*, op. précité, pp. 168-169.

<sup>83</sup> CADA, avis, n°2004-1039, 1<sup>er</sup> avril 2004.

Maître Gisèle Mor conclut : « la question se pose de savoir si, au lieu et place de commissions, il n'eût pas été opportun que le régime d'indemnisation des accidents médicaux, même sous une forme dite amiable, soit élaboré sur le modèle de celui des victimes d'infractions. Ainsi, la victime présenterait sa demande devant une véritable instance juridictionnelle (telle la CIVI) spécialisée pour apprécier la nature de son dommage et sa juste compensation. L'indemnisation est néanmoins mise à la charge d'un fonds (tel le fonds de garantie des victimes d'infractions) sous la réserve d'un recours subrogatoire à l'encontre du responsable. La victime bénéficierait alors de garanties dont le caractère juridictionnel assurerait l'effectivité »<sup>84</sup>.

La compétence de la Commission d'Indemnisation des Victimes d'Infractions aux accidents médicaux est effectivement intéressante. Cette dernière peut verser des provisions et elle comporte une phase amiable avec la proposition d'une offre. Cette institution, au sein de chaque TGI, a un caractère juridictionnel ; ses décisions peuvent être attaquées par un pourvoi en cassation. Elle est composée presque exclusivement de juristes : deux magistrats du siège du TGI et « d'une ou plusieurs personnes majeures, de nationalité française et jouissant de leurs droits civiques, s'étant signalées par l'intérêt qu'elles portent aux problèmes des victimes »<sup>85</sup>.

On aurait pu suggérer une Commission d'Indemnisation des Victimes d'Accidents Médicaux (CIVAM) composée de deux magistrats du siège, un représentant d'une association de victimes, un médecin, un Professeur de droit et un représentant des assureurs.

Le nombre actuel de membres des CCI nous paraît trop important. En réalité, il est toujours délicat pour une victime de présenter son dossier devant une vingtaine de membres dont elle ne connaît pas les compétences. Il serait peut-être plus judicieux d'avoir un auditoire réduit à une dizaine de personnes.

Nous observons ici les CCI demeurent un semblant de juridiction même si elles ont vocation à l'être et qu'elles pourraient s'en approcher<sup>86</sup>. En ce sens, il est peut-être préférable pour la victime de s'orienter vers la voie transactionnelle. Elle pourrait, si elle est représentée, avoir plus d'impact dans le processus décisionnel qui est animé par les parties elles-mêmes.

En ce qui concerne l'ONIAM, il est tout aussi délicat de l'associer à une juridiction, on peut même estimer que les CCI et l'Office ne font qu'un.

---

<sup>84</sup> G. Mor, *Evaluation du préjudice corporel : stratégies d'indemnisation, méthodes d'évaluation*, op. précité, p. 170.

<sup>85</sup> Article L214-2 du code de l'organisation judiciaire.

<sup>86</sup> L. Helmlinger, *Les commissions régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux : ni excès d'honneur, ni indignité*, AJDA 2005. 1875 ; G. Mémeteau, *Le tango des CRCI : deux pas ici, un pas par-là ! : un guichet ou une commission ; une juridiction !* Médecine & Droit, 2006, pp. 17 et s., spéc. pp. 18 et 19.

### c) L'ONIAM : une nature ambivalente

Pour mettre en œuvre le dispositif d'indemnisation, l'ONIAM s'appuie sur les avis émis par les CCI ; il les suit dans la très grande majorité des cas<sup>87</sup>. L'office est administré par un Conseil d'administration qui comprend onze membres représentant l'Etat, neuf membres désignés par arrêté du ministre chargé de la santé et deux représentants du personnel de l'office élus. Comme la plupart des juridictions aujourd'hui, il utilise un référentiel qui lui permet de contrôler les montants de l'indemnisation (lequel a d'ailleurs été revalorisé<sup>88</sup>).

Au sein des CCI, l'ONIAM est juge et partie. Il siège parmi ces dernières (il participe aux délibérations et à l'élaboration de l'avis) tout en faisant partie du processus d'indemnisation en tant que débiteur direct ou indirect.

L'ONIAM est imbriqué avec les CCI puisqu'il prend en charge les frais d'expertise nécessaires à l'instruction des dossiers suivis par les CCI. Puis, il leur apporte un soutien humain en mettant à leur disposition le personnel technique et administratif nécessaire à leur fonctionnement<sup>89</sup>. Le rapport annuel de l'ONIAM témoigne de cette promiscuité avec les CCI puisqu'il est majoritairement consacré aux rapports entre celles-ci et l'office. Néanmoins, l'office dispose aussi de compétences exclusives qui ne cessent de s'étendre (infections nosocomiales, vaccinations obligatoires, dommages transfusionnels, dommages des victimes du benfluorex...).

La difficulté générale se trouve dans l'enchevêtrement des juridictions et des organismes. On peut lire dans le rapport 2016 de l'ONIAM que « les décisions des CCI et de l'ONIAM peuvent être contestées au contentieux. Enfin, l'ONIAM peut être à l'initiative de contentieux, dans le cadre d'une récupération des indemnités versées en substitution d'une entreprise d'assurance n'ayant pas présenté d'offre à la suite de l'avis d'indemnisation d'une CCI alors qu'une faute était à l'origine du dommage (...) La répartition entre les deux ordres de juridictions (administratives ou civiles) montre une légère prépondérance des contentieux en cours au 31 décembre 2016 devant les juridictions administratives : les procédures en cours sont de 1514 pour les juridictions administratives et 1412 pour les juridictions civiles. Certains dossiers peuvent faire l'objet de plusieurs procédures pendantes devant la même juridiction ou auprès de deux juridictions de degré différent voire même devant deux juridictions relevant des deux ordres, administratif et civil »<sup>90</sup>.

---

<sup>87</sup> [www.oniam.fr](http://www.oniam.fr), Rapport 2016 de l'ONIAM, p. 26 : 88, 2% des dossiers en 2016.

<sup>88</sup> Ibid. p. 6.

<sup>89</sup> Ibid. p. 9.

<sup>90</sup> Ibid. p. 29.

Comprenons ici que les CCI et l'ONIAM doivent statuer et remplir l'office du juge. Cependant, en cas de recours contre l'ONIAM (lesquels sont relativement rares : « 96% des victimes d'accidents médicaux ont accepté les offres de l'ONIAM »<sup>91</sup>), ce sont les juridictions qui décident. Le dispositif d'indemnisation amiable a donc la forme d'un processus juridictionnel inachevé. De cette manière, le risque est de complexifier le processus indemnitaire. A cette fin, le rôle du juge est de préciser les notions juridiques et les compétences de chacun.

C'est donc une valse à deux temps qui se joue entre le juge et la solidarité. La relation entre les deux n'est pas toujours équilibrée, tant sur le plan théorique (B) que procédural (C).

---

<sup>91</sup> Ibid. p. 27.

## B / La recherche d'un équilibre sémantique

L'équilibre entre la responsabilité et la solidarité nationale passe par la sémantique et donc l'étude des signifiés et le sens donné aux mots. Si la dichotomie faute et aléa ne semble pas a priori trop complexe malgré une frontière parfois floue (a), il apparaît délicat pour le juge d'énoncer clairement le sens de l'anormalité du dommage compte tenu de l'état prévisible du patient. Pour ce faire, il doit préciser les critères de l'aléa thérapeutique (b).

### a) Faute et accident médical : une frontière intrinsèquement imprécise

Le terme accident est associé à un acte fortuit provoquant des conséquences que l'on ne pouvait prévoir. Le mot est ambigu et la loi a préféré le terme d'accident médical à celui d'aléa thérapeutique<sup>92</sup>, faisant de l'accident médical<sup>93</sup> l'absence de faute.

Lorsque la faute involontaire d'un professionnel de santé est établie, celle-ci est accidentelle, certes prévisible mais le dommage a été accidentellement causé. A l'inverse, si celle-ci est volontaire, on est alors dans une responsabilité pénale.

La loi favorise donc une lecture très extensive de la définition d'un accident en lui associant un caractère prévisible que l'on nomme aussi aléa (terme qu'on pourrait lui préférer car il y a des accidents médicaux fautifs).

Faute et aléa, deux mots que tout semble séparer<sup>94</sup>. Pourtant, la frontière est fine. Pour avoir accès à la solidarité nationale, il y a certains critères cumulatifs à respecter, et non des moindres. Le caractère de gravité fixé par décret ne pose *a priori* pas de problèmes majeurs dans la mesure où il est clairement arrêté selon un barème, même si les juges vérifient qu'il soit correctement évalué<sup>95</sup>.

---

<sup>92</sup> Même si le terme « aléa thérapeutique » est régulièrement employé par la jurisprudence pour le distinguer de la faute : CAA, Nancy, 18 juin 2015, n°14NC00740.

<sup>93</sup> Pour des éclaircissements sur une notion anciennement inopérante du fait d'une responsabilité traditionnellement fondée sur la faute : P. Jourdain, *L'accident médical*, Resp. civ & ass, n°7, juillet 2015, dossier 6.

<sup>94</sup> P. Jourdain, *Quel critère distinctif de la faute et de l'aléa thérapeutique en cas de lésion consécutive à une intervention chirurgicale ?* RTD civ. 2009. 123 : « Toute intervention chirurgicale présentant certains risques, c'est seulement dans les cas où ces risques apparaissent suffisamment élevés que la responsabilité sera écartée. A cet égard, la formulation antérieure des arrêts qui mentionnaient le risque « qui ne pouvait être maîtrisé » avait le mérite d'attirer l'attention sur le fait que la réalisation des risques courants et maîtrisables par les précautions d'usage laissent entière la responsabilité du médecin. On regrettera donc la disparition de cette précision, sans toutefois que l'on puisse lui attribuer une véritable portée : il doit s'entendre que le risque exclusif de responsabilité est celui qui ne laisse subsister aucune faute du médecin ».

<sup>95</sup> CE, 30 juillet 2014, M.B, n°361821 ; CE, 15 décembre 2014, n° 358287 : « l'intéressée n'était pas atteinte d'une invalidité permanente d'un taux excédant 24% ».

A l'inverse, les conditions textuelles prévues à l'article L.1142 évoquant « des actes de prévention, de diagnostic ou de soins ayant eu pour le patient des conséquences anormales au regard de son état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci » font place nette à l'appréciation du juge sur l'anormalité du dommage. Il existe donc ce que la doctrine appelle une zone grise<sup>96</sup> entre la responsabilité et la solidarité pour les accidents médicaux qui, par leur gravité, ne seraient pas ouverts à la solidarité nationale.

L'ONIAM limite son champ d'intervention à ce qu'il nomme l'aléa thérapeutique, qu'il distingue de la responsabilité<sup>97</sup>. En ce sens, l'aléa thérapeutique doit être défini par rapport à la faute médicale comme le suggère le Professeur Christian Larroumet<sup>98</sup>. La dichotomie paraît simple car on connaît les fondements de la responsabilité.

Le principe ainsi posé, il paraît bien difficile de donner une définition précise d'un aléa thérapeutique. La doctrine a remarqué que le terme était circonscrit : « l'aléa thérapeutique est une expression que la loi n'a pas retenue ; elle désigne habituellement un dommage iatrogène consécutif à une activité médicale non fautive. Le qualificatif « thérapeutique » est d'ailleurs trop étroit, car l'accident médical non fautif peut aussi bien être la conséquence d'un acte diagnostique, préventif ou de recherche »<sup>99</sup>.

La loi prévoit l'aléa thérapeutique comme « un accident médical, une affection iatrogène (...) lorsqu'ils sont directement imputables à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins et qu'ils ont eu pour le patient des conséquences anormales au regard de son état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci et présentent un caractère de gravité, fixé par décret »<sup>100</sup>.

Deux conditions nous paraissent alors à préciser : qu'est-ce que l'on considère comme des conséquences anormales au regard de son état de santé et qu'est-ce qu'une évolution prévisible ?

La loi, dans une matière aussi liée aux circonstances, est logiquement abstraite et générale. Cela laisse une place importante à l'interprétation du juge et, indirectement, aux médecins qui se prononcent sur les conséquences d'un acte médical.

***De la faute à l'aléa thérapeutique : une frontière poreuse.*** La distinction entre la faute liée à une maladresse et un aléa thérapeutique n'est pas évidente bien qu'elle emporte des conséquences concrètes quant au régime applicable<sup>101</sup>.

---

<sup>96</sup> F. Dreifuss-Netter, *La réparation du dommage médical : responsabilité ou solidarité ?* p. 49 in Conseil d'Etat, *Santé et justice : quelles responsabilités ?*, op. cité.

<sup>97</sup> <http://www.oniam.fr/procedure-indemnisation>

<sup>98</sup> C. Larroumet, *L'indemnisation de l'aléa thérapeutique*, D. 1999, p. 33.

<sup>99</sup> Y. Lambert-Faivre, S. Porchy-Simon, *Droit du dommage corporel : systèmes d'indemnisation*, op. cité, p. 651.

<sup>100</sup> Article L. 1142-II du CSP précité.

<sup>101</sup> D. Cristol, *Définition de l'aléa thérapeutique*, RDSS 2008, p. 1154.

Il revient à l'office du juge d'en tracer les contours. La Cour régulatrice a rappelé que la réparation des conséquences de l'aléa thérapeutique n'entraîne pas dans le champ des obligations dont le médecin est contractuellement tenu<sup>102</sup>. C'est ainsi que constitue une faute « la maladresse d'un stomatologiste qui avait lésé un nerf alors que l'acte n'impliquait pas l'atteinte à ce nerf et qu'il n'était pas établi que celui-ci avait présenté une anomalie rendant son atteinte inévitable »<sup>103</sup>.

Inversement, elle a jugé dans d'autres cas que « la lésion du nerf tibial constituait un risque inhérent à ce type d'intervention, et que les techniques de réparation chirurgicale (...) étaient conformes aux données acquises de la science, la cour d'appel a pu en déduire que le dommage survenu s'analysait en un aléa thérapeutique, des conséquences duquel le médecin n'est pas contractuellement responsable »<sup>104</sup>.

L'idée sous-jacente est que, conformément à l'arrêt Mercier de 1936, les médecins sont tenus à une obligation générale de prudence et à une pratique conforme aux données acquises de la science que l'on doit interpréter comme une obligation de moyens<sup>105</sup>.

Dans cette optique, l'accident est fautif lorsque le risque pouvait être maîtrisé ou lorsque l'acte n'était pas conforme aux données acquises de la science.

La Cour de cassation avait déjà défini l'aléa thérapeutique avec justesse avant la loi du 4 mars 2002 en indiquant qu'il est « la réalisation, en dehors de toute faute du praticien, d'un risque accidentel inhérent à l'acte médical et qui ne pouvait être maîtrisé »<sup>106</sup>.

Le Conseil d'Etat a admis dès 1993<sup>107</sup> l'indemnisation de l'aléa thérapeutique sur le fondement d'une responsabilité sans faute de la puissance publique. Il l'a fait dans des conditions très restrictives que nous avons étudiées. La plupart de ces conditions n'ont plus cours aujourd'hui. Ne reste que le critère des conséquences anormales au regard de la prévisibilité de l'état de santé du patient avec des seuils de gravité.

Il n'était pas normal que ces aléas soient indemnisés par le juge administratif et non par le juge civil ; la création d'un fonds d'indemnisation proposée par la doctrine<sup>108</sup> a permis de mettre un terme à ces différences préjudiciables de jurisprudence.

---

<sup>102</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 22 novembre 2007, n°05-20.974 ; D. 2008, p. 816.

<sup>103</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 23 mai 2000, RTD civ. 2000. 840 ; Dr. et patrimoine, octobre 2000, p. 99, obs. F. Chabas.

<sup>104</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 18 septembre 2008, n°07-13.080.

<sup>105</sup> A. Tunc, La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence, JCP 1945. I. 449.

<sup>106</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 8 novembre 2000, Bull.n°287.

<sup>107</sup> CE, Assemblée, 9 avril 1993, M. X., n° 69336.

<sup>108</sup> C. Larroumet, *L'indemnisation de l'aléa thérapeutique*, art. cité.

Aujourd'hui, le juge administratif détermine l'aléa thérapeutique de la même manière que le juge judiciaire en jugeant par exemple qu'un retard fautif ne constitue pas un aléa thérapeutique<sup>109</sup> et en procédant, au besoin, à un partage de responsabilité en cas de faute et d'aléa thérapeutique<sup>110</sup>.

La frontière est mouvante car une victime peut subir différents préjudices provenant à la fois d'un acte fautif et d'un aléa thérapeutique. La Cour de cassation a affirmé « que ne peuvent être exclus du bénéfice de la réparation au titre de la solidarité nationale les préjudices, non indemnisés, ayant pour seule origine un accident non fautif »<sup>111</sup>.

Par conséquent, en cas de défaut d'information, la réparation du préjudice sur la base d'une perte de chance peut être complétée par une indemnisation par la solidarité nationale. Le Conseil d'Etat partage cette position<sup>112</sup>. Ce principe est le même quelle que soit la faute médicale<sup>113</sup>.

Ainsi, ce n'est pas tant la définition d'aléa qui est source de complexité mais les conditions de sa définition, à savoir l'anormalité du dommage compte tenu de l'évolution prévisible de l'état du patient.

#### b) Les critères de l'aléa thérapeutique : le questionnement du juge

Pour qu'un accident médical soit indemnisable au titre de la solidarité nationale, il faut un acte de prévention, de diagnostic ou de soin dont le dommage est imputable à un acte non fautif.

La première condition est déjà loin d'être tout à fait limpide, est-ce que les accidents de chirurgie esthétique ou d'obstétrique sont, à proprement parler, des accidents médicaux ? Quid des actes de personnes qui ne sont pas considérées comme des professionnels de santé et dont les accidents non fautifs sont exclus du régime de la solidarité nationale ? (Ostéopathes, chiropracteurs...).

***De la nécessité de délimiter les actes médicaux entrant dans le champ de la solidarité.*** Les accidents obstétricaux non fautifs peuvent être désignés comme des aléas thérapeutiques<sup>114</sup> même si l'ONIAM s'y oppose<sup>115</sup>.

---

<sup>109</sup> CE, 17 janvier 2011, n°327429.

<sup>110</sup> CE, 3 février 2016, n°378391.

<sup>111</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 11 mars 2010, n°09-11.270.

<sup>112</sup> CE, 30 mars 2011, *Oniam c/Epx Hautreux*, n°327669.

<sup>113</sup> CA, Paris, 23 janvier 2009, Gazette du Palais, 20 mars 2009, jur. p. 1270.

<sup>114</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 13 novembre 2014, n°13-22702.

<sup>115</sup> ONIAM, Les frontières de l'indemnisation des accidents médicaux par la solidarité nationale, [http://www.sante.gouv.fr/IMG/pdf/Les\\_Frontieres\\_de\\_l\\_indemnisation\\_des\\_accidents\\_medicaux\\_par\\_la\\_Solidarite\\_Nationale.pdf](http://www.sante.gouv.fr/IMG/pdf/Les_Frontieres_de_l_indemnisation_des_accidents_medicaux_par_la_Solidarite_Nationale.pdf).

La question a été régulièrement posée pour les actes de chirurgie esthétique<sup>116</sup>. Suivant une recommandation de 2005 de la Commission Nationale des Accidents Médicaux (CNAMed) sur la chirurgie esthétique<sup>117</sup> et l'avis majoritaire de la doctrine<sup>118</sup>, la Cour de cassation a estimé que les actes de chirurgie esthétique étaient des actes de soins et qu'ils rentraient de ce fait dans le champ de la solidarité nationale<sup>119</sup>.

En revanche, le fait que ces actes doivent être accomplis dans les conditions des articles L.6322-1 et 6322-2 du code de la santé publique pour mettre en œuvre la solidarité nationale a été considéré par la doctrine comme une restriction injustifiable<sup>120</sup>.

Il est vrai qu'il paraît dommageable que l'action de la victime soit conditionnée par le respect ou non de ces textes. Ces derniers imposent aux établissements de santé des obligations spécifiques dans ce domaine alors que ce sont précisément ces manquements qui nuisent à la sécurité des patients.

Désormais, les actes de soins entrant dans le champ d'intervention de la solidarité nationale ne se limitent plus aux actes à finalité curative. Le législateur a modifié en ce sens l'article L.1142-3-1 du code de la santé publique par l'article 70 de la loi de financement de la sécurité sociale n°2014-1554 du 22 décembre 2014.

L'article prévoit que « le dispositif de réparation des préjudices subis par les patients au titre de la solidarité nationale n'est pas applicable aux demandes d'indemnisation de dommages imputables à des actes dépourvus de finalité préventive, diagnostique, thérapeutique ou reconstructrice, y compris dans leur phase préparatoire ou de suivi ».

---

<sup>116</sup> N. Brunet, *Le « fait esthétique » à l'épreuve de la solidarité nationale (à propos de la loi n°2014-1554 du 22 décembre 2014 de financement de la Sécurité sociale pour 2015 (Art.70)*, Revue droit & santé, n°64, mars 2015, pp. 232-236.

<sup>117</sup> [http://social-sante.gouv.fr/IMG/pdf/actes\\_medicaux\\_sans\\_finalite\\_therapeutique.pdf](http://social-sante.gouv.fr/IMG/pdf/actes_medicaux_sans_finalite_therapeutique.pdf), p. 3 : « la CNAM constate qu'en l'état actuel des textes législatifs comme de la jurisprudence, il n'est pas possible d'exclure du champ d'application de la loi du 4 mars 2002 les actes médicaux sans finalité thérapeutique directe, qu'il s'agisse de la chirurgie esthétique ou d'actes médicaux à finalité culturelle ».

<sup>118</sup> V. S. Hocquet-Berg et F. Vailla, *Morceaux choisis sur les premiers grincements de la « machine à indemniser » les accidents médicaux*, JCP E 2004, n° 1 ; J. Penneau, *chron. de droit médical*, D. 2009. 1302 ; P. Sargos, *Le centenaire jurisprudentiel de la chirurgie esthétique : permanence de fond, dissonances factuelles et prospective*, D. 2012. 2903 : « Lorsqu'il s'avérera que la conséquence grave d'un acte de chirurgie esthétique est constitutive d'un accident médical, l'indemnisation par la solidarité nationale (ONIAM) sera possible car la notion d'accident médical visé par l'article L. 1142-22 du code de la santé publique n'exclut pas la médecine ou la chirurgie esthétique ».

<sup>119</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 5 février 2014, n°12-29.140, D. 2014. 697, note S. Porchy-Simon ; RTD civ. 2014. 394, note P. Jourdain ; H. Chéreau, G. Lacoilhe, *L'acte de chirurgie esthétique, un acte de soins susceptible d'être pris en charge par l'ONIAM*, RGDM, n°52, Septembre 2014, pp. 57-63 ; D. Grimaud, *La chirurgie esthétique et la qualification d'acte de soin*, Responsabilité hospitalière et droit des patients, Chronique de Droit des patients n° 1, Les Petites Affiches, 26 novembre 2014, n° 237.

<sup>120</sup> « On se montrera, en revanche, très réservé quant aux conditions posées par la Cour pour admettre une telle qualification. Selon la première chambre civile, en effet, les actes de chirurgie esthétique ne peuvent constituer des actes de soins, ouvrant donc leur prise en charge par l'ONIAM si un accident médical survient à l'occasion de leur réalisation, que « s'ils sont réalisés dans les conditions prévues aux articles L. 6322-1 et L. 6322-2 du CSP ». *A contrario*, on doit donc comprendre que si les conditions posées par ces textes ne sont pas respectées, l'acte de chirurgie esthétique ne saurait être qualifié d'acte de soins et sera donc exclu de l'indemnisation au titre de la solidarité nationale. Cette solution suscite l'incompréhension. On peine, tout d'abord, à comprendre pour quelles raisons le respect de ces textes devrait conditionner l'indemnisation du patient en cas de survenance d'un accident médical ». S. Porchy-Simon, Note précitée.

En ce qui concerne le caractère de gravité, il est déterminé par décret, pour le reste, c'est au juge de caractériser ce qui est anormal compte tenu de l'état de santé et de l'évolution prévisible du patient.

**Essai d'une définition de l'anormalité.** Le questionnement est épineux. La CNAMed nous invite à prendre le concept d'anormalité avec beaucoup de précaution : « la complication qui n'est pas anormale peut se distinguer des conséquences anormales de la complication. Il est important de prendre également en compte la gravité exceptionnelle d'une conséquence normale. (...) L'anormalité peut dépendre de la fréquence du dommage et de son caractère disproportionné par rapport à l'état antérieur »<sup>121</sup>.

Une chose est dite anormale quand elle n'est pas conforme à un modèle ou à un juste équilibre des choses par opposition à ce qui est normal. La normalité est liée à la prévisibilité dans le sens où des conséquences normales sont déterminables à l'avance de manière logique.

La condition d'anormalité est un garde-fou pour éviter toute indemnisation automatique par la solidarité nationale en dissociant les critères de gravité de l'anormalité. C'est, selon les débats d'un colloque important à propos de la loi du 4 mars 2002, une condition assez difficile à appréhender concrètement, voire redoutable<sup>122</sup>.

Elle a longtemps suscité l'indécision du juge (1). La chose n'est pas étonnante dans la mesure où son intensité varie considérablement d'un cas à un autre. On se trouve alors contraint de définir les grandes lignes d'un critère indépassable (2).

### 1) *Le juge indécis*

**Une notion couramment utilisée en droit administratif.** La notion a toujours été familière au juge administratif qui a fait de l'anormalité « la cheville ouvrière de la responsabilité publique »<sup>123</sup> comme en témoignent les arrêts majeurs du droit administratif<sup>124</sup> constamment rattachés à des standards de normalité<sup>125</sup>.

Ce critère d'anormalité lui a permis de mettre en place une responsabilité sans faute limitée en matière de vaccinations obligatoires<sup>126</sup> ou de matériels défectueux<sup>127</sup>.

---

<sup>121</sup> Rapport CNAMED 2013, <http://social-sante.gouv.fr/IMG/pdf/CNAMed2013.pdf>, p. 57.

<sup>122</sup> J.-M. Sauvé, Conseil d'Etat, *Santé et justice : quelles responsabilités ? Dix ans après la loi du 4 mars 2002*, op. cit., p. 395.

<sup>123</sup> F. Langrogniet, *L'errance diagnostique du juge administratif : l'anormalité au sens de l'article L. 1142-1 du code de la santé publique*, RDFA, 2012, p. 319.

<sup>124</sup> CE, 30 novembre 1923, *Couitéas*, n° 38284, Lebon p. 789 ; GAJA, 18<sup>e</sup> éd, 2011, n° 40.

<sup>125</sup> S. Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, Paris, LGDJ, 1980, pp. 61-77.

<sup>126</sup> Arrêt *Dejours* préc. et CE, ass. 13 juillet 1962, *Ministre de la santé c. Lastrajoli*, Lebon. 507 ; AJDA 1962. 533.

<sup>127</sup> CE, 13 février 1962, *Meier*, Lebon p. 122 ; CE, 19 mars 1969, *Assistance publique à Paris c. M<sup>lle</sup> Bey*, Lebon p. 165.

On retrouve le credo du juge administratif en 1990 avec la jurisprudence Bianchi qui indemnise dans des conditions très restrictives l'aléa thérapeutique et dont le critère central est l'anormalité. On peut d'ailleurs penser que l'anormalité renvoie principalement à la gravité<sup>128</sup>. Encore que la gravité seule ne saurait suffire et un préjudice peut être anormal sans être grave<sup>129</sup>.

De l'aveu d'un conseiller administratif : « il n'en demeure pas moins que la jurisprudence requiert quelque chose de supplémentaire par rapport à la gravité, un surcroît causal, un je-ne-sais-quoi étiologique. Cette exigence peut, au demeurant, se déduire des arrêts qui conditionnent l'engagement de la responsabilité sans faute au cumul de trois critères et non de deux : anormalité, gravité et spécialité »<sup>130</sup>. A dire vrai, la terminologie est plus approfondie, elle renvoie le plus souvent à un dommage d'une « exceptionnelle gravité, sans rapport avec celle de l'état initial du patient comme avec l'évolution prévisible de cet état »<sup>131</sup>. Comprenons ici que le dommage est, par sa gravité, sans commune mesure avec l'état initial du patient.

L'anormalité découle de l'évolution prévisible de l'état du patient comme l'a rappelé le juge administratif : « lorsqu'un acte médical nécessaire au diagnostic ou au traitement du malade présente un risque dont l'existence est connue mais dont la réalisation est exceptionnelle et dont aucune raison ne permet de penser que le patient y soit particulièrement exposé, la responsabilité du service public hospitalier est engagée si l'exécution de cet acte est la cause directe de dommages sans rapport avec l'état initial du patient comme avec l'évolution prévisible de cet état, et présentant un caractère d'extrême gravité »<sup>132</sup>.

***Une notion évaluée selon l'évolution prévisible de l'état du patient.*** L'évolution prévisible du patient peut expliquer le dommage constaté, quand bien même celui-ci semblait anormal<sup>133</sup>. Selon les termes des rapporteurs, seule une anormalité flagrante<sup>134</sup>, voire en décalage massif<sup>135</sup> rentrait dans le cadre d'une responsabilité sans faute.

Certes, l'article L. 1142-1 du Code de la santé publique a exclu la condition d'extrême gravité et de spécialité du dommage pour qu'il soit jugé anormal mais cela n'a pas pour autant simplifié la notion.

---

<sup>128</sup> C. Cormier, *Le préjudice en droit administratif français, étude sur la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques*, Paris, LGDJ, 2002, p. 212.

<sup>129</sup> *ibid*, p. 212 et s.

<sup>130</sup> F. Langrognet, *L'errance diagnostique du juge administratif : l'anormalité au sens de l'article L. 1142-1 du code de la santé publique*, art. cité

<sup>131</sup> CE, 14 octobre 2002, *M<sup>me</sup> F. et autres*, n° 210627, AJDA 2003. 255.

<sup>132</sup> CE, 17 mai 2006, *Hospices civils de Lyon*, n° 272231.

<sup>133</sup> CE, 25 juillet 2007, *Centre hospitalier général d'Avignon*, n°274682.

<sup>134</sup> D. Chauvaux, concl. sous CE 27 octobre 2000, *Centre hospitalier d'Aubagne*, n° 201790, D. 2001. 1196.

<sup>135</sup> T. Olson, concl. sous CE 25 juillet 2007, *M<sup>me</sup> R. et autres*, n° 293793, Lebon. 1067.

De toute évidence, les conditions du juge administratif ont été considérablement assouplies et on « ne prend plus en considération le niveau de probabilité de l'occurrence du risque »<sup>136</sup>.

C'est précisément ce qu'a indiqué la cour administrative d'appel de Paris en jugeant qu'il n'y a pas lieu, « pour se prononcer sur le caractère anormal du dommage, de prendre en compte la fréquence du risque de complication lié au geste médical en cause »<sup>137</sup>.

Les juges administratifs ont d'ailleurs affirmé que la simple variation de degré d'un syndrome préexistant ne devait pas être regardée comme anormale<sup>138</sup> (qui plus est lorsque la pathologie du patient l'exposait spontanément et que l'opération visait à prévenir ce risque<sup>139</sup>), tout comme les juges judiciaires<sup>140</sup>.

Les conséquences anormales sont celles qui « ne devaient pas être probables, attendues ou même redoutées » selon les termes d'un magistrat<sup>141</sup>.

Dans cet esprit, les cours administratives d'appel ont pu affirmer que l'aggravation d'un syndrome déjà existant ne présente pas de caractère anormal<sup>142</sup>, tous comme les séquelles en lien avec l'état initial du patient<sup>143</sup>. Elles adoptent la même position lorsque l'acte médical ciblé était indispensable à la survie du patient afin de prévenir un risque mortel et que l'état du patient était déjà grave<sup>144</sup> et donc les complications inhérentes à l'acte médical<sup>145</sup>.

En ce sens, le juge administratif interprète de manière assez stricte le critère de l'anormalité. Le simple fait que le dommage soit très grave et sans rapport direct avec la pathologie initiale ne suffit pas si l'intervention était indispensable avec un risque fréquent du fait d'une technique complexe<sup>146</sup>.

---

<sup>136</sup> J.-P. Thiellay, concl. sous l'arrêt CE 17 janvier 2011, *M. et M<sup>me</sup> H.*, n° 317670.

<sup>137</sup> CAA, Paris, 20 octobre 2011, *M.B.*, n°09PA05437, AJDA.2011-2366, concl. A. Seulin.

<sup>138</sup> CAA, Bordeaux, 17 avril 2008, *M. A.*, n° 06BX00802 : « Les troubles que la tumeur provoquait par la compression de la moelle épinière pouvaient, en l'absence de radiothérapie, se stabiliser ou s'atténuer ».

<sup>139</sup> CAA, Versailles, 31 mars 2009, *Consorts P.*, n° 06VE01677.

<sup>140</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 mai 2010, n° 09-66947, D. 2010. 128 : « qu'en l'espèce l'erreur de diagnostic commise par les médecins dont les parties n'allèguent pas le caractère fautif, susceptible de mettre en cause la responsabilité des professionnels de santé concernés, ne peut être considérée comme ayant été directement à l'origine d'un accident médical ayant eu pour Madame X... des conséquences anormales au regard de son état de santé, comme de l'évolution prévisible de celui-ci ».

<sup>141</sup> D. Duval-Arnould, *Accident ou faute médicale ? - Point de jurisprudence*, in JCP. éd. G, n° 25, 20 juin 2007, p. 15.

<sup>142</sup> CAA, Bordeaux, 17 avril 2008, n° 06BX00802.

<sup>143</sup> CAA, Marseille, 11 février 2013, n° 11MA00926.

<sup>144</sup> CAA, Paris, 10 juin 2010, n° 09PA04044 ; v. CE, 16 décembre 2013, req. n° 354268, *RDSS*, n° 58, p. 1051, obs. J. Dugne ; C. Menabe, *Précisions sur la condition d'anormalité en matière d'aléa thérapeutique*, sous CE, 26 novembre 2014 : n°355052 et n°365211, *Revue droit & santé* n°64, mars 2015, pp. 217-219.

<sup>145</sup> CAA, Versailles, 31 mars 2009, n° 06VE01677.

<sup>146</sup> « Qu'il résulte de l'instruction que les risques de survenance d'une paraplégie sont inhérents à ce type d'intervention et présentent une fréquence élevée ; que l'accident trouve donc sa cause dans la mise en oeuvre d'une technique complexe ; que, dans ces conditions, les conséquences de l'intervention subie le 20 janvier 2003 par M<sup>me</sup> D., nonobstant leur gravité, ne peuvent être regardées, quand bien même la paraplégie consécutive à l'opération est sans rapport direct avec la pathologie initiale, comme anormales au regard de l'évolution prévisible de son état de santé ; qu'il suit de là que cet accident médical n'ouvre pas droit à la réparation au titre de la solidarité nationale des préjudices subis par M<sup>me</sup> D. sur le fondement des dispositions précitées du II de l'article L. 1142-1 du code de la santé publique ; » (CAA, Paris, 10 juin 2010, n°09PA04044) ; v. aussi TA, Paris 19 juin 2009, *M. Bondoni*, req. n°s 0903479 et 0903477 : Le juge « doit tenir compte, d'une part, du niveau du risque que présentait, compte tenu de l'état de santé du patient, le geste médical en cause, en excluant celui qui, suffisamment élevé, ferait de l'accident

Pour le rapporteur public, la solidarité nationale n'a pas vocation à indemniser « l'échec thérapeutique » ; une optique qui permet ainsi de mettre un frein à une vision trop protéiforme de l'anormalité<sup>147</sup>, quitte à ajouter une considération tenant au risque opératoire comme soubassement car elle ne figure pas dans la loi. Pour maîtriser une notion fuyante, les juges du fond, comme le Conseil d'Etat<sup>148</sup>, ont tenté de prendre en considération la fréquence du risque de complication afin d'affiner leur analyse<sup>149</sup>.

En tout état de cause, le juge administratif accepte cette condition d'anormalité lorsque les patients, bien qu'ayant des affections graves, n'étaient pas directement et certainement exposés du fait de leur état de santé antérieur<sup>150</sup>, étant précisé que l'anormalité du dommage doit être établie cumulativement avec le seuil de gravité requis<sup>151</sup>.

**Une notion encore obscure.** Malgré quelques arrêts marquants, la notion est longtemps demeurée en souffrance d'élucidation jurisprudentielle<sup>152</sup> et les juges du fond semblaient peu à peu revenir à une certaine orthodoxie jurisprudentielle.

Ils l'ont fait en éludant en partie cette fois les considérations sur le risque opératoire<sup>153</sup>, dans la mesure où la « conséquence de l'opération subie, et dont la gravité est sans commune mesure avec la pathologie dont souffrait l'intéressé, ne peut être regardée comme la conséquence d'un échec thérapeutique »<sup>154</sup>.

Le juge administratif contrôle donc l'intensité du dommage et l'écart qui sépare la pathologie initiale du dommage, de sorte qu'une gravité disproportionnée serait nécessairement anormale.

---

médical une complication classique de ce type de geste ; [...] il en va ainsi, en particulier, du risque fréquent normalement prévisible qui devait faire l'objet d'une information ».

<sup>147</sup> J.-M. Pontier, *Que sont les conséquences anormales d'une intervention chirurgicale ?* AJDA 2010, p. 2222 : « Il est plus que probable que le Conseil d'Etat aura à se prononcer sur cette question délicate dans un avenir relativement proche. L'histoire de la notion de « conséquences anormales » ne fait que commencer, elle va alimenter, de ce fait, la notion de solidarité nationale dont la capacité d'extension quasi sans limites donnera lieu, à n'en point douter, à des développements insoupçonnés, à moins qu'il n'y soit mis un coup d'arrêt ».

<sup>148</sup> CE, 16 décembre 2013, 4e et 5e SSR, 16 décembre 2013, *M. C. A.*, n° 354268 : « Qu'il ressortait de ces éléments que M. A. avait dû subir, dans l'espoir d'obtenir une amélioration de son état de santé, une intervention indispensable présentant des risques importants liés à sa pathologie, et que l'accident résultait de la réalisation de l'un de ces risques; qu'en en déduisant que le dommage ne pouvait être regardé comme anormal au regard de l'état de santé du patient comme de l'évolution prévisible de cet état, la cour n'a pas commis d'erreur de droit et a exactement qualifié les faits qui lui étaient soumis ».

<sup>149</sup> M. Morlass-Courties, *La caractérisation de l'anormalité du dommage de l'article L.1142-1 du Code de la santé devant le Conseil d'Etat : la grille d'analyse s'affine*, sous CE, 12 décembre 2001 : n°355052, *Revue droit & santé* n°64 ; mars 2015, pp. 226-229.

<sup>150</sup> CAA, Lyon, 8 juillet 2008, *ONIAM*, n° 05LY01254 : « Que par ailleurs, malgré le contexte septique de l'intervention dont il s'agit et le milieu inflammatoire où elle s'est déroulée, le décès de M. X constitue un dommage anormal au regard de l'état de santé qu'il présentait alors comme de l'évolution prévisible de celui-ci ».

<sup>151</sup> CAA, Douai, 30 mars 2010, *M. et M<sup>me</sup> S.*, n° 08DA01652.

<sup>152</sup> F. Langrogné, *L'errance diagnostique du juge administratif : l'anormalité au sens de l'article L. 1142-1 du code de la santé publique*, art. précité.

<sup>153</sup> CAA, Paris, 20 octobre 2011, *M. B.*, n° 09PA05437 ; AJDA 2011. 236 , concl. A. Seulin : sans qu'il y ait lieu, pour se prononcer sur le caractère anormal du dommage, de prendre en compte la fréquence du risque de complication lié au geste médical en cause ».

<sup>154</sup> *Ibid.*

Cette indécision permanente est assez logique ; il paraît bien difficile de lui trouver un axiome tant son intensité varie selon les cas en l'espèce. Le juge doit se limiter à une appréciation in concreto du concept qui semble, à certains égards, indépassable.

## 2) *Un critère indépassable*

Il faut concéder qu'il est vain pour les juristes de pouvoir théoriser complètement, et au-delà des grands principes qui la gouvernent, la notion d'anormalité. Le juge sera nécessairement dans l'errance, tel un voyageur itinérant armé de son seul pragmatisme.

« Les dommages corporels sont anormaux par nature » déclarait hier le commissaire du gouvernement Michel Rougevin-Baville<sup>155</sup>.

Cette notion dépend aussi davantage des experts qui estiment au cas par cas ce qui tient de la faute et de l'aléa<sup>156</sup> ; la dernière étant commode pour éclipser une responsabilité tout en permettant une indemnisation (il est fort à parier d'ailleurs que les experts n'aient pas la même conception de l'anormalité).

Les magistrats le reconnaissent : « le juge est très largement tributaire des professionnels de santé pour déterminer ce qui est une faute. Il l'est tout d'abord des experts. (...) Il n'en demeure pas moins que ce qui passe pour la sévérité des juges et donc de la Cour de cassation, est en réalité issu de la sévérité des experts »<sup>157</sup>.

Du reste, la notion est d'abord scientifique ; sans cesse remodelée par l'appréhension d'une frontière floue entre le normal et le pathologique<sup>158</sup>.

D'ailleurs, le législateur n'est pas en reste. Il semble avoir une conception très large de l'anormalité. Il définit un handicap comme « toute limitation d'activité ou restriction de participation à la vie en société subie dans son environnement par une personne en raison d'une altération substantielle, durable ou définitive d'une ou plusieurs fonctions physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques, d'un polyhandicap ou d'un trouble de santé invalidant »<sup>159</sup>.

---

<sup>155</sup> Rougevin-Baville, concl. sur CE Sect. 2 juin 1972, *Sté les Vedettes blanches*, D. 1974, p. 260.

<sup>156</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 10 mai 2005, n° 03-16.272, RDSS, n° 7, p. 404, obs. A. Vaissière. L'expert avait conclu dans la première affaire que « la gravité (du) handicap était sans commune mesure avec celle de l'état initial ».

<sup>157</sup> F. Dreifuss-Netter, *La réparation du dommage médical : responsabilité ou solidarité ?* in « Conseil d'Etat, Santé et justice : quelles responsabilités ? Dix ans après la loi du 4 mars 2002 », op. cité, p. 47.

<sup>158</sup> Pour reprendre les travaux de Georges Canguilhem, *Le normal et le pathologique*, Paris, Quadrige, Philosophie, 2013.

<sup>159</sup> Article 114 de la loi n°2005-102 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées.

A en croire le rapport mondial sur le handicap de 2011 de l'Organisation Mondiale de la Santé, le handicap serait une notion complexe, évolutive, multidimensionnelle et controversée<sup>160</sup>.

Par conséquent, on comprend que la normalité est aussi liée à une norme sociétale et environnementale ; elle a un versant objectif et subjectif. Elle n'est justement, pour Michel Foucault, qu'une forme vide qui ne demande qu'à être associée à un signifiant<sup>161</sup>.

L'anormalité requiert ainsi une position intermédiaire, ni trop globalisante, ni trop restrictive.

**Une notion empreinte de pragmatisme.** Un conseiller administratif proposait de favoriser deux approches et d'en appliquer une au cas par cas.

La première serait de juger anormaux tous les mécanismes accidentels qui ne pouvaient pas survenir en cas d'évolution spontanée du patient<sup>162</sup>.

La seconde suggèrait de ne pas s'arrêter à l'accident médical lui-même mais d'analyser les séquelles fonctionnelles résultant de cet accident. Dans cette logique, l'état de santé antérieur de la victime devait mener, avec une probabilité suffisamment élevée, aux mêmes séquelles que celles finalement endurées.

Il résume ainsi sa pensée : « en réalité, l'évolution prévisible de l'état de santé antérieur doit selon nous s'apprécier à l'horizon de quelques mois, voire de quelques années. De là tout l'intérêt qui s'attache, pour les juges du fond, à requérir désormais des experts médicaux une appréciation probabiliste, à différentes échéances temporelles, du risque qu'encourait le patient de subir, du fait de l'évolution naturelle de son état de santé, la même lésion ou les mêmes séquelles que celles dont il a été atteint en raison de l'accident médical »<sup>163</sup>.

En somme, la souveraineté d'appréciation des juges du fond trouvera ici toute sa place, tant il paraît vain de vouloir tracer, *a priori*, une ligne de partage immuable<sup>164</sup>.

---

<sup>160</sup> [http://www.who.int/disabilities/world\\_report/2011/report/fr/](http://www.who.int/disabilities/world_report/2011/report/fr/), page 4, chapitre : « Qu'est-ce que le handicap ? » .

<sup>161</sup> Pour une réflexion sur la norme : M. Foucault, *Les anormaux*, Cours au Collège de France, Paris, Seuil, 1999 ; S. Legrand, *Les normes chez Foucault*, PUF, Paris, 2007 ; P. Macherey, *De Canguilhem à Foucault, la force des normes*, La Fabrique éditions, 2009.

<sup>162</sup> « La deuxième hypothèse suppose, quant à elle, de se placer au niveau de la lésion ou de la pathologie accidentelle elle-même, en reconnaissant le droit à indemnisation dès lors que l'accident en cause ne pouvait résulter naturellement de l'état de santé antérieur et de son évolution prévisible. Ce raisonnement implique de considérer que l'expression « conséquences » de l'accident médical, aux termes du II de l'article L. 1142-1 du Code de la santé publique, ne renvoie pas aux séquelles résultant de l'accident mais plutôt au mécanisme dommageable à l'oeuvre dans le processus accidentel lui-même : la rupture, l'occlusion, la section, le trouble physiologique, l'hémorragie, etc. Dans cette conception très large du droit à indemnisation, sont ainsi anormaux tous les mécanismes accidentels qui ne pouvaient pas survenir en cas d'évolution spontanée du patient, ceux qui n'étaient pas, pour ainsi dire, en puissance à court terme dans son organisme si l'on avait laissé la nature faire son oeuvre (interprétation n° 2) ». F. Langrognet, *L'errance diagnostique du juge administratif : l'anormalité au sens de l'article L. 1142-1 du code de la santé publique*, RDFA, 2012, p. 319.

<sup>163</sup> Ibid.

<sup>164</sup> Ibid.

Le Conseil d'Etat semble suivre cette méthode en jugeant qu'une différence notable entre le dommage dont le risque est encouru du fait de l'état de santé et le dommage effectivement constaté pourrait éventuellement suffire à caractériser l'anormalité de ce dernier<sup>165</sup>.

Tant pour le juge administratif que judiciaire, cette logique n'exclut pas une indemnisation au titre de la perte de chance<sup>166</sup> et les juges estiment la part respective de responsabilité entre les professionnels de santé et l'ONIAM<sup>167</sup>.

**Les contours de l'anormalité tracés par le Conseil d'État.** A travers deux arrêts particulièrement remarquables<sup>168</sup> de 2014<sup>169</sup>, le Conseil d'État apporte des précisions sur le cheminement intellectuel du juge<sup>170</sup> afin, selon le rapporteur public, de préciser la portée de la condition d'anormalité<sup>171</sup>.

« Considérant que la condition d'anormalité du dommage prévue par ces dispositions doit toujours être regardée comme remplie lorsque :

- L'acte médical a entraîné des conséquences notablement plus graves que celles auxquelles le patient était exposé de manière suffisamment probable en l'absence de traitement ;
- Lorsque les conséquences de l'acte médical ne sont pas notablement plus graves que celles auxquelles le patient était exposé par sa pathologie en l'absence de traitement, elles ne peuvent être regardées comme anormales ; sauf si, dans les conditions où l'acte a été accompli, la survenance du dommage présentait une probabilité faible ; qu'ainsi, elles ne peuvent être regardées comme anormales au regard de l'état du patient lorsque la gravité de cet état a conduit à pratiquer un acte comportant des risques élevés dont la réalisation est à l'origine du dommage ».

Dans le premier arrêt, l'anormalité est établie dans la mesure où « la gravité du handicap était sans commune mesure avec celle de l'état initial (...) il n'existait pratiquement aucun risque, en l'absence d'intervention, de voir la hernie discale cervicale C4-C5 évoluer vers une tétraparésie ».

A l'inverse, dans le second, le juge a estimé « d'une part, que l'intubation, pratiquée in extremis, présentait un caractère vital eu égard à l'état de coma diabétique et, d'autre part, que la complication

---

<sup>165</sup> CE 30 mars 2011, *M<sup>me</sup> J.*, n° 320581, Lebon ; AJDA 2011. 711.

<sup>166</sup> CE, 30 mars 2011, *ONIAM c. M. et M<sup>me</sup> H.*, n° 327669 : « qu'il appartenait à l'ONIAM d'indemniser au titre de la solidarité nationale la part du dommage subi par M. A résultant de l'aléa thérapeutique non réparée par les indemnités à la charge du centre hospitalier universitaire responsable de la perte de chance » ; Cass. 1<sup>re</sup> civ, 17 février 2011, n° 10-10.449, D. 2011. 675, obs. I. Gallmeister ; RTD civ. 2011. 356, obs. P. Jourdain ; Cass 1<sup>re</sup> civ, 11 mars 2010, n° 09-11.270, Bull. civ. I, n° 63.

<sup>167</sup> Sur le « caractère subsidiaire par rapport à l'indemnisation due par l'établissement de santé responsable au titre de la perte de chance », CE, 6 mars 2015, *Mme C.*, n°3680106 ; CE, 3 février 2016, n°378391 ; v. aussi : Cass. 1<sup>re</sup> civ, 10 septembre 2014, n° 13-22535 ; sur la délimitation de ce qui revient *in fine* à la charge de l'ONIAM : CE, 5 mai 2014, n°362281.

<sup>168</sup> M. Bacache, *Accidents médicaux : conditions d'indemnisation par l'ONIAM*, JCP éd. G, n°7, 16 février 2015, 193 ; P. Brun, O. Gout, Chron. Responsabilité civile, D. 2016, p. 35 ; J. Mahmoudi, *L'anormalité des conséquences d'un acte médical*, RFDA 2015, p.565 ; C. Lantero, *Précisions sur le critère d'anormalité du dommage*, AJDA 2015, p. 769.

<sup>169</sup> CE, 12 décembre 2014, n° 355052, n° 365211.

<sup>170</sup> J. Mahmoudi, *L'anormalité des conséquences d'un acte médical*, art. précité.

<sup>171</sup> F. Lambomez, *La portée de la notion de « conséquences anormales » dans le régime d'indemnisation des accidents médicaux*, RDSS 2015, p. 279, conclusions sur CE, 12 décembre 2014, *Mme Bourgeois*, n°365211 et *ONIAM c/ Bondoni*, n°355052.

survenue, « bien qu'exceptionnelle, est favorisée par divers facteurs, tenant en particulier aux conditions d'intervention en urgence lorsque le pronostic vital est engagé. Les conséquences de l'intubation n'étaient donc pas plus graves que celles auxquelles la patiente était exposée par sa pathologie.

Il n'en demeure pas moins que le juge administratif exerce un contrôle de la qualification juridique des faits sur le caractère anormal des conséquences d'un acte de prévention, de diagnostic ou de soins<sup>172</sup>. Quant à la Cour de cassation, elle a repris quasiment mot pour mot les critères proposés par le juge administratif<sup>173</sup>.

Anormalité et état antérieur sont deux notions étroitement liées ; l'une dépend de l'autre et on retrouve ce lien en jurisprudence selon si la victime était exposée au risque<sup>174</sup>. C'est en fonction de l'évolution prévisible de l'état antérieur que l'anormalité est établie.

Ce raisonnement est marqué par la temporalité : le juge se demande quelle est la pathologie initiale puis si le dommage est anormal eu égard à celle-ci. Il le fait en fonction des impératifs vitaux ou des risques inhérents à la pathologie initiale.

Pour cette raison, son office est empreint d'empirisme. Comme le résume le Professeur Philippe Brun : « l'état antérieur du patient se révèle par principe déterminant pour apprécier la condition d'anormalité. Cette condition sera toujours remplie lorsque l'acte médical entraîne des conséquences plus graves que celles auxquelles le patient était probablement exposé en l'absence de traitement. La fréquence du risque de complication n'a donc pas à être prise en considération »<sup>175</sup>.

***Les conditions de l'anormalité reprises par le juge judiciaire.*** La jurisprudence administrative présente une certaine logique sur la gravité du dommage en absence de traitement, la probabilité de survenance et la nécessité de l'intervention voire l'urgence au regard de la gravité de l'état du patient.

La jurisprudence judiciaire se rapproche étroitement de la conception du juge administratif en jugeant que si les conséquences de l'acte médical ne sont pas notablement plus graves que celles auxquelles le patient était exposé par sa pathologie en l'absence de traitement, elles ne peuvent être regardées comme anormales<sup>176</sup>.

---

<sup>172</sup> CE, 16 décembre 2013, n° 354268, *Mme Audy*, AJDA 2014. 1014 : « Qu'en en déduisant que le dommage ne pouvait être regardé comme anormal au regard de l'état de santé du patient comme de l'évolution prévisible de cet état, la cour n'a pas commis d'erreur de droit et a exactement qualifié les faits qui lui étaient soumis ».

<sup>173</sup> Pour la Cour de cassation, la condition d'anormalité est remplie « lorsque l'acte médical a entraîné des conséquences notablement plus graves que celles auxquelles le patient était exposé par sa pathologie de manière suffisamment probable en l'absence de traitement ; que, dans le cas contraire, les conséquences de l'acte médical ne peuvent être considérées comme anormales sauf si, dans les conditions où l'acte a été accompli, la survenance du dommage présentait une probabilité faible ; qu'ainsi, elles ne peuvent être regardées comme anormales au regard de l'état de santé du patient lorsque la gravité de cet état a conduit à pratiquer un acte comportant des risques élevés dont la réalisation est à l'origine du dommage ». Cass. 1<sup>re</sup> civ, 22 septembre 2016, n°15-22409 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ, 15 juin 2016, n° 15-16824.

<sup>174</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 4 février 2015, n°13-28.513, JurisData n°2015-001832, com. M. Girer, RGDM, n°55, juin 2015, pp. 450-453.

<sup>175</sup> P. Brun, O. Gout, Responsabilité civile novembre 2014 – novembre 2015, D. 2016. 35.

<sup>176</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 31 mars 2011, n°09-17135, Bull. n°69 ; v. en ce sens aussi : CE, 29 avril 2015, n°369473.

Pour analyser ces conséquences, le juge civil utilise la terminologie de l'acte de soins qui n'est pas en relation causale certaine et directe avec l'état de santé initial du patient <sup>177</sup>.

De cette manière, les cours suprêmes donnent le sentiment de parler d'une seule voix <sup>178</sup>.

Par ailleurs, la Cour régulatrice a ajouté que le fait qu'une complication soit connue et fréquente, puisqu'elle survenait dans 5 à 10% des cas, n'excluait pas l'indemnisation par la solidarité nationale dont la loi n'a pas entendu limiter à la rareté ou la fréquence du risque <sup>179</sup>. Elle a précisé par la même occasion que c'est une appréciation *in concreto* qui doit prévaloir pour juger de l'anormalité d'un dommage basée sur les éventuelles prédispositions du patient lui-même <sup>180</sup>.

En effet, les conséquences d'un accident médical s'apprécient notamment au regard de l'état de santé du patient au moment de l'intervention.

Partant de ce constat, la Cour de cassation analyse si l'évolution était prévisible dans le temps.

Ainsi, elle considère que « sont anormales les conséquences d'un accident médical sans rapport avec l'état de santé antérieur du patient ou son évolution prévisible à court terme » <sup>181</sup>.

Les risques fréquents, quand la pathologie du patient impose qu'ils soient pris, n'ont pas vocation à être indemnisés ; ce sont en quelque sorte les aléas normaux de la médecine.

Partant de ce constat, la doctrine affirme qu'un risque ne peut être considéré comme anormal si son taux de prévalence est supérieur à 5%, ce qui semble pour elle particulièrement bas <sup>182</sup>.

***L'usage délicat d'un critère de probabilité.*** Des auteurs dénoncent une approche probabiliste <sup>183</sup> qui ne résulte pas des dispositions du Code de la santé publique. D'autres critiquent une vision « erronée et contraire à la lettre du texte, qui exige d'apprécier l'anormalité, non de façon objective *in abstracto*, mais subjective et *in concreto* » <sup>184</sup>. Il est vrai que rien, dans les dispositions de la loi, ne fait référence à la probabilité du risque.

Il nous semble que les juridictions utilisent ce critère de probabilité pour déduire, peut-être hâtivement, qu'un risque connu et fréquent est implicitement consenti par le patient par le biais du devoir d'information. Le patient étant alors plus souvent exposé à celui-ci du fait même de sa pathologie en l'absence de traitement <sup>185</sup>.

---

<sup>177</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 4 février 2015, n°13-28.513.

<sup>178</sup> S. Hocquet-Berg, *La solidarité nationale réduite à peau de chagrin*, Resp. civ & Ass, n°2, février 2015, étude 2.

<sup>179</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 10 juillet 2014, n°13-21.603.

<sup>180</sup> Ibid.

<sup>181</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 2 juillet 2014, n°13-15.750.

<sup>182</sup> S. Hocquet-Berg, *La solidarité nationale réduite à peau de chagrin*, art. cité ; Cass. 1<sup>re</sup> civ. 2 juillet 2014, n° 13-15.750 : JurisData n° 2014-014856 ; JDSAM 4/2014, p. 55, note L. Morlet-Haïdara.

<sup>183</sup> Ibid.

<sup>184</sup> M. Bacache, note ss Cass. 1<sup>re</sup> civ, 2 juillet 2014 : D. 2014, p. 2362.

<sup>185</sup> Pour appuyer ce raisonnement, v. l'explication au BICC n°812 de l'arrêt Cass. 1<sup>re</sup> civ, 2 juillet 2014, n°13-15.750.

Quant au juge administratif, il a précisé comme le juge civil, dans son important arrêt précité de 2014, qu'il n'y a pas lieu de prendre en considération la fréquence du risque dans certains cas : si le dommage est sans commune mesure avec la pathologie initiale et que cette dernière n'exposait pas le patient à ce risque en l'absence d'intervention<sup>186</sup>.

Le caractère indispensable ou non de l'intervention est donc important. Certains auteurs ne s'y trompent pas : « il est vrai que le critère du caractère indispensable de l'intervention ne figure pas en tant que tel dans la loi. Pour autant, il apparaît à la lecture des arrêts que cette exigence n'est pas une condition autonome et supplémentaire de l'indemnisation, mais un indice parmi d'autres de l'exposition particulière du patient au risque qui s'est finalement réalisé, compte tenu de son état antérieur. En effet, cette recherche dépend, entre autres, de la nature de sa pathologie et surtout de son évolution, laquelle peut rendre indispensable l'intervention à risque »<sup>187</sup>.

Il y a donc une certaine logique à ce critère dont on conçoit qu'il restreint l'accès à la solidarité nationale et que certains auteurs accusent de contribuer inexorablement à l'amoindrissement de la portée de cette dernière<sup>188</sup> comme une peau de chagrin<sup>189</sup>. On pourrait d'ailleurs concevoir une indemnisation partielle qui constituerait une solution intermédiaire, comme le suggèrent certains auteurs<sup>190</sup>.

En dépit des critiques doctrinales, le juge civil, en matière de gravité du dommage, applique de manière littérale les dispositions de la loi en affirmant que le critère de l'anormalité est indépendant du critère de la gravité (fixé lui par décret) : « que la condition d'anormalité des conséquences préjudiciables de l'accident, distincte de celle de gravité de ces conséquences, s'apprécie au regard du seul état de santé antérieur du patient et de son évolution prévisible, sans égard à l'intensité du préjudice définitif subi par la victime du fait de l'accident »<sup>191</sup>.

De cette manière, il apparaît intéressant d'analyser les décisions du juge administratif et du juge civil pour éclaircir la notion d'anormalité. Comme la Haute-Juridiction, la Cour de cassation fait fi de savoir si le dommage résulte de la réalisation d'un risque fréquent ou exceptionnel, connu ou inconnu. Une indemnisation est possible quand le dommage est aggravé notablement eu égard à l'évolution prévisible du patient.

---

<sup>186</sup> CE., 12 décembre 2014, n° 365211 ; à l'inverse, les conséquences ne sont pas jugées anormales lorsque l'intervention était indispensable et présentait un risque important lié à la pathologie et qui s'est réalisé : Cass. 1<sup>re</sup> civ, 2 juillet 2014, n°13-15750.

<sup>187</sup> M. Bacache, A. Guégan-Lécuyer et S. Porchy-Simon, panorama, Recueil Dalloz 2014, p. 2362.

<sup>188</sup> S. Hocquet-Berg, *La solidarité nationale réduite à peau de chagrin*, art. cité.

<sup>189</sup> P. Jourdain, *Accidents médicaux : la solidarité nationale mise en échec par la prise en compte de l'état antérieur du patient*, RTD Civ. 2014. 899.

<sup>190</sup> O. Gout, chron. Responsabilité civile novembre 2013 – décembre 2014, D. 2015. 214 : « il n'est pas interdit, cependant, de défendre une autre position de « l'anormalité des conséquences », dès lors que la complication consécutive à l'acte médical n'est pas inéluctable. En effet, plutôt que de pratiquer la politique du tout ou rien, n'est-il pas envisageable de privilégier une solution intermédiaire conduisant à une indemnisation partielle lorsque, comme dans l'affaire jugée par la Cour de cassation, l'état antérieur de la victime n'est pas la cause unique du dommage dont elle sollicite l'indemnisation ? ».

<sup>191</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 11 mars 2014, n°13-13852.

Ainsi, on met en balance le bénéfique et le risque d'une intervention. Cet équilibre ne doit pas aboutir à une aggravation de la situation du patient. Il existe pour ce dernier un risque médical susceptible d'être pris en charge par la solidarité nationale.

L'office du juge est important et les faits ont un rôle déterminant. Cette condition d'anormalité se cumule avec le seuil de gravité fixé par décret, ce qui rend l'accès à la solidarité nationale parfois difficile. Il n'est pas certain que les tribulations autour de l'anormalité soient terminées.

La plupart de la doctrine appelle à baisser les seuils de gravité fixés par décret, jugés un peu trop élevés. Si ces derniers venaient à l'être, cela aurait nécessairement un impact sur les autres critères dont l'anormalité.

Le juge aura une nouvelle fois à statuer sur celle-ci pour des dommages moins graves ; la rigueur associée à l'anormalité devrait le cas échéant sans doute être atténuée.

D'autres difficultés sont aussi associées à l'interprétation de l'article L.1142-1-II du code de la santé publique, notamment sur le caractère « directement imputable à un acte de prévention, de diagnostic ou de soins »<sup>192</sup>, mais qui relèvent d'un questionnement plus global sur la causalité<sup>193</sup>. D'ailleurs, les deux juridictions ont clarifié la nature de l'action de l'ONIAM, à savoir une action récursoire et non une action subrogatoire<sup>194</sup>.

***De l'équilibre entre la responsabilité et la solidarité assuré par les juridictions suprêmes.*** Les juridictions suprêmes organisent les conditions de l'indemnisation par l'ONIAM. En premier lieu, elles doivent analyser la notion d'acte de soin eu égard à la finalité de l'acte<sup>195</sup>. Dans un second temps, elles déterminent le sens d'un dommage anormal comme nous avons pu l'étudier.

La Haute Juridiction détermine aussi le caractère nosocomial d'une infection<sup>196</sup>. Dans ce domaine, le critère de l'état antérieur semble moindre au profit de la cause étrangère.

---

<sup>192</sup> V. Cass. 1<sup>re</sup> civ, 10 septembre 2015, n° 14-24.691.

<sup>193</sup> Elle peut être établie en cas de probabilité sérieuse : Cass. 1<sup>re</sup> civ, 18 juin 2014, n°13-15.786.

<sup>194</sup> L. Bloch, *Infection nosocomiale : condition de l'action récursoire de l'ONIAM contre un professionnel de santé*, Resp. Civ. et ass., n° 2, février 2015, comm. 60 note sous Cass. 1<sup>re</sup> civ, 18 décembre 2014, n° 13-21019 ; D. Noguero, *L'action récursoire de l'ONIAM empêchée sur le fondement du manquement à l'obligation d'information du professionnel de santé*, Gazette du Palais, n°116-118, 26 au 28 avril 2015, p.15 ; F. Violla, *L'information est due au patient, pas à l'ONIAM*, Revue droit & santé n°64, mars 2015, pp. 224-225 ; P. Jourdain, *L'Oniam ne peut se prévaloir d'un défaut d'information du patient pour exercer un recours subrogatoire*, RTD. Civ. 2015, p. 154 ; une position alignée sur celle du Conseil d'Etat.

<sup>195</sup> V. sur les problématiques liées à la chirurgie esthétique : Cass. 1<sup>re</sup> civ, 5 février 2014, n°12-29.140 ; sur la finalité thérapeutique : CE, 3 novembre 1997, n° 153686, D. 1998. 146, note P. Chrestia, et 1999. 45, obs. P. Bon et D. de Béchillon ; AJDA 1997. 1016, et 959, chron. T.-X. Girardot et F. Raynaud ; RFDA 1998. 90, concl. V. Pécresse ; RDSS 1998. 519, note C. Clément.

<sup>196</sup> CE, 30 décembre 2014, n° 366415 : « Que la circonstance qu'elle avait été favorisée par l'état du patient n'était pas de nature à lui ôter son caractère nosocomial, ni d'ailleurs à la faire regarder comme résultant d'une cause étrangère ».

Dans une certaine mesure, on peut penser que le critère de l'anormalité est modulable selon l'infection en cause et qu'il est plus strict pour les infections iatrogènes que les infections nosocomiales<sup>197</sup> (lesquelles renvoient d'ailleurs aussi à une responsabilité de plein droit). « La question n'est donc pas de savoir si l'infection est probable, certaine ou même inévitable, mais bien de savoir si le germe est introduit en milieu hospitalier » comme le précise un auteur<sup>198</sup>.

Finalement, les cours suprêmes ont spécifié les modalités du recours subrogatoire de l'ONIAM<sup>199</sup> qui n'est pas lié par les avis CCI et l'étendue de celui-ci en cas de partage de responsabilité<sup>200</sup>, lequel peut être partiel ou intégral.

Il s'agit ici d'articuler au mieux les procédures amiables et contentieuses.

---

<sup>197</sup> CE, 29 décembre 2014, n° 367312.

<sup>198</sup> N. Knispel, *Appréciation du caractère nosocomial d'une infection au sens de l'article L.1142-1 du Code de la santé publique*, sous CE, 29 et 30 décembre 2014 : n°367312 et 366415, *Revue droit & santé* n°65, mai 2015, pp. 397-398.

<sup>199</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 10 septembre 2014, n°13-22535 ; D. Noguero, *Le recours subrogatoire de l'ONIAM est la sanction du seul assureur du responsable offrant une indemnité dérisoire à la victime*, *Gazette du Palais*, n°341-343, 7 au 9 décembre 2014, p. 19 ; pour le juge administratif : CE, 17 février 2016, n°384349 : si « l'ONIAM doit indemniser au titre de la solidarité nationale les victimes des infections nosocomiales les plus graves, cet établissement public ne peut être regardé comme le responsable des dommages que ces infections occasionnent » dans la mesure où l'art. L. 376-1 du Code de la sécurité sociale dispose que le recours de la caisse [...] subrogée dans les droits de la victime d'un dommage corporel, s'exerce contre les auteurs responsables de l'accident » ; v. aussi S. Brimo, *Droits de la victime et droits des tiers payeurs*, *AJDA*, n°7, 29 février 2016, p. 375.

<sup>200</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 10 septembre 2014, n° 13-22.535, F-P+B, D. 2014. 2221, note M. Bacache ; *RCA* 2014. comm. 384 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ, 18 décembre 2014, n° 13-24.377, FS-P+B+I, D. 2015. 72 ; *JCP* 2015, n° 217, note J. Knetsch ; v. la critique du Professeur P. Jourdain sur la méthode employée par la Cour de cassation : P. Jourdain, *Les recours de l'ONIAM qui, en présence d'un dommage imputable pour partie à une responsabilité médicale et pour partie à un accident médical, prend en charge la réparation de l'entier dommage*, *RTD. civ.* 2015, p. 150.

## C / La recherche d'un équilibre procédural

L'équilibre entre la solidarité et la responsabilité n'est pas basé uniquement sur les termes qui les séparent. Celui-ci dépend en grande partie de l'agencement de procédures parallèles que l'existence d'une dualité de juridictions est loin de faciliter.

***De la difficulté de faire coexister les spécificités de la procédure administrative avec la procédure amiable.*** Les exigences du contentieux administratif sont différentes dans la mesure où la victime doit impérativement effectuer une demande préalable<sup>201</sup>(même pour un recours indemnitaire) à partir de laquelle court un délai de recours contentieux.

La victime a alors deux mois pour saisir le juge administratif contre une décision préalable à compter de sa notification. Celle-ci doit comporter les délais et voies de recours<sup>202</sup>.

En cas de décision de rejet, la question du délai de saisine de la CCI se pose, alors que, dans l'absolu, il est préférable pour la victime de ne pas faire naître cette décision préalable et de se diriger directement vers la voie amiable.

La question était posée au Conseil d'Etat : quel est l'impact de l'absence de contestation de la décision préalable de l'établissement public dans le délai de recours contentieux sur la recevabilité de l'action subrogatoire de l'ONIAM devant le juge administratif ?

Pour le juge administratif, le délai de saisine des CCI est calqué sur le délai de recours contentieux devant le juge administratif en cas de décision préalable de rejet<sup>203</sup>.

De cette manière, la victime, en cas de décision de rejet, peut saisir soit la CCI, soit le juge administratif dans un délai de deux mois. Si ce délai n'a pas été respecté, l'ONIAM a la faculté de refus d'indemniser la victime en cas de décision définitive de rejet car la responsabilité de la puissance publique ne peut plus être engagée en lui opposant une fin de non-recevoir tirée de la forclusion de la victime. Quant aux tiers payeurs, ils peuvent demander le remboursement des sommes qu'ils ont versées indépendamment des actions exercées par les victimes.

Toutefois, « aucune disposition, ni législative ni réglementaire du Code de la santé publique, n'enferme la saisine des CCI par les victimes dans un délai précis (...). C'est alors que le Conseil d'État prend soin de rééquilibrer la solution en faveur de la victime en aménageant les conditions de l'alignement des procédures amiable et contentieuse.

---

<sup>201</sup> Article R. 421-1 du CJA.

<sup>202</sup> Article R. 421-5 du CJA.

<sup>203</sup> CE, avis du 17 septembre 2012, n°360280.

En effet, il reviendra à l'établissement public de santé de mentionner les voies et délais de recours ainsi que le caractère suspensif de la saisine de la CRCI lors de cette phase précontentieuse (...) que formalise la décision préalable de rejet. L'exigence de ces mentions dans la décision préalable de rejet vient ainsi en compensation de l'instauration d'un délai que la loi n'a pas expressément prévu. Car la notification ne fera pas courir le délai si elle ne comporte pas cette double indication »<sup>204</sup>.

***Un accès inégal à la procédure amiable selon le lieu de l'accident médical.*** Ce petit accommodement dissimule mal le problème de fond lié aux interférences des procédures juridictionnelles avec la procédure amiable<sup>205</sup>. Ce qui nécessairement, « crée une disparité entre la victime d'un accident médical imputable à un établissement ou à un professionnel de santé du secteur public et la victime d'un même accident imputable à un établissement ou à un professionnel de santé du secteur privé.

La procédure judiciaire n'est enfermée dans aucun délai similaire, dans la limite de la prescription, désormais décennale. En sorte que seule cette prescription peut lui être opposable dans le cadre de la procédure amiable<sup>206</sup>.

Par conséquent, il existe bien différents offices du juge de la responsabilité médicale offrant des garanties procédurales inégales pour les victimes.

Par ailleurs, le juge administratif opère aussi des distinctions en matière de prescription. Il a pu juger que « le législateur a entendu soumettre également à la prescription décennale les actions engagées contre l'ONIAM »<sup>207</sup> car « l'office est appelé, dans le cadre de ces dispositions à indemniser en lieu et place d'un professionnel ou d'un établissement de santé ».

Néanmoins, le délai n'est pas le même pour les dommages liés à des vaccinations obligatoires<sup>208</sup> ou en matière de contamination sanguine<sup>209</sup> dans la mesure où l'ONIAM intervient cette fois pour l'Etat.

Ce type d'exception, pour le Professeur Mireille Bacache, affaiblit « la construction d'un droit du dommage corporel et entrave l'harmonisation de la réparation des atteintes à la personne »<sup>210</sup>.

---

<sup>204</sup> M. Baldovini, *Les CRCI, l'ONIAM, les caisses de sécurité sociale et le juge*, Droit Administratif n°12, Décembre 2012, comm. 97.

<sup>205</sup> Déjà évoqué par G. Mémeteau, *Les commissions régionales, interférences avec les procédures juridictionnelles*, in « Manuel des commissions régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales », Bordeaux, Les Editions Hospitalières, 2004, p. 203.

<sup>206</sup> M. Baldovini, *Les CRCI, l'ONIAM, les caisses de sécurité sociale et le juge*, art. cité.

<sup>207</sup> Pour le Conseil d'Etat, il résulte de « de l'ensemble des dispositions du chapitre II du titre IV du livre I<sup>er</sup> de la première partie du code de la santé publique (...) que le législateur a entendu soumettre également à la prescription décennale les actions engagées contre l'ONIAM, sur le fondement du II de l'article L. 1142-1 ou sur le fondement de l'article L. 1142-1-1 du code de la santé publique, (...) l'office étant appelé, dans le cadre de ces dispositions, à indemniser en lieu et place d'un professionnel ou d'un établissement de santé ». CE, 23 juillet 2014, n° 375829.

<sup>208</sup> CE, 13 juillet 2011, n° 345756, Lebon. 362 ; D. 2011. 2044; AJDA 2011. 1468.

<sup>209</sup> CE, 26 mai 1995, n° 143238, AJDA 1995. 577, et 508, chron. J.-H. Stahl et D. Chauvaux ; RFDA 1995. 748, concl. S. Daël ; RDSS 1995. 724, obs. L. Dubouis ; Cass. 1<sup>re</sup> civ, 11 mars 2014, n° 13-10.697, D. 2014. 720, et 2021, obs. A. Laude ; JCP 2014. 612, obs. M. Bacache.

<sup>210</sup> M. Bacache, panorama, Recueil Dalloz 2014, p. 2362.

***Un enchaînement laborieux entre les juridictions et la procédure amiable : l'exemple de l'expertise.***

*In fine*, ce qui nous semble critiquable, c'est la difficulté de saisir les juridictions après les CCI.

En effet, les juridictions refusent de faire droit à une demande d'expertise lorsqu'elle a déjà été réalisée auprès d'une CCI (faute d'intérêt légitime).

On sait que les deux procédures peuvent être engagées en même temps mais la chose est bien plus complexe quand elles se succèdent au regard de cet élément clé de la procédure.

Question épineuse dans les cabinets d'avocats, le lien entre les CCI<sup>211</sup> et les juridictions a toujours été hasardeux. C'est pourquoi l'interrogation a trouvé un écho particulier avec la pratique de l'expertise ; en témoigne un arrêt marquant commenté par le Professeur Gérard Mémeteau<sup>212</sup> sur lequel nous aurons l'occasion de revenir.

L'expertise est la clef de voûte du droit médical aussi bien devant les commissions que dans les procédures judiciaires. Or, il nous semble assez étonnant qu'un justiciable ne puisse pas accéder à une juridiction lorsqu'une expertise a déjà été faite devant une commission.

L'avocat Frédéric Bibal signalait très justement qu'« il faut résoudre une contradiction fondamentale : la jurisprudence française ne peut à la fois considérer que les expertises des CCI ne sont que de simples mesures préparatoires à un éventuel règlement amiable des litiges relatifs à des accidents médicaux<sup>213</sup> et leur donner la même valeur qu'une expertise judiciaire »<sup>214</sup>.

Les CCI, du fait de leur nature, ne doivent pas constituer une fin en soi et encore moins un succédané à l'office du juge (a). Il faut garder à l'esprit que c'est ce dernier qui rend les décisions de justice (b).

---

<sup>211</sup> Il faut préciser que le décret n°2012-298 du 2 mars 2012 a supprimé le caractère régional des commissions. Les CRCI sont désormais nommées CCI : Commissions de Conciliation et d'Indemnisation même si rien n'a été changé sur le site de l'ONIAM et des CRCL.

<sup>212</sup> G. Mémeteau, *La séance de la flagellation des commissions de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales*, Gazette du Palais, 26 juin 2014 n°177, p. 11 sous CA, Lyon, 8<sup>e</sup> ch., 26 novembre 2013, n° 12/04924, P. Vencent, prés. ; SCP Laffly et ass., SELARL Cabinet MOR, SCP Tudela et ass., Hélène Fabre, SCP Aguiraud Nouvellet, M<sup>es</sup> Olivier Saumon, Nathalie Rose et Florence Monteret-Amar, av.

<sup>213</sup> CE, 10 octobre 2007, n°306590, arrêt SACHO et Cass. 1<sup>er</sup> civ, 6 mai 2010 n°09-66.947.

<sup>214</sup> F. Bibal, *Recours devant la CEDH – refus des juridictions nationales d'ordonner une expertise juridictionnelle en raison de l'existence d'une expertise amiable CCI*, 27 mai 2011, www.cabinet-arpej.eu.

## a) La nature amiable et le rôle facultatif de la CCI

La CCI est une commission gracieuse (1), celle-ci vise à faciliter le règlement du contentieux de la responsabilité médicale ; sa saisine est en ce sens facultative (2).

### 1) *La CCI est une commission gracieuse*

La loi du 4 mars 2002 a mis en place un régime de réparation des accidents médicaux basé sur la solidarité nationale. Les commissions de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux et affections iatrogènes et des infections nosocomiales (CCI) ont été créées par décret (3 mai 2002) en application des articles L.1142-6 et L.1143-1 du code de la santé publique.

L'article L.1114-4 prévoit que « la commission régionale de conciliation et d'indemnisation mentionnée à l'article L. 1142-5, réunie en formation de conciliation, peut être saisie par toute personne de contestations relatives au respect des droits des malades et des usagers du système de santé ».

Le premier recours se fait devant les commissions de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux. La CCI reçoit les demandes d'indemnisation amiables des patients ou de leurs ayants droit. Elle doit en premier lieu apprécier la recevabilité de celle-ci. Lorsqu'elle est recevable, la CCI étudie l'affaire après expertise médicale et audition des parties.

Le Président de la CCI missionne un ou des experts, inscrits sur la liste tenue par la commission nationale des accidents médicaux (CNAMed). Elle décide du préjudice et de son indemnisation.

L'avis est délivré aux parties ainsi qu'au payeur (l'ONIAM en cas d'aléa thérapeutique), ou aux assureurs des professionnels de santé ou des établissements. Les commissions ont donc une double compétence : pour les accidents fautifs (engageant la responsabilité des acteurs de santé) et les accidents non fautifs (aléa thérapeutique).

L'établissement des CCI a pour but de faciliter le règlement des contentieux de la responsabilité médicale avec l'objectif implicite d'orienter le justiciable vers des voies parallèles aux juridictions ; sa nature est donc strictement gracieuse<sup>215</sup>.

---

<sup>215</sup> « L'institution judiciaire est aujourd'hui « concurrencée » par des modes différents de règlement des litiges, tels que la médiation ou l'arbitrage, ou par le recours à un traitement para-administratif des contentieux (...). Pour faire face à cette situation et réagir, il faut que le procès et la procédure soient le moyen de parvenir au règlement des litiges, et non celui de provoquer leur enlèvement ». A. Lacabarats, *La réception du nouveau Code de procédure civile par la jurisprudence*, in « Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005) », (Sous la dir. de J. Foyer, C. Puigelier), Paris, Etudes juridiques 25, Economica, 2006, 490 p, pp. 42-43.

## 2) *Le rôle facultatif de la CCI*

Les missions des CCI consistent à favoriser la résolution des conflits par la médiation, et permettre l'indemnisation des victimes d'accidents médicaux<sup>216</sup>.

La saisine de la commission est une option supplémentaire offerte par la solidarité nationale pour les personnes victimes d'un accident médical. Elle n'a aucun caractère obligatoire, la victime peut directement s'adresser à un juge ou chercher un règlement amiable avec l'acteur de santé concerné.

C'est une voie appréciée pour sa facilité (dépôt d'un simple formulaire, audition orale), sa rapidité (en moyenne onze mois d'attente au niveau national même si la loi exige un délai de 6 mois) et sa gratuité ; elle constitue souvent une première alternative intéressante.

La CCI n'est pas une juridiction, c'est une commission de recours gracieux, elle laisse la possibilité au patient d'être indemnisé dans un cadre amiable.

Le fait que ce soit une commission administrative explique sa composition très large (vingt membres élus pour trois ans parmi les usagers, professionnels de santé, représentants des établissements de santé, assureurs, ONIAM, personnalités qualifiées)<sup>217</sup>.

Les avis de la CCI ne sont pas des décisions au sens juridictionnel du terme : il n'y a donc aucun recours, les avis ne sont pas publiés ni obligatoirement motivés. A ce titre, l'ONIAM se réserve le droit de refuser, ou non, l'avis des CCI<sup>218</sup>.

Cette absence de recours est compensée par le fait de pouvoir engager une procédure contentieuse. La nature des CCI n'est pas bien identifiée, on évoque parfois un « OJNI : objet jugeant non – ou pas toujours bien – identifié »<sup>219</sup>.

Les juridictions n'ont aucun lien avec ces commissions administratives indépendantes qui constituent une voie différente.

---

<sup>216</sup> [www.oniam.fr](http://www.oniam.fr)

<sup>217</sup> Article R. 1142-5 et R. 1142-6 du code de la santé publique pour la liste précise et la durée de nomination pour trois ans renouvelable.

<sup>218</sup> CE, 10 octobre 2007, n°306590. Cass 2<sup>e</sup> civ, 6 mai 2010 n°09-66947.

<sup>219</sup> « Un double paradoxe pour cet OJNI (objet jugeant non – ou pas toujours bien – identifié) que constitue la commission régionale de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux (CRCI), dans le ciel de l'unification des pratiques : – son champ est étroitement limité : dans l'espace (ce n'est « que » celui du risque médical même si, sur son terrain, sa part de marché est aujourd'hui l'équivalent de celle des tribunaux, avec plus de 4 000 dossiers par an) et dans le temps (il n'est qu'un moment dans un processus d'indemnisation, ne statuant que sur son cadrage et, encore, sans force exécutoire...) ; – c'est une sorte de trublion : quoi ? Il fallait déjà gérer la dualité d'ordres juridictionnels et voilà maintenant qu'il faut faire ménage à trois ! Avec le risque des abus de shopping ou du butinage procédural : un petit tour en CRCI pour prendre la température du dossier, un petit tour au tribunal pour tâter le pouls du juge... Et, avec des commissions indépendantes, sans la contrainte unificatrice de l'appel ou de la cassation... ». D-H. Matagrín, *L'unification des autres outils de l'indemnisation Table ronde : L'unification des outils médico-légaux de l'évaluation*, Gazette du Palais, 24 décembre 2011 n° 358, p. 31.

D'ailleurs « cet avis ne peut être contesté qu'à l'occasion de l'action en indemnisation introduite devant la juridiction compétente par la victime, ou des actions subrogatoires », dispose l'article L.1142-8 du code de la santé publique.

Le code de la santé publique a précisé en son article L.1142-7 que ces deux voies étaient indépendantes même s'il faut prévenir la juridiction ou la commission en cas de recours parallèle. « La personne informe la commission régionale des procédures juridictionnelles relatives aux mêmes faits éventuellement en cours. Si une action en justice est intentée, la personne informe le juge de la saisine de la commission ». Le fait est que « la saisine de la commission suspend les délais de prescription et de recours contentieux jusqu'au terme de la procédure de règlement amiable ».

Il y a donc des difficultés d'agencement qui peuvent apparaître entre ces différents systèmes comme le souligne le Professeur Dominique Thouvenin : « si l'expertise joue un rôle déterminant sur la décision rendue, parce qu'elle permet d'établir la preuve de faits, elle n'est pas régie par les mêmes règles selon qu'elle est diligentée par une CCI ou par une juridiction. Et l'intérêt de cet arrêt tient à ce qu'il met en lumière à la fois les disparités de régime juridique de chaque type d'expertise et les difficultés d'articulation entre des systèmes différents (...) »<sup>220</sup>.

Ainsi, la possibilité de faire appel aux commissions n'est qu'une option mais pas une fin. Les juridictions ont pu rappeler la séparation de celle-ci avec la procédure judiciaire ; ce qui dénote le rôle déterminant du juge.

## b) Le rôle régulateur du juge

Les juges ont précisé la séparation de principe entre le régime de la solidarité nationale et les recours juridictionnels (1), quitte à les hiérarchiser parfois d'une manière aléatoire (2). Ces distinctions appellent à clarifier la jurisprudence pour permettre aux victimes de bénéficier d'un recours effectif conformément à l'esprit de la loi du 4 mars 2002 (3).

### *1) Des recours distincts en apparence*

Le Conseil d'Etat a réaffirmé cette séparation dans un arrêt de principe du 10 octobre 2007<sup>221</sup> : « Les commissions régionales de conciliation et d'indemnisation, dont la saisine est dépourvue de caractère obligatoire, et dont les avis ne lient pas l'ONIAM, sont des commissions administratives dont la mission

---

<sup>220</sup> D. Thouvenin, *La prise en considération devant une juridiction d'une expertise médicale demandée par une Commission de conciliation et d'indemnisation*, RDSS 2014. 897.

<sup>221</sup> N°306590 arrêt Sachot.

est de faciliter, par des mesures préparatoires, un éventuel règlement amiable des litiges relatifs à des accidents médicaux, des affections iatrogènes ou des infections nosocomiales.

Le recours à cette procédure par la victime n'est pas exclusif de la saisine du juge compétent d'une action en indemnisation, saisine qui peut intervenir à l'initiative de la victime avant l'engagement de la procédure, pendant celle-ci ou après l'échec de la tentative de règlement amiable ».

La Cour de cassation a fait de même dans un arrêt du 6 mai 2010<sup>222</sup> : « les CCI étant des commissions administratives dont la mission est de faciliter, par des mesures préparatoires, un éventuel règlement amiable des litiges relatifs à des accidents médicaux, des affections iatrogènes ou des infections nosocomiales, la cour d'appel a retenu, par une exacte application des textes prétendument violés, que l'ONIAM n'était pas lié par l'avis émis par la CCI ». Les avis sont donc désignés comme de simples actes préparatoires<sup>223</sup>.

Ces deux recours ont été nettement distingués mais les juges se sont rarement prononcés sur la pertinence du choix du recours, voire la supériorité de l'un sur l'autre.

## 2) *Des recours liés et parfois hiérarchisés : une jurisprudence ambiguë*

Les juridictions se sont montrées parfois sévères. Les magistrats du référé de l'ordre administratif qualifiaient de contre-expertise une nouvelle demande devant les juridictions en estimant que celle-ci était inutile. Une position validée a posteriori par le Conseil d'Etat<sup>224</sup> qui acceptait une nouvelle expertise quand le rapport des CCI semblait incomplet<sup>225</sup>.

Les juges civils admettent plus facilement, au stade du référé, une nouvelle expertise après une expertise en CCI à l'appui de l'article 145 du Code de procédure civile.

La Cour régulatrice paraissait quant à elle plus réticente et, dans la ligne directrice du CE, avait soutenu que « la cour d'appel, après avoir souverainement apprécié la valeur et la portée des éléments de preuve soumis à son examen » a décidé que « M. Z ne justifiait pas d'un intérêt légitime à obtenir une expertise complémentaire »<sup>226</sup>. L'arrêt n'a pas été publié et il est encore difficile d'y voir une position de principe.

---

<sup>222</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 6 mai 2010 n°09-66.947.

<sup>223</sup> Voir F. Bibal, *Recours devant la CEDH – refus des juridictions nationales d'ordonner une expertise juridictionnelle en raison de l'existence d'une expertise amiable CCI*, article, cité.

<sup>224</sup> CE, 4 octobre 2010, *Jeljeli*, n°332837 : « La mesure sollicitée ne présentait pas de caractère utile ».

<sup>225</sup> Le « rapport des experts de la CCI ne comporte aucun élément sur le point de savoir si, en l'absence de toute contamination, l'évolution de l'état de M. A aurait néanmoins rendu inévitable son amputation » et que « dans le cas contraire, il y a lieu d'évaluer les conséquences qu'aurait pu comporter cette infection, indépendamment de l'évolution prévisible de l'état du patient ». CE, 18 décembre 2015, n°388772.

<sup>226</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ. 14 janvier 2010, n°09-10521.

Il existe toutefois un flottement dans la jurisprudence dans la mesure où le juge administratif a soutenu que la CCI ne rendait que des simples avis et que rien n'empêchait une victime de se retourner contre l'hôpital après avoir sollicité l'avis d'une CCI.

Dans le même temps, le Conseil d'Etat a aussi estimé que la demande d'indemnisation adressée à la CCI vaut demande préalable en indemnisation obligatoire dans un recours de plein contentieux et constitue ainsi une réclamation au sens de l'article R.421-1 du code de justice administrative liant la victime au contentieux<sup>227</sup>.

***Des différences de point de vue sur la qualité des expertises en CCI.*** Le Professeur Dominique Thouvenin démontre que les juridictions administratives accueillent plus favorablement les expertises effectuées en CCI<sup>228</sup>. Pour le juge administratif, « si la nouvelle demande a en réalité pour objet de contester la manière dont l'expert a rempli sa mission ou les conclusions de son rapport, elle relève du tribunal administratif saisi du fond du litige, à qui il reste loisible d'ordonner, s'il l'estime nécessaire, toute mesure d'instruction »<sup>229</sup>.

Cette solution a été confirmée par le Conseil d'Etat qui a jugé que la prescription d'une mesure d'expertise par le juge des référés est subordonnée au caractère utile de cette mesure et doit être appréciée au vu des pièces du dossier, notamment du rapport de l'expertise prescrite par la CCI s'il existe<sup>230</sup>.

Le juge administratif admet la nature différente de cette expertise sans en contester la qualité<sup>231</sup>.

A l'inverse, le juge civil demeure un peu plus sceptique<sup>232</sup>.

Le juge civil a parfois considéré – et en partie à juste titre – que l'expertise judiciaire offrait des garanties procédurales supérieures à une expertise en CCI.

---

<sup>227</sup> TA, Versailles, 8 juillet 2008, n°0612201, AJDA n°44/2008 du 29 décembre 2008, p. 2470.

<sup>228</sup> D. Thouvenin, *La prise en considération devant une juridiction d'une expertise médicale demandée par une Commission de conciliation et d'indemnisation*, article. cité. Sa position est d'ailleurs opposée à la nôtre : « Alors que coexistent plusieurs procédures, de nature juridictionnelle ou extra juridictionnelle qui sont autant de ressources pour les victimes d'accidents médicaux et qu'elles obéissent à des règles voisines en matière d'expertise, il n'y a pas lieu d'établir une hiérarchie entre types d'expertises ».

<sup>229</sup> CAA, Douai 21 janvier 2013, n° 12DA00942.

<sup>230</sup> CE, 4 octobre 2010, n° 332836, au Lebon ; AJDA 2010. 1913.

<sup>231</sup> Quant aux Cours administratives d'appel et au Conseil d'Etat, le sens de leurs décisions est sans ambiguïté et unanime : l'expertise demandée par une CCI « présente les mêmes garanties procédurales qu'une expertise juridictionnelle » (CAA, Marseille 16 avril 2009, n° 08MA04599, préc.), sachant que la loi dispose « notamment que le collège d'experts ou l'expert s'assure du caractère contradictoire des opérations d'expertise, qui se déroulent en présence des parties ou celles-ci dûment appelées et que ces dernières peuvent se faire assister d'une ou des personnes de leur choix » (CE, 4 octobre 2010, n° 332836, préc.).

<sup>232</sup> Plusieurs arrêts rendus sur cette même question par des Cours d'appel vont dans le même sens, l'argument principal étant le suivant : l'expertise d'une CCI et l'expertise judiciaire *n'étant pas de même nature*, l'expertise demandée au juge des référés n'apparaît pas comme une demande de contre-expertise. CA, Douai, 31 octobre 2007, n° 07/02999 ; « la demande d'expertise judiciaire » ne « pouvait s'analyser en une demande de contre-expertise, en l'absence de toute procédure contentieuse et d'expertise judiciaire antérieure » (CA, Versailles, 9 avril 2008, n° 07/05398.) ; de même, est-il observé que « la procédure devant cette commission est une *procédure extra-judiciaire* » qui, si elle n'aboutit pas, ne prive pas la personne s'estimant victime d'un accident médical de « la possibilité de saisir l'autorité judiciaire et de réclamer une expertise judiciaire » (CA Grenoble, 2 octobre 2007, n° 06/02887).

L'attendu d'une décision de la cour d'appel de Lyon est éclairant : « il est désormais bien établi en droit que l'expertise diligentée par la CCI a pour finalité la recherche d'une solution amiable, qu'elle n'est qu'une base de discussion permettant la recherche d'une solution négociée, qu'elle n'offre pas les garanties d'impartialité d'une expertise judiciaire. Cet avis technique ne peut donc être considéré comme constituant une véritable expertise offrant les garanties à la fois d'impartialité pour être ordonnée par un juge sur une liste de professionnels reconnus, pour respecter le principe du contradictoire, pour laisser aux parties la possibilité de s'entourer de conseils et de faire tenir au technicien commis ses observations, toutes garanties offertes par une expertise judiciaire respectant les dispositions du Code de procédure civile. Ainsi, c'est bien à tort que le premier juge a pu considérer que la présente demande devait s'analyser comme constituant une demande de contre-expertise ne pouvant être satisfaite devant le juge des référés »<sup>233</sup>.

Cette position<sup>234</sup> mérite d'être généralisée et donc reprise par la Cour régulatrice. Un éclaircissement et une position commune aux deux juridictions suprêmes est tout aussi souhaitable.

Cet arrêt a été critiqué par le Professeur Gérard Mémeteau, lui-même membre d'une CCI et qui, par expérience, propose de lire « la loi en son état : la CCI dit le droit ; elle est indépendante, respecte une procédure organisée (sauf quant aux recours) et tranche véritablement le litige sur la base des normes du droit de la responsabilité civile ou administrative, ou de l'équité (qui est du droit en dépit de Mourlon). Ceci caractérise la juridiction, établie par la loi, un tribunal même non intégré aux structures judiciaires ordinaires »<sup>235</sup>.

Sans nier la qualité des CCI, de leurs membres et de leurs experts, ainsi que sa procédure facilitée et accélérée, il faut rappeler qu'elle n'est pas – à proprement parler - une juridiction, précisément parce qu'elle n'est pas strictement soumise aux règles procédurales des juridictions et qu'aucune voie de recours n'est possible, si ce n'est devant une (véritable) juridiction.

L'article 6-1 de la convention européenne des droits de l'homme exige que le tribunal soit indépendant et impartial mais établi comme tel par la loi et que le jugement (et non l'avis) soit rendu publiquement (ce qui n'est pas le cas en CCI). Par ailleurs, ces droits doivent être assurés par un recours effectif devant une instance nationale (article 13 convention EDH).

---

<sup>233</sup> CA, Lyon, 8<sup>e</sup> ch., 26 novembre 2013, n° 12/04924, P. Vencent, prés. ; SCP Laffly et ass., SELARL Cabinet MOR, SCP Tudela et ass., Hélène Fabre, SCP Aguiraud Nouvellet, M<sup>es</sup> Olivier Saumon, Nathalie Rose et Florence Monteret-Amar, av.

<sup>234</sup> Ibid.

<sup>235</sup> G. Mémeteau, *La séance de flagellation des commissions de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales*, article. cité ; Il défend la nature juridictionnelle des CCI : G. Memeteau, *Le juge ignorant la médecine ?* Gazette du Palais, 8 février 2014 n° 39, p. 12.

Plusieurs membres de CCI ont rappelé sans ambages que « la CCI n'est pas une juridiction, c'est une commission de recours gracieux, ce qui implique notamment que la saisine de la CCI laisse au patient son droit à indemnisation judiciaire, que la décision d'indemnisation ne fixe pas un montant mais des principes de compensation du préjudice – le montant réel étant établi entre le payeur et le demandeur ». Et ce d'autant plus qu' « il ne peut y avoir, au sens strict, de jurisprudence des CCI, commissions administratives, dont les avis ne sont pas publiés »<sup>236</sup>.

Il ne s'agit pas de marginaliser les CCI, encore moins de contester leur existence, mais d'assurer une harmonisation entre ces différentes voies de recours de sorte que les victimes ne soient pas contraintes de choisir l'une ou l'autre. En effet, si ces dernières devaient choisir, on conseillera plus facilement à une victime (surtout si elle dispose des ressources nécessaires) de s'adresser directement au tribunal où un recours effectif est possible.

De même, au-delà d'une hiérarchisation des expertises qui n'est pas souhaitable, il apparaît nécessaire de clarifier les passerelles entre les commissions et les juridictions.

Il est difficilement concevable que, suite à un recours devant une CCI, un recours juridictionnel en vue d'une nouvelle expertise n'ait pas la même suite selon qu'il soit adressé au juge civil ou administratif.

### 3) *Des recours à faciliter dans l'esprit de la loi du 4 mars 2002*

Il nous semble que le refus d'une seconde expertise altère l'esprit de la loi du 4 mars 2002 consacrée aux droits des patients. Si les juridictions de première instance refusent une seconde expertise, elles dénaturent les spécificités même de la CCI : commission gracieuse, et poussent les patients à venir dans un premier temps devant les juridictions puis dans un second temps devant la commission.

Cette pratique vide de son sens la loi du 4 mars 2002 qui ambitionnait de valoriser en priorité la phase amiable, cette priorité est compensée par le droit de poursuivre dans une voie contentieuse.

De plus, l'ONIAM n'est pas lié par l'avis des CCI et une voie de recours est prévue contre l'ONIAM<sup>237</sup>.

On ne comprend donc pas pourquoi les juridictions le seraient vis-à-vis des CCI. La loi étant censée accorder aux patients des facilités et non des cloisonnements. Ainsi, même s'il existe une contestation à l'encontre de l'ONIAM, c'est le juge administratif qui tranchera.

---

<sup>236</sup> P. Greslé et D. Hyenne – membres de la CRCI Rhône-Alpes, *Les 10 ans de la loi Kouchner : la CRCI et les droits des patients*, <http://www.oniam.fr/crci/votre-commission-regionale/rhone-alpes>, 2012.

<sup>237</sup> « La victime, ou ses ayants droit, dispose du droit d'action en justice contre l'office si aucune offre ne lui a été présentée ou si elle n'a pas accepté l'offre qui lui a été faite. L'action en indemnisation est intentée devant la juridiction compétente selon la nature du fait générateur du dommage ». Article L. 1142-20 du code de la santé publique.

Il arrive parfois que l'expertise de la CCI et l'expertise judiciaire s'opposent ; dans ce cas, l'ONIAM accorde implicitement, si la position lui est favorable, le bénéfice du doute à l'expertise judiciaire<sup>238</sup>.

Rappelons enfin que, compte tenu des distinctions entre le juge administratif et le judiciaire, il est plus judicieux pour une victime d'aller directement devant le juge civil que devant une CCI, laquelle utilise le référentiel de l'ONIAM bien connu du juge administratif<sup>239</sup>.

***Un accès entravé au juge de droit commun.*** Sur le plan international, le justiciable a le droit d'obtenir un recours effectif devant un juge : « Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles » (article 13 de la CEDH).

On peut trouver une analogie avec l'arrêt *Bellet c/France* de la CEDH de 1995<sup>240</sup>. En l'espèce, un hémophile transfusé et contaminé par le virus du sida avait bénéficié d'une indemnisation de la part du fonds de garantie établi à cet effet.

Par la suite, ce dernier a demandé un surplus d'indemnisation devant le juge civil, ce que la Cour de cassation a refusé. La CEDH a condamné la France en estimant que la victime a été privée de son droit d'accès effectif à un tribunal.

***L'opacité des procédures judiciaires et amiables dans le système d'indemnisation.*** L'avocat Frédéric Bibal affirmait justement qu'« il apparaît ainsi que les mesures préparatoires prises dans le cadre de la procédure amiable sont susceptibles de faire grief aux justiciables, de leur être opposées alors que ces derniers n'ont reçu aucun avertissement sur leur incidence en matière juridictionnelle et bien au contraire ont été faussement assurés de l'indépendance et de l'étanchéité des deux systèmes (amiable et juridictionnel). (...) Entretenir une telle confusion à propos de la nature des CCI (une commission administrative ? une juridiction ?) n'est plus envisageable et notamment au détriment des justiciables. L'insécurité juridique dans laquelle se retrouvent les requérants dans une matière aussi sensible que le droit du dommage corporel est inacceptable »<sup>241</sup>.

---

<sup>238</sup> F. Boyer, *Oniam : un nouveau motif de refus des avis de CRCI*, 29 octobre 2011, cabinet-arpej.eu.

<sup>239</sup> A ce propos : L. Wada, *Entre juge civil et administratif : les écarts se creusent*, Les Petites Affiches, 23 juillet 2013 n° 146 ; F. Bibal, *la CCI (ex CRCI) n'est pas la seule voie pour obtenir une expertise de qualité sans frais*, 25 juillet 2013, cabinet-arpej.eu

<sup>240</sup> CEDH, 4 décembre 1995, *Bellet c. France*.

<sup>241</sup> F. Bibal, *Recours devant la CEDH – refus des juridictions nationales d'ordonner une expertise juridictionnelle en raison de l'existence d'une expertise amiable CRCI*, article cité.

**La crainte du shopping procédural.** Cette position s'explique par des considérations qui ne sont pas uniquement juridiques : freiner ce qu'on nomme le shopping procédural et les abus entre les différentes voies. Cette expression désigne le fait pour un justiciable de choisir la voie qui lui est la plus favorable selon le cas d'espèce (CCI ou juridictions) quitte à alterner les demandes afin d'obtenir gain de cause.

« La simplicité a une contrepartie, le shopping procédural relevé par le président de la CCI Rhône-Alpes : la saisine de la CCI en même temps que la saisine d'un tribunal administratif ou civil – voire même, d'un tribunal pénal en troisième ligne », affirment certains membres de CCI<sup>242</sup>.

« Les victimes pratiquent volontiers le shopping procédural (...). Elles peuvent ainsi en opportunité opter pour l'appel à la solidarité nationale, plutôt que se fonder sur la faute » notait lui aussi le Vice-président du Conseil d'Etat Jean-Marc Sauvé<sup>243</sup>.

Pourtant, il existe de nombreux cas où une nouvelle expertise devant une juridiction est pleinement justifiée et en principe, rien ne s'oppose à ce qu'une victime puisse successivement, voire concomitamment entamer une procédure judiciaire et un recours amiable.

La CCI n'est pas la seule voie pour avoir une expertise de qualité et à moindres frais.

La Cour de cassation a validé le procédé qui consiste à allouer une indemnité à la victime pour supporter la procédure avant même l'établissement d'une quelconque responsabilité <sup>244</sup>.

Cet arrêt marque une évolution notable et favorable aux victimes et il gagnerait à être plus souvent appliqué car il prend en compte la différence souvent importante de ressources entre les victimes et les établissements de santé. L'avocat Frédéric Bibal note à ce sujet qu' « il est donc abusif d'affirmer qu'une expertise judiciaire est systématiquement plus coûteuse qu'une expertise CCI. Elle sera par ailleurs le plus souvent de bien meilleure qualité, en raison notamment du recours au pré-rapport, procédé très rare en matière de CCI » <sup>245</sup>.

Il n'en demeure pas moins que le juge est le garant de l'état de Droit ; le lien qu'il entretient avec le justiciable ne doit pas être rompu. L'ONIAM assure sur son site que « la saisine de la commission est une facilité supplémentaire mise à disposition par la solidarité nationale pour les personnes s'estimant victimes d'un accident médical. Elle n'a aucun caractère obligatoire ».

---

<sup>242</sup> P. Greslé et D. Hyenne – membres de la CRCI Rhône-Alpes, *les 10 ans de la loi Kouchner : la CRCI et les droits des patients*, <http://www.oniam.fr/crci/votre-commission-regionale/rhone-alpes>, 2012.

<sup>243</sup> Santé et justice : quelles responsabilités ? Dix ans après la loi du 4 mars 2002 colloque 20 et 21 octobre 2011, intervention de Jean-Marc Sauvé, op. cité.

<sup>244</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 27 juin 2013, n°12-19.286, publié au bulletin.

<sup>245</sup> F. Bibal, *La CCI (ex CRCI) n'est pas la seule voie pour obtenir une expertise de qualité sans frais*, article. cité.

Si les juges de la cour d'appel de Lyon ont opéré une sorte de hiérarchisation entre l'expertise CCI et l'expertise judiciaire<sup>246</sup>, celle-ci est largement justifiée par le fait que « la discrimination ainsi constatée dans la jurisprudence de la Cour de cassation entre l'expertise judiciaire et les autres expertises s'explique certainement par le fait que seule la première est soumise aux règles précises et contraignantes du Code de procédure civile qui imposent le respect sans faille du contradictoire tout au long des opérations d'expertise, et non seulement après le dépôt du rapport de l'expert »<sup>247</sup>.

La différence fondamentale réside dans le fait que la commission donne un avis tandis que le juge rend une décision de justice et le principe d'un État de droit est de ne jamais entraver l'accès au second.

---

<sup>246</sup> CA, Lyon, 8<sup>e</sup> ch., 26 novembre 2013, n° 12/04924.

<sup>247</sup> T. Moussa, *L'expertise judiciaire et les autres expertises au regard du principe de la contradiction*, BICC, hors-série, Rencontre Université-Cour de cassation, *La procédure civile*, 23 janvier 2004.

## Conclusion du chapitre 1

Les différentes procédures amiables illustrent le vaste mouvement de valorisation des modes alternatifs de règlement des conflits pensés de manière complémentaire aux modes traditionnels de résolution des conflits<sup>248</sup>.

Si l'indemnisation par la solidarité nationale a été un progrès pour les victimes des aléas thérapeutiques les plus graves, elle n'en a pas moins complexifié l'office du juge. Ce dernier a dû déterminer le sens à donner à un aléa thérapeutique qui gravite autour de l'anormalité.

Ses contours, après plusieurs incertitudes, ont été globalement tracés par le Conseil d'Etat dans la mesure où la notion lui était familière. La notion reste cependant intrinsèquement évolutive et ne saurait être entièrement définie sur le principe ; elle doit être modulée par le juge (et par l'entremise des experts) selon le cas en l'espèce.

De plus, le juge doit contribuer à un bon agencement procédural entre les procédures amiables et juridictionnelles. La première difficulté réside dans le fait que les règles de procédure administrative sont différentes des règles de procédure civile. A ce titre, le juge administratif a calqué ses exigences procédurales sur les procédures amiables des CCI quitte à créer une différence entre les victimes.

De cette manière, on peut penser que ces modes amiables de résolution des conflits concurrencent naturellement les modes de résolution juridictionnels puisque les expertises qu'ils effectuent ont la même portée que les expertises judiciaires. Le risque serait ici de restreindre l'accès des victimes devant les juridictions quand elles se sont orientées en premier lieu vers un règlement amiable. Le constat est plus flagrant devant les juridictions administratives alors qu'il est moins équivoque devant les juridictions civiles.

Le but implicite et parfois avoué est de limiter au maximum le champ d'intervention du juge, déjà particulièrement réduit par la prépondérance des transactions en ce domaine. Il existe un phénomène paradoxal : la judiciarisation contribue à augmenter les pouvoirs du juge mais, dans le même temps, on constate des phénomènes de fuites vers des solutions extrajudiciaires<sup>249</sup>.

« La conciliation, vieux rêve du droit français, vestige d'un âge d'or du consensus social, ou finalité urgente et nécessaire de nos temps modernes » ? se demandent certains auteurs<sup>250</sup>.

---

<sup>248</sup> M. Harichaux, *Sur la procédure de règlement amiable et de conciliation de la loi du 4 mars 2002*, revue d. sanit. soc. 2004, p. 348.

<sup>249</sup> G. Flécheux, *La judiciarisation de la société*, Les Petites Affiches, 25 octobre 2000, n°213, p. 58.

<sup>250</sup> J-C. Bonan, *Le juge d'instance : logiques fondatrices des pratiques et du discours judiciaire dans la France contemporaine*.

Ce monopole de la conciliation illustre en grande partie les théories contractualistes issues du modèle anglo-saxon<sup>251</sup>, dans une société où prévalent désormais la négociation et l'individualisme<sup>252</sup>.

Le droit de la transaction, c'est un droit de la confidentialité comme le suggérait le doyen Savatier<sup>253</sup>. Il n'en demeure pas moins, comme le souligne le Professeur Dominique Thouvenin, à partir des chiffres de l'observatoire des risques médicaux, que « la majorité des indemnisations d'accidents médicaux est réglée par la voie amiable ou celle de la transaction »<sup>254</sup> ; 5% de la totalité des préjudices corporels dit-on<sup>255</sup>. Toutefois, les recours transactionnels ou amiables présentent, malgré des aménagements récents<sup>256</sup>, de nombreux inconvénients et des garanties procédurales plus faibles.

En ce qui concerne les transactions, les avocats ont souvent dénoncé les risques de cette pratique : la faiblesse des montants alloués (avec souvent un différentiel de moitié<sup>257</sup>), un gain de temps qui n'est pas très significatif pour les préjudices lourds, des garanties beaucoup plus faibles en matière de procédure<sup>258</sup> (sont dénoncés l'absence de contradictoire et les faiblesses dans les modalités d'indemnisation transactionnelle<sup>259</sup>).

---

In « Le juge : une figure d'autorité (sous la dir. de C. Bontems) », Actes du premier colloque organisé par l'Association Française d'Anthropologie du Droit, Paris 24-25-26 novembre 1994, Paris, l'Harmattan, 1996, p. 257.

<sup>251</sup> A. Garapon, *Le juge français, un clerc ?*, 28 mars 2013, dans le cadre du séminaire de philosophie politique sur l'office du juge, <http://www.ihej.org/le-juge-francais-un-clerc/>

<sup>252</sup> Ibid.

<sup>253</sup> R. Savatier, *La responsabilité médicale en France (aspects de droit privé)*, Revue internationale de droit comparé, 1976, vol. 2, n°3, pp. 493-510, p. 503 : « Même si les assureurs sont différents, les transactions et compensations intervenant entre assureurs restent d'ailleurs inconnues des recueils judiciaires ».

<sup>254</sup> D. Thouvenin, *La prise en considération devant une juridiction d'une expertise médicale demandée par une Commission de conciliation et d'indemnisation*, RDSS 2014. 897.

<sup>255</sup> Table ronde « Concordance des temps. Discussions autour de la consolidation. Enjeux et implications », Gazette du Palais, 9 avril 2011, p. 30 et s., spéc. p. 32, 15676.

<sup>256</sup> « Le droit à l'indemnisation des patients fait l'objet d'un certain nombre de précisions. Tout d'abord, le décret n° 2014-9 du 9 janvier 2014 apporte des modifications quant aux organes de la procédure de règlement amiable des litiges relatifs aux accidents médicaux, aux affections iatrogènes et aux infections nosocomiales graves. Pour l'essentiel, il réduit le nombre des membres des commissions de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux et leur applique les dispositions relatives à la prévention des conflits d'intérêts. Il accorde à leurs présidents des pouvoirs plus importants puisqu'ils peuvent désormais rejeter seuls les demandes pour lesquelles la gravité des dommages allégués est manifestement inférieure au seuil légal. Il oblige également l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux (ONIAM) à motiver le refus de suivre un avis de la commission. Il diminue le nombre des membres de la Commission nationale des accidents médicaux et impose à celle-ci de recueillir l'avis des commissions de conciliation et d'indemnisation lors du renouvellement de l'inscription sur la liste nationale des experts en accidents médicaux ». A. Laude, *Droit de la santé. Juin 2013-juin 2014*, D. 2014, 2021.

<sup>257</sup> F. Bibal, *Procès ou transaction : une question de choix*, 25 février 2008, dans le cadre du colloque organisé par le Conseil National des Barreaux le 28 novembre 2007.

<sup>258</sup> « Les praticiens observent régulièrement que certains principes qui ne soulèvent aucune contestation devant le Juge se trouvent mis à mal dans le cadre de la transaction ». *ibid.*

<sup>259</sup> « Il a trait au principe dit du contradictoire, qui devrait se traduire dans le cadre transactionnel par celui de la pleine et entière discussion de chacun des aspects du dommage. Devant les CRCI (création de la loi de mars 2002), les arguments défavorables qui peuvent être retenus par une Commission contre une victime (par exemple pour minorer son taux d'invalidité ou exclusion tel ou tel préjudice), ne lui sont pas soumis préalablement (...) « toujours devant la CRCI, la jurisprudence classique sur l'état antérieur latent (une prédisposition pathologique ne doit pas venir en déduction du préjudice lorsqu'elle était silencieuse et non évolutive avant le fait dommageable) est systématiquement écartée (...) Les CRCI appliquent donc une sorte de « coefficient de fragilité » comparable au coefficient de vétusté que voudraient faire appliquer dans d'autres domaines les compagnies d'assurance ». *Ibid.*

Il faut être d'autant plus vigilant que la Cour de cassation a décidé, pour les transactions effectuées dans le cadre de la loi Badinter, que si les règles imposées par le code des assurances étaient respectées, la transaction ne pouvait être remise en cause, quand bien même les concessions n'étaient pas réciproques<sup>260</sup>.

En toute hypothèse, si la transaction est un droit de l'inconnu, ses effets juridiques demeurent bien réels. On peut d'ailleurs préciser que certains hôpitaux organisent eux-mêmes le cadre transactionnel. Certains d'entre eux comme les hôpitaux de Marseille et de Paris sont leur propre assureur afin de maîtriser les coûts. La taille de ces infrastructures leur permet de contrôler les variations annuelles des montants d'indemnités.

Par exemple, l'AP-HP<sup>261</sup> peut proposer par l'intermédiaire de ses médecins experts une expertise et négocier directement avec les patients et/ou leurs conseils une indemnisation qui prendra la forme d'un contrat, d'une transaction. Le recours à ces transactions est de plus en plus fréquent<sup>262</sup>.

Dans cette constellation de procédures qui entourent le dommage corporel, qu'elles soient juridictionnelles, amiables, transactionnelles ou basées sur la solidarité nationale, l'office du juge constitue à n'en pas douter un pôle céleste précieux. Les décisions juridictionnelles doivent constituer des exemples, et les procédures transactionnelles devraient en ce sens se mettre au diapason.

En conclusion, on mesure mal combien la solidarité nationale française est un système relativement exceptionnel dans le monde. L'office du juge français, oscillant entre responsabilité et solidarité, est particulièrement riche pour l'esprit.

Ce contentieux est dynamique et suscite une réflexion permanente, en témoignent les pérégrinations autour d'une notion aussi complexe que fondamentale : la causalité.

---

<sup>260</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 16 novembre 2006, n°05-18631.

<sup>261</sup> V. dossier présenté par M. Borgetto, *L'assistance publique / Hôpitaux de Paris*, RDSS 2016. 1001 : L'AP-HP qui « occupe une place particulière dans le paysage sanitaire national ».

<sup>262</sup> <http://lewebzine.aphp.fr/l-auto-assurance-de-l-ap-hp/> : « Le rapport de la gestion amiable et de la gestion contentieuse s'est inversé d'une manière spectaculaire au sein de l'AP-HP au cours des dix dernières années : entre 2000 et 2008, la proportion de dossiers traités à l'amiable est passée de 30 à 67 % ».

## Chapitre 2

### LA RECHERCHE DU LIEN CAUSAL

La causalité est au centre du droit médical ; c'est une problématique récurrente en médecine et de plus en plus complexe.

La difficulté se ressent en droit de la responsabilité médicale où l'on peine bien souvent à identifier le caractère direct et certain du lien de causalité eu égard à la pluralité des causes, des intervenants dans le processus de soins et de l'état antérieur du patient.

Aussi en est-on réduit à des tâtonnements ou à moduler l'intensité du principe, qui plus est lorsque le monde médical lui-même ne trouve pas de consensus sur certains sujets délicats comme le lien entre certaines pathologies et les vaccinations. La causalité demeure pour certains le second nœud gordien qu'il appartient à l'expert de trancher<sup>263</sup>. La pratique illustre combien c'est l'un des points les plus litigieux de ce contentieux<sup>264</sup>.

En droit de la responsabilité, on ne conçoit pas la causalité pour elle-même mais comme un lien entre le fait générateur (l'accident médical en ce qui nous concerne) et le dommage.

Que ce soit en matière de responsabilité contractuelle ou délictuelle, le dommage doit être certain, direct et personnel ; les deux responsabilités se distinguent toutefois sur le fait générateur de celui-ci.

En matière contractuelle, le dommage doit être la suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention<sup>265</sup>. A l'inverse, en matière délictuelle, ce lien semble plus approfondi et disséminé entre plusieurs théories (celle de l'équivalence des conditions, ou celle de la causalité adéquate ou efficiente par exemple).

---

<sup>263</sup> B. Chérigny, *L'expert médical : auxiliaire de justice, Réflexions d'un bétotien sur l'expertise en matière de responsabilité contractuelle du médecin*, in « Mélanges en l'honneur de Jean-Henri Soutoul », Bordeaux, Les Etudes Hospitalières, éditions 2013, pp. 57-93.

<sup>264</sup> « Dans les trois quarts des cas sa qualification est mise en cause. Autrement dit, c'est bien la qualification du lien existant entre le dommage et la faute qui est le point le plus litigieux de la discussion juridique en matière de responsabilité médicale et qui est sans doute une des spécificités de cette dernière ». D. Thouvenin, *La responsabilité médicale*, in « Médecins-Sciences », Paris, Flammarion, 1995, p. 35.

<sup>265</sup> Article 1151 du Code Civil.

**Une causalité à multiples facettes.** La responsabilité médicale dans son ensemble emprunte beaucoup aux responsabilités tant délictuelle, contractuelle ou administrative ; elle est *sui generis* et autonome en quelque sorte. C'est dans ce domaine que la question du lien causal se pose (depuis des siècles d'ailleurs<sup>266</sup>) avec le plus d'amplitude car il s'agit de conséquences sur l'organisme humain, lequel peut être le siège de multiples symptômes.

La notion est très ouverte en droit du dommage corporel, le juge peut aussi bien utiliser la théorie de l'équivalence des conditions en analysant tous les antécédents ayant contribué au dommage<sup>267</sup> ou de la causalité adéquate en recherchant plus précisément l'événement qui selon la nature des choses était de nature à provoquer le dommage<sup>268</sup>.

D'ailleurs, le juge a souvent une conception jugée libérale de ce lien ; on ne sait pas toujours bien dissocier quelle théorie de la causalité emporte sa conviction<sup>269</sup>.

En ce sens, il cherche surtout à rattacher le dommage à une faute avec l'aide de l'expert. Ce dernier évalue le bon déroulement du processus de soins ; il essaye de démêler l'enchaînement causal pour le juge<sup>270</sup>.

La causalité du juge civil<sup>271</sup> est davantage basée sur la faute du praticien tandis que celle du juge administratif<sup>272</sup> sur l'organisation du service. C'est la raison pour laquelle il n'y a pas une théorie que l'on puisse formellement rattacher à ce contentieux. La causalité, du moins en droit du dommage corporel, est surtout médicale avant d'être juridique.

Le lien entre la faute, l'accident médical, l'infection nosocomiale ou le défaut du produit de santé doit être à l'origine du dommage ou contribuer à sa réalisation<sup>273</sup>.

---

<sup>266</sup> V. J-C. Careghi, *La position de la doctrine et des cours souveraines relativement à la responsabilité civile médicale* (XVI<sup>e</sup> – XVIII<sup>e</sup> siècles) in J-C. Careghi, *La responsabilité médicale au crible de l'histoire*, Aix-en-Provence, PUAM, les cahiers de droit de la santé, n°7, 2007, 216 p, p. 52.

<sup>267</sup> V. Cass. 1<sup>re</sup> civ. 4 décembre 2001, n°99-19197.

<sup>268</sup> V. Cass. 1<sup>re</sup> civ. 17 février 1993, Masson c/ Biheuro et autre, note P. Jourdain, RTD Civ. 1993, p. 589.

<sup>269</sup> P. Jourdain, *Une admission libérale du lien de causalité entre des transfusions sanguines et une contamination par le VIH*, RTD civ. 1993, p. 589.

<sup>270</sup> CE, 27 juin 2016, n°387590 : « Si l'expert n'a pu déterminer l'étiologie exacte de la cécité dont la patiente est demeurée atteinte, il a estimé qu'elle était imputable aux interventions en relevant son origine corticale, le bref délai entre les soins et l'apparition des troubles ainsi que l'absence d'antécédents, et en écartant les autres causes possibles ».

<sup>271</sup> Pour exemple : une maladresse commise par un chirurgien et les conséquences d'une seconde intervention rendue nécessaire du fait de la première opération (Cass, 1<sup>re</sup> civ. 13 mai 1998, pourvoi n°96-22920, Bull. n°174) ; les fautes commises par un médecin gynécologue ayant consisté à exposer sa patiente à des risques, sans justification thérapeutique, puis à lui donner des soins incomplets et tardifs (Cass. 1<sup>re</sup> civ. 27 mai 1998, pourvoi n°96-19161, Bull. n°187). Toutefois, la Cour régulatrice a pu écarter le lien de causalité pour un préjudice moral subi par des enfants nés après l'accident dont leur père avait été victime et l'ayant laissé gravement handicapé et les empêchant de partager avec lui certaines activités. Cass. 2<sup>e</sup> civ. 24 février 2005, pourvoi n°02-11999, Bull. n°53.

<sup>272</sup> Dans la jurisprudence administrative, la terminologie est plus centrée sur l'organisation du service et l'interdépendance des professionnels de santé : CAA, Lyon, mardi 26 avril 2016, n°15LY00453 ; CAA, Douai, 15 mars 2016, n°14DA01442.

<sup>273</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ. 27 mai 1998, pourvoi n°96-19161, Bull. n°187, et CE, 18 février 2010, *Consorts Ludwig*, n°316774.

La Cour de cassation et le Conseil d'Etat, ainsi que le législateur, ont mis en place un levier dans la relation de causalité. Ils l'ont fait par le biais de présomptions dans des domaines particuliers comme les vaccinations obligatoires<sup>274</sup>, les contaminations transfusionnelles qui concernent le VIH<sup>275</sup> et le VHC<sup>276</sup> ou les dommages imputés au Distilbène<sup>277</sup> ou encore les infections nosocomiales. Reste que ces présomptions n'ont pas vocation à se généraliser<sup>278</sup>.

Les deux cours suprêmes ont dissocié la causalité juridique de la causalité scientifique en retenant que la preuve scientifique d'un lien direct et certain entre une injection vaccinale et le déclenchement d'une pathologie ne pouvait être exigée<sup>279</sup>.

Le principe est cardinal puisqu'il permet d'activer la responsabilité médicale à travers la trilogie faute, dommage et lien de causalité entre les deux (A). Néanmoins, la notion a été de plus en plus assouplie compte tenu des difficultés pratiques, si bien qu'elle semble aujourd'hui inconstante, en témoigne le concept incertain de la perte de chance (B).

---

<sup>274</sup> CE, 9 mars 2007, *Mme Schwartz*, n°267635, Rec. p. 118.

<sup>275</sup> La Cour de cassation a interprété l'article L. 3122-2 du code de la santé publique comme une présomption en faveur de la personne transfusée : Cass. 1<sup>re</sup> civ, 20 décembre 2007, pourvoi n°06-20575, Bull. n°397.

<sup>276</sup> À propos de la présomption de causalité établie par l'article 102 de la loi du 4 mars 2002 et ses prolongements pratiques : CE, 10 octobre 2003, *Mme Tato*, n°249416, rec. p. 393 ; CE, 25 juillet 2007, *EFS*, n°271247.

<sup>277</sup> Quand la victime apporte la preuve qu'elle a été exposée à la molécule en cause, il appartient à chacun des laboratoires ayant mis sur le marché un produit qui la contenait de prouver qu'il n'était pas à l'origine du dommage : Cass. 1<sup>re</sup> civ, 24 septembre 2009, pourvois n°08-10081 et 08-16305, Bull. n°186 et 187 et Cass. 1<sup>re</sup> civ. 28 janvier 2010, pourvoi n°08-18837, Bull. n°22.

<sup>278</sup> La faute doit en principe être prouvée, elle n'est pas présumée : M. Dugué, *La limitation du recours à la causalité alternative en présence d'une responsabilité médicale pour faute*, RDSS, n°2, 28 avril 2017, p. 306 sous Cass. 1<sup>re</sup> civ, 3 novembre 2016, n°15-25348.

<sup>279</sup> Cass, 1<sup>re</sup> civ. 25 juin 2009, pourvoi n°08-12781, Bull. n°141 : « sans rechercher si les éléments de preuve qui lui étaient soumis constituaient des présomptions graves, précises et concordantes, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1153 et 1147 du Code civil ». ; v. arrêt CE, 9 mars 2007, *Mme Schwartz*, précité.

## A / Un principe cardinal

Le lien causal est le vecteur fondamental entre la faute et le dommage (a). Néanmoins, il apparaît que, compte tenu de la richesse du contentieux en droit de la santé, ce principe rigoureux soit de plus en plus modulé du fait de son caractère composite (b).

### a) Un principe fondamental

Le principe est fondamental et les juridictions suprêmes ont toujours rappelé que si ce lien n'était pas direct et certain<sup>280</sup>, la victime ne pourrait demander une indemnisation<sup>281</sup>.

***De l'importance d'établir un lien de causalité caractérisé entre la faute et le dommage.*** Ce dernier doit donc nécessairement être caractérisé<sup>282</sup> et suffisamment démontré<sup>283</sup> ; ce principe vaut pour tous les contentieux où un préjudice est soulevé<sup>284</sup>.

Les conditions de la responsabilité : un dommage, une faute et un lien de causalité sont cumulatives ; lorsqu'un comportement n'est pas fautif, ce lien est ipso facto écarté<sup>285</sup>. Celui-ci est strictement entendu comme le fait qui a provoqué ou aggravé le dommage ; le préjudice doit être en relation avec l'acte médical pratiqué<sup>286</sup> et, en même temps, avec la faute elle-même<sup>287</sup>.

D'ailleurs, les juges ont généralement une vision assez large du lien causal comme l'illustre un arrêt de la cour administrative d'appel de Paris qui rappelle que « pour apprécier le lien de causalité entre le fait générateur invoqué et le dommage constaté, il y a lieu de prendre en considération de manière globale les soins pré, per et post-opératoires dispensés au patient »<sup>288</sup>.

---

<sup>280</sup> Mais aussi en matière d'indemnisation par la solidarité nationale : « dès lors qu'il ne peut être établi de lien de causalité direct et certain entre les dommages subis par Mme D et un acte médical, la première condition légale exigée pour ouvrir droit à une indemnisation de ses préjudices sur le fondement de la solidarité nationale n'est pas remplie » CAA, Paris, 19 décembre 2014, n°14PA00078.

<sup>281</sup> CE, 6 août 2008, n°294453 : « Que le lien de causalité direct entre le suicide de M. A et les fautes, à les supposer toutes établies, du professeur de neurologie, ne pouvait être regardé comme certain ».

<sup>282</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ. 15 mai 2015, n°14-16100 : « la responsabilité d'un médecin est subordonnée à l'existence d'un lien de causalité entre la faute qui lui est reprochée et le dommage » ; CE, 7 juillet 2006, n°262781 : « dans les circonstances de l'espèce, le lien de causalité entre les transfusions et la contamination de M. B doit être regardé comme établi ».

<sup>283</sup> CA, Colmar, 13 mai 2016, n°322/2016, ch. civile 02, sect. A.

<sup>284</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ. 1<sup>er</sup> juin 2016, n°15-14256.

<sup>285</sup> CE, 25 février 2015, n° 370843.

<sup>286</sup> CA, Dijon, 15 décembre 2015, n°13/01778, ch. civile 01 ; CA, Montpellier, 2 février 2016, n°14/01962.

<sup>287</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ. 9 octobre 1985, JCP, 1985, IV, 364.

<sup>288</sup> CAA, Paris, 21 mars 2016, n°15PA01581.

C'est l'expert qui analyse le lien de causalité et son avis est déterminant<sup>289</sup>. La Cour de cassation a d'ailleurs énoncé que les juges du fond doivent exposer les motifs propres à établir l'existence ou l'absence de ce lien, qui plus est lorsque ces derniers s'écartent des conclusions expertales<sup>290</sup>. Il faut aussi préciser que tous les postes de préjudice doivent avoir un lien causal avec le préjudice avancé<sup>291</sup>.

La structure des arrêts témoigne de la prépondérance du principe ; les juges statuent d'abord sur le principe de la responsabilité avant les préjudices. Une telle méthode tombe sous le coup de l'évidence dans la mesure où si la responsabilité n'est pas établie selon les principes qui la gouvernent, nul besoin de lui donner de prolongements concrets, à savoir la liquidation des postes de préjudice<sup>292</sup>.

**La causalité aux prises avec l'état antérieur.** La difficulté de la notion, et le Professeur Philippe Brun en a bien fait mention, est liée au fait que « le fait dommageable du médecin intervient toujours, par hypothèse, sur un état pathologique préexistant, éventuellement évolutif »<sup>293</sup>.

Ce lien doit donc être déterminé à partir d'un état antérieur déjà plus ou moins dommageable pour le patient et en concurrence avec le fait générateur. La loi est claire quand elle affirme que les préjudices susceptibles d'être pris en charge au titre de la solidarité sont « les actes de prévention, de diagnostic ou de soins » qui ont eu des « conséquences anormales, au regard de son état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci... »<sup>294</sup>.

L'exigence est redoutable car, comme nous avons pu le voir, la majorité des refus d'indemnisation opposées par l'ONIAM le sont soit sur l'absence d'anormalité ou sur l'absence de lien causal. Enfin, la recherche est d'autant plus délicate qu'il peut y avoir plusieurs fautes médicales<sup>295</sup>.

L'état antérieur est donc un élément d'analyse important. Les commentateurs observent d'emblée qu'il n'y a pas de définition de la notion ; elle semble renvoyer à un champ lexical varié : prédispositions pathologiques<sup>296</sup>, antécédents médicaux<sup>297</sup>, état pathologique préexistant<sup>298</sup> qui tient plus d'un éclatement sémantique<sup>299</sup> que d'une catégorie clairement définie.

---

<sup>289</sup> CAA, Marseille, 3 mars 2016, n°14MA03784 ; CA, Aix-en-Provence, 2 juin 2016, n°2016/253, ch. 10 : « L'expert n'en retient pas et il n'est pas suffisamment établi eu égard à la nature des séquelles qu'un tel chef de préjudice soit en relation de causalité avec les faits. » ; CA, Reims, 19 avril 2016, n°14/02058 : « l'expert est formel sur ce point ».

<sup>290</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ. 15 juin 2016, n°15-14068.

<sup>291</sup> CAA, Nancy, 10 mai 2016, n°15NC00063 ; CAA, Marseille, 28 janvier 2016, n°14MA00933.

<sup>292</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ. 19 mai 2016, n°15-17383 : « faute d'une aggravation en lien de causalité avec l'accident du 10 octobre 1980, il convient de débouter Mme Lucette X. de l'ensemble de ses demandes ».

<sup>293</sup> P. Brun, *La spécificité de la causalité en matière médicale*, Gazette du Palais, 16 juin 2012, n°168, p. 21.

<sup>294</sup> Article L. 1142-1 II du CSP

<sup>295</sup> A. Nieto, *La recherche difficile du lien de causalité lorsque cohabitent plusieurs éventuelles fautes médicales*, sous Cass. 1<sup>re</sup> civ. 1<sup>er</sup> octobre 2014, n°13-23581, Revue droit & santé n°63, janvier 2015, pp. 49-50.

<sup>296</sup> S. Hocquet-Berg, *Les prédispositions de la victime - Responsabilité civile et assurances* in « Études offertes à Hubert Groutel », Paris, Litec 2006, p. 169.

<sup>297</sup> CAA, Marseille, 16 juin 2016, n°14MA03305 ; CAA, Bordeaux, 14 juin 2016, n°14BX01072 ; CAA, Nantes, 2 juin 2016, n°14NT01679.

<sup>298</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ. 26 mai 2016, n°15-19532.

<sup>299</sup> P. Pierre, *Le passé de la victime : l'influence de l'état antérieur*, Gazette du Palais, 9 avril 2011, p. 15 et s., I5439.

Il n'en demeure pas moins que la Cour de cassation et le Conseil d'Etat ont rappelé<sup>300</sup> un principe important : « le droit de la victime à obtenir l'indemnisation de son préjudice corporel ne saurait être réduit en raison d'une prédisposition pathologique lorsque l'affection qui en est issue n'a été provoquée ou révélée que par le fait dommageable »<sup>301</sup>.

La doctrine a un rôle notable de clarification de la notion, malgré la difficulté affichée de l'entreprise : les prédispositions peuvent être aussi bien physiques, que psychologiques ou physiologiques.

De plus, certaines maladies dites évolutives sont intrinsèquement inconciliables avec une prise en compte de l'état antérieur à défaut d'une consolidation véritable. Enfin, le lien de causalité entre le fait générateur et le dommage semble volontiers s'écarter de la notion d'état antérieur au profit de notions dites carrefour<sup>302</sup> comme la réparation de la perte de chance.

C'est la raison pour laquelle le Professeur Philippe Pierre propose une définition générale, prudente mais assez précise de l'état antérieur comme « l'état anatomique, physiopathologique ou psychique précédant le fait générateur de l'atteinte »<sup>303</sup>. Il explique par la même occasion que ledit état ne peut compromettre la prise en compte de l'état postérieur de la victime<sup>304</sup>.

***Une appréhension assez souple du lien causal par les juridictions.*** La jurisprudence de la Cour de cassation, comme celle des juridictions administratives d'ailleurs<sup>305</sup>, est jugée légitimement favorable aux victimes. Dans cet esprit, les juges du fond ont rappelé que c'est au médecin d'approfondir les investigations sur l'état antérieur du patient quand ce dernier leur signale des antécédents médicaux<sup>306</sup>.

Rares sont les fois où les antécédents médicaux de la victime ont un impact significatif sur son droit à indemnisation, à moins d'être exclusivement imputable à un état antérieur<sup>307</sup> ou déterminant dans la réalisation du dommage<sup>308</sup> (cette notion d'état antérieur est plus souvent évoquée en matière d'infections nosocomiales<sup>309</sup>).

---

<sup>300</sup> CE, 27 octobre 2000, *Ch de Seclin*, n°208640, Rec. p. 478.

<sup>301</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ. 10 novembre 2009, pourvoi n°08-16920, Bull. n°263 ; Cass. 2<sup>e</sup> civ. 19 mai 2016, n°15-18784 ; la jurisprudence est constante : Cass. 2<sup>e</sup> civ. 14 avril 2016, n°14-27980 ; Cass. 3<sup>e</sup> civ. 9 décembre 2014, n°13-10072.

<sup>302</sup> Pour reprendre les termes du Professeur P. Pierre, article précité.

<sup>303</sup> Ibid.

<sup>304</sup> Ibid.

<sup>305</sup> L'état antérieur n'exonère en aucun cas la responsabilité même si elle peut la limiter : v. CAA, Bordeaux, 14 juin 2016, n°14BX01072.

<sup>306</sup> CA, Montpellier, 2 février 2016, n°14/01962, ch.01 D : « qu'il appartenait en conséquence au médecin, et non pas au patient non professionnel, d'approfondir ses investigations sur cet état antérieur ».

<sup>307</sup> CAA, Paris, 15 février 2016, n°14PA00195, n°14PA00311 ; v. aussi : CAA, Nantes, 27 mars 2014, n°13NT00387.

<sup>308</sup> « L'état antérieur de Mme D a été, selon ce même expert, compte tenu de ces éléments, déterminant dans la cascade des complications qu'elle a présentées ». CAA, Lyon, 30 avril 2015, n°13LY03041.

<sup>309</sup> V. Cass. 1<sup>re</sup> civ. 17 mars 2016, n°14-25636 ; CA, Versailles, 28 janvier 2016, n°14/00065, ch. 03.

La causalité juridique se confond alors souvent avec l'imputabilité médico-légale. C'est l'expert<sup>310</sup> qui délimite ce qui est imputable à l'accident médical et à l'état antérieur du patient<sup>311</sup>. Au besoin, il propose un pourcentage<sup>312</sup> qui permettra de qualifier un dommage d'anormal ou non. La difficulté est donc de dissocier la part imputable à l'état antérieur de celle imputable à la faute médicale à proprement parler.

Par principe, la preuve du lien entre la faute, l'accident, l'infection nosocomiale ou le défaut du produit de santé et le dommage incombe à la victime. Pour le Conseil d'Etat, l'existence du lien de causalité est appréciée souverainement par les juges du fond<sup>313</sup> mais le Conseil d'Etat conserve son pouvoir sur le caractère direct de ce lien, qui lui relève de la qualification juridique des faits<sup>314</sup>.

Quant à la Cour de cassation, elle n'exerce pas de contrôle sur ce que l'on appelle en droit civil les présomptions de l'homme<sup>315</sup> mais, à l'instar du Conseil d'Etat, elle maintient son contrôle sur le caractère direct du lien de causalité<sup>316</sup>.

Les juridictions suprêmes s'assurent que les juridictions du fond motivent correctement leur décision quand elles établissent un lien de causalité entre la faute et le préjudice.

A défaut, le Conseil d'Etat estime qu'elles commettent une erreur de droit<sup>317</sup>. La Cour de cassation évoque dans la même optique une violation de la loi à travers la terminologie « n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations »<sup>318</sup> et le conclusif « qu'en statuant ainsi »<sup>319</sup>.

Elle le fait le plus souvent dans le cas où la cour d'appel a dénaturé le rapport d'expertise<sup>320</sup>.

L'erreur de droit est contrôlée de manière relativement similaire par les deux juridictions.

Seulement, la Cour de cassation, pour contrôler le lien de causalité, peut aussi faire usage du manque de base légale alors que la notion est ignorée par le juge administratif. C'est un contrôle normatif de motivation qui permet à la Cour régulatrice de rappeler que les juges du fond doivent caractériser tous les éléments lui permettant d'exercer son contrôle normatif.

---

<sup>310</sup> Délimiter l'impact de l'état antérieur est l'une de ses missions principales : CAA Lyon, 3 avril 2014, n°12LY20007.

<sup>311</sup> CAA, Paris, 10 novembre 2014, n°13PA04815, n°13PA04822 : « Considérant qu'il résulte des rapports d'expertise que Mme B. ne présentait aucune malformation artériovoineuse et que son état antérieur n'a pas participé à la survenance du dommage.

<sup>312</sup> CAA, Nantes, 21 janvier 2016, n°15NT01276 ; CAA, Lyon, 26 novembre 2015, n°14LY01871 ; CA, Rennes, 10 février 2016, n°14/05382.

<sup>313</sup> CE, 28 juillet 1993, *Consorts Dubouloz*, n°117449.

<sup>314</sup> CE, 26 novembre 1993, *SCI Les Jardins de Bibermus*, n°108851, p. 327 : « (...) en rejetant, sur ce point, la demande dont elle était saisie au motif que cette résiliation était uniquement imputable à un vice du consentement, la cour administrative d'appel a dénaturé cet arrêt ».

<sup>315</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ. 25 novembre 2010, pourvoi n°09-16.556, Bull. 2010, I, n°245.

<sup>316</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ. 14 octobre 2010, pourvoi n°09-68471, Bull. n°101 : « Alors que la responsabilité du médecin est subordonnée à la preuve d'un lien de causalité direct et certain entre une faute et le préjudice dont la réparation est poursuivie ».

<sup>317</sup> A l'inverse : CE, 16 juin 2016, n°379385 : « La cour, qui s'est ainsi prononcée sur le lien de causalité entre le retard dans le transfert vers un établissement adapté et le préjudice subi par M. C. a suffisamment motivé sa décision et n'a pas commis d'erreur de droit ».

<sup>318</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ. 9 juillet 2015, n°14-18970 ; v. aussi Cass. 2<sup>e</sup> civ. 30 juin 2016, n°14-25070.

<sup>319</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ. 15 juin 2016, n°15-14068.

<sup>320</sup> Une nouvelle mesure d'expertise est parfois ordonnée à cette fin : CAA, Paris, 31 mai 2016, n°14PA04869 : « Que, dans ces conditions, la Cour ne trouve pas au dossier des éléments suffisants pour lui permettre de se prononcer en pleine connaissance de cause sur l'existence d'un lien de causalité et les préjudices ; qu'il y a lieu, en conséquence, avant dire plus amplement droit, d'ordonner une nouvelle mesure d'expertise aux fins précisées ci-après ».

A ce titre, les éléments de la responsabilité civile (faute, dommage et lien de causalité) en sont un exemple classique<sup>321</sup>.

A l'inverse, les CCI semblent plus pointilleuses. Elles font parfois état de ce que les avocats nomment un coefficient de fragilité comparable au coefficient de vétusté que voudraient faire appliquer les compagnies d'assurances dans d'autres domaines<sup>322</sup>. De cette manière, l'état antérieur a davantage de répercussion devant les commissions amiables que devant les juridictions.

Comme le rajoute le Professeur Philippe Pierre : « toute la subtilité de l'exercice tient ici à la nécessité de se projeter après coup dans le devenir de la victime, tel qu'il se dessinait antérieurement à l'accident. Et l'on connaît la complexité de ces pronostics rétrospectifs, éprouvée régulièrement à propos du lien de causalité. » Dans cette optique si le dommage révèle une « involution en grande partie naturelle » de l'état antérieur, il n'est donc pas imputable à l'accident médical<sup>323</sup>.

De plus, un préjudice ne peut être soulevé s'il était déjà subi par la victime du fait de son état antérieur<sup>324</sup>. Si le principe est cardinal, il n'en reste pas moins que sa rigueur est souvent atténuée ; la force de ce principe est donc atténuée par sa nature composite.

#### b) Un principe composite

On peut affirmer qu'il n'existe pas une seule causalité en matière médicale. Le principe n'a pas le même impact selon le préjudice envisagé.

Les juridictions ont posé certaines présomptions de fait pour faciliter l'établissement de ce lien.

En témoigne celle admise par la Cour de cassation au profit des victimes du Distilbène entre les fautes des laboratoires et les infections dont souffraient les victimes une fois la preuve de l'exposition au produit rapportée<sup>325</sup>.

---

<sup>321</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ. 3 juin 2015, n°13-26688 ; v. aussi dans d'autres contentieux : Cass. 2<sup>e</sup> civ. 30 juin 2016, n°15-19484 ; Cass. 2<sup>e</sup> civ. 30 juin 2016, n°15-50061 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ. 29 juin 2016, n°15-16945.

<sup>322</sup> F. Bibal, *Procès ou transaction, une question de choix - Le point de vue de l'avocat*, Gazette du Palais, 19 avril 2008, éd. spé. *L'indemnisation du dommage corporel, une réparation à géométrie variable*, p. 31.

<sup>323</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ. 24 janvier 2002, n°00-10650.

<sup>324</sup> Sur le préjudice d'agrément notamment : CAA, Bordeaux, 14 juin 2016, n°14BX01072 : « Compte tenu de son état antérieur, M. C. ne justifie pas d'un préjudice occasionné par l'interruption d'activités sportives ou même de randonnée ». v. aussi CAA, Nantes, 2 juin 2016, n°14NT02188 : « Considérant que M. A. ne fait état d'aucune circonstance particulière ou conséquence d'une particulière gravité, notamment au regard de son état antérieur, justifiant qu'un préjudice d'affection soit accordé à sa compagne et à sa fille ».

<sup>325</sup> P. Jourdain, *Une nouvelle présomption de causalité, au profit cette fois des victimes du DES ou distilbène*, RTD Civ. 2010, p. 111 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ. 24 septembre 2009, UCB Pharma et Novartis Santé Familiale, n° 08-10.081 et n° 08-16.305, D. 2009, AJ. 2342, obs. I. Gallmeister ; D. 2010, 49, note P. B. ; RDSS 2009, 1161, note J. Peigné ; JCP 2009, n° 44, 381, note S. Hocquet-Berg Cons. Const. 11 juin 2010, no 2010-2, QPC : D. 2010, 2090 ; v. aussi Cass. 1<sup>re</sup> civ. 28 janvier 2010, n°08-18837.

***L'assouplissement du lien de causalité par le jeu des présomptions : l'exemple des vaccins.*** La solution n'est pas généralisée au contentieux des médicaments. Les juridictions se montrent souvent réticentes à établir de telles présomptions quand une incertitude scientifique demeure.

La Cour régulatrice s'est essayée un temps à des présomptions de fait en matière de vaccinations obligatoires contre l'hépatite B et l'apparition de sclérose en plaques<sup>326</sup>, sans toutefois emporter la conviction des juges du fond.

Effectivement, ces derniers attendent un consensus sur l'étiologie de la maladie et donc une causalité rigoureuse ; la Cour régulatrice ne s'y oppose pas<sup>327</sup>. A la doctrine de critiquer à l'envi une certaine frilosité de la Cour de cassation (à tout le moins une ambiguïté<sup>328</sup>) dans ce domaine<sup>329</sup>. A l'inverse, le Conseil d'Etat paraît moins rigide en utilisant davantage le critère de l'anormalité<sup>330</sup>.

En matière de vaccinations obligatoires, on peine encore à comprendre les subtilités d'une jurisprudence complètement incertaine tant le sujet est sensible.

Selon le rapport d'une audition publique nommée « vaccination contre le virus de l'hépatite B et sclérose en plaques : état des lieux » datée de 2004, « les hypothèses immunopathologiques pour expliquer les maladies démyélinisantes centrales restent les mêmes en 2004 qu'en 2003. Les connaissances cliniques et expérimentales sur l'immunopathologie n'ont pas évolué depuis 2003 ; les résultats expérimentaux disponibles ne permettent pas de conforter la plausibilité biologique en soulignant qu'il existe une « insuffisance des dispositifs et des infrastructures de surveillance et de recherche dans le domaine de la pharmaco-épidémiologie en France »<sup>331</sup>.

Le rapport conclut que « dans l'intérêt du développement des politiques de santé publique, la commission considère qu'il convient de dissocier les aspects scientifiques et le champ juridique »<sup>332</sup>.

De nos jours, les vaccins suscitent encore des réserves, tant de la part du grand public que des médecins<sup>333</sup>.

---

<sup>326</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 mai 2008, n°06-14952 : Bull. civ. I, n°147.

<sup>327</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 juillet 2009, n°08-11073 : D. 2010, pan. 50, obs. P. Brun ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 novembre 2010, n°09-16556 : D. 2011, 316, note P. Brun.

<sup>328</sup> P. Brun, *Raffinements ou faux-fuyants ? Pour sortir de l'ambiguïté dans le contentieux du vaccin contre le virus de l'hépatite B (à propos d'un arrêt de la Cour de cassation du 25 novembre 2010)*, D. 2011, p. 316.

<sup>329</sup> P. Brun, *La spécificité de la causalité en matière médicale*, art. cité ; v. aussi toutes les positions du Professeur P. Brun dans les articles précités.

<sup>330</sup> CE, 27 mai 2015, n° 369142 « Le lien direct entre la vaccination et l'aggravation de la pathologie doit être regardé comme établi lorsque des signes cliniques caractérisés d'aggravation sont apparus dans un bref délai à la suite d'une injection et que la pathologie s'est, à la suite de la vaccination, développée avec une ampleur et un rythme qui n'étaient pas normalement prévisibles au vu des atteintes que présentait la personne antérieurement à celle-ci ».

<sup>331</sup> Disponible sur le site de la Haute Autorité de Santé : [http://www.has-sante.fr/portail/jcms/c\\_272379/fr/vaccination-contre-le-virus-de-l-hepatite-b-et-sclerose-en-plaques-etat-des-lieux](http://www.has-sante.fr/portail/jcms/c_272379/fr/vaccination-contre-le-virus-de-l-hepatite-b-et-sclerose-en-plaques-etat-des-lieux) ; p. 4.

<sup>332</sup> Ibid. p. 10.

<sup>333</sup> V. Institut national de veille sanitaire, *Bulletin épidémiologique hebdomadaire, BEH, n°26-27, 28 juillet 2015*, <http://www.invs.sante.fr/Publications-et-outils/BEH-Bulletin-epidemiologique-hebdomadaire>.

Autant dire qu'il est bien difficile pour le juge de statuer lui-même sur ce lien causal quand les aspects scientifiques ne permettent pas de dégager un consensus net. Du reste, les sources scientifiques et le champ juridique ne peuvent être dissociés à partir du moment où le juge est sollicité pour apprécier les premiers.

***Causalité et incertitudes scientifiques.*** Il existe des incertitudes scientifiques persistantes sur les liens entre le vaccin contre l'hépatite B et le développement de maladies démyélinisantes (processus de destruction des enveloppes nerveuses) de type scléroses.

Une procédure a été engagée devant les juridictions civiles sur la base de l'obligation de sécurité attachée aux produits de santé, la 1<sup>re</sup> chambre civile de la Cour de cassation a statué le 23 septembre 2003<sup>334</sup> en rappelant le raisonnement de la cour d'appel de Versailles : « la possibilité d'une telle association ne peut être exclue de façon certaine, que M<sup>me</sup> X. était en parfaite santé jusqu'à la première injection du vaccin, qu'il existe une concordance entre la vaccination et l'apparition de la maladie également constatée chez d'autres malades et qu'il n'y a, dans le cas de M<sup>me</sup> X., aucune autre cause de déclenchement de la maladie développée par M<sup>me</sup> X. et que le dommage causé à celle-ci établit une absence de la sécurité à laquelle son utilisateur pouvait légitimement s'attendre et démontre la défectuosité du produit ».

La première chambre civile a néanmoins conclu à un manque de base légale en sanctionnant les contradictions des arrêts : « qu'en se déterminant ainsi, sans tirer les conséquences légales de ses constatations desquelles il résultait que le défaut du vaccin comme le lien de causalité entre la vaccination et la maladie ne pouvaient être établis, la cour d'appel a violé les textes susvisés ». Les commentateurs ont fait ensuite face à un salmigondis jurisprudentiel.

La Cour régulatrice a exigé un temps « que soit rapportée la preuve d'un dommage, de l'imputabilité d'un dommage de l'administration du produit, du défaut du produit et du lien de causalité entre ce défaut et le dommage »<sup>335</sup>, ajoutant un critère d'imputabilité qui ne figurait pas dans la directive dédiée aux produits défectueux. Toutefois, elle est retournée à sa jurisprudence initiale en estimant que « la preuve d'une relation entre la vaccination et le dommage peut résulter de présomptions graves, précises et concordantes »<sup>336</sup>.

En ce sens, elle a précisé en 2009 que « l'absence d'antécédents neurologiques dans la famille de la victime et l'absence de toute autre cause pouvant expliquer cette maladie, constituaient des

---

<sup>334</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ. 23 septembre 2003, n°03-17.991.

<sup>335</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ. 27 février 2007, n°06-10063.

<sup>336</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ. 22 mai 2008, n°05-20317.

présomptions graves, précises et concordantes, appréciées souverainement par les juges du fond, qui ont donc pu en déduire un lien causal entre la vaccination de la victime et son préjudice »<sup>337</sup>.

Face à la résistance des juridictions du fond, la Cour de cassation semblait de moins en moins encline à soutenir une démonstration du rapport causal sur la base des présomptions de l'homme comme le suggère un énième arrêt de 2010<sup>338</sup>. Elle a indiqué qu'il n'existait pas, en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, de présomption de défaut et de présomption de causalité<sup>339</sup>. C'est la raison pour laquelle certains auteurs dénoncent l'attitude de la Cour qui refuse de prendre un parti juridique clair, cohérent et constant<sup>340</sup>.

***Des errements jurisprudentiels entre la notion de causalité et d'imputabilité.*** Les chambres de la Cour de cassation ne sont pas unanimes. La 2<sup>e</sup> chambre civile<sup>341</sup> et la chambre sociale<sup>342</sup> ne s'opposent pas à l'imputabilité des vaccinations lorsqu'il existe une concordance entre la vaccination et l'apparition des troubles. Enfin, la Cour de cassation a semble-t-il, opéré une certaine confusion entre la causalité et les notions d'imputabilité ou d'imputation dont l'emploi est difficile.

Le Professeur Luc Grynbaum explique en ce sens que « l'imputabilité consiste en la possibilité de retenir la responsabilité d'un agent (...) c'est après que le lien de causalité a été établi que l'on observe la responsabilité possible (imputabilité) ; puis, enfin, que l'on désigne le responsable ou son garant (imputation) »<sup>343</sup>.

Pour une partie de la doctrine, cette exigence préalable d'imputabilité, qui n'est d'ailleurs pas définie, est sophistiquée et inconsistante, voire intempestive<sup>344</sup> et relève ainsi du mystère<sup>345</sup>.

Il est en effet difficile de comprendre cette notion d'imputabilité : est-ce une simple relation causale ? Un consensus scientifique ? ou, comme le suggèrent d'autres auteurs, un préalable logique à la reconnaissance du fait du produit <sup>346</sup> ?

---

<sup>337</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ. 9 juillet 2009, n°08-11.073, Bull. 2009, I, n°176.

<sup>338</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ. 25 novembre 2010, n°09-16.556.

<sup>339</sup> V. note sous l'arrêt, J.-A. Robert, A. Regniault, *La Cour de cassation met à nouveau hors de cause le vaccin contre l'hépatite B*, Gazette du Palais, 7 juin 2007, n°158, p. 49.

<sup>340</sup> P. Brun, *Raffinements ou faux-fuyants ? Pour sortir de l'ambiguïté dans le contentieux du vaccin contre le virus de l'hépatite B*, D. 2011, p. 316.

<sup>341</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ. 14 septembre 2006, n°04-30.642.

<sup>342</sup> Cass. 3<sup>e</sup> soc. 2 avril 2003, n°00-21768.

<sup>343</sup> L. Grynbaum, *La certitude du lien de causalité en matière de responsabilité est-elle un leurre dans le contexte d'incertitude de la médecine ?* D. 2008. 1928.

<sup>344</sup> P. Brun, *Raffinements ou faux-fuyants ? Pour sortir de l'ambiguïté dans le contentieux du vaccin contre le virus de l'hépatite B*, D. 2011, p. 316.

<sup>345</sup> Ibid.

<sup>346</sup> note J.-S. Borghetti, D. 2013, p. 1717.

***Le contentieux du vaccin de l'hépatite B : une jurisprudence isolée et contestée.*** Seules les victimes du vaccin de l'hépatite B semblent soumises à son joug<sup>347</sup>, et la notion n'apparaît pas dans la directive censée protéger les victimes face aux produits défectueux. Au Professeur Philippe Brun de préciser à raison que « l'inflexion terminologique prouve trop : ce n'est évidemment pas deux fois la même causalité qu'on exige avec l'imputabilité. On ajoute en réalité à l'exigence classique de causalité à établir *in specie* (le produit considéré peut-il être tenu en l'espèce pour la cause juridique du dommage ?), une causalité générale, c'est-à-dire l'exigence préalable de démonstration de la propension du type de produit considéré à occasionner le type de dommage dont il est demandé réparation »<sup>348</sup>.

Par conséquent, nous considérons dans son sillage que « la seule voie pertinente à notre sens est de s'en tenir à cette voie médiane consistant, d'une part, à écarter l'exigence d'imputabilité et donc à refuser de voir mis hors de cause les fabricants de vaccins sur la seule base de l'incertitude scientifique générale, et, de l'autre, à exiger *in specie*, des éléments probants propres à constituer des présomptions graves, précises et concordantes »<sup>349</sup>.

Les juges européens ont d'ailleurs orienté la Cour de cassation dans cette voie en rappelant que « la directive 85/374, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, doit être interprétée en ce sens qu'elle ne s'oppose pas à l'application d'une jurisprudence interne (...) dès lors que cette victime rapporte seulement la preuve du dommage, du défaut du produit et du lien de causalité entre ce défaut et le dommage »<sup>350</sup>.

On souscrit alors à l'idée du Professeur Philippe Brun que la vérité judiciaire n'a jamais prétendu épouser la vérité scientifique et que l'office du juge est nécessairement circonstancié<sup>351</sup>.

Dans cette optique, un arrêt de 2013 de la Cour de cassation<sup>352</sup> semblait revenir à une certaine orthodoxie juridique par le biais d'un considérant familier : « la cour d'appel, après avoir exactement énoncé que

---

<sup>347</sup> V. l'affaire du médicament Kaléorid où aucune causalité générale n'était alors imposée : Cass 1<sup>re</sup> civ. 3 mars 1998, JCP 1998. II. 10049, rapp. P. Sargos ; D. 1999. 36, note G. Pignarre et P. Brun ; RDSS 1998. 509, obs. A. Laude et G. Viala ; RTD civ. 1998. 524, obs. J. Raynard, et 683, obs. P. Jourdain ; v. aussi à propos d'un vaccin ORL : Cass 1<sup>re</sup> civ. 25 juin 2009, Bull. civ. I, n° 141 ; RTD civ. 2009. 723, obs. P. Jourdain ; JCP G 2009. 308, note P. Sargos ; RTD com. 2010. 181, obs. B. Bouloc ; D. 2009. 1895. La Cour de cassation censure une cour d'appel ayant exigé « une preuve scientifique certaine quand le rôle causal peut résulter de simples présomptions pourvu qu'elles soient graves, précises et concordantes ».

<sup>348</sup> P. Brun, *Raffinements ou faux-fuyants ? Pour sortir de l'ambiguïté dans le contentieux du vaccin contre le virus de l'hépatite B*, art. cité.

<sup>349</sup> Ibid.

<sup>350</sup> Cour de justice de l'Union Européenne, 1<sup>re</sup> chambre, 4 juin 2009, *Moteurs Leroy Somer/Dalkia France et Ace Europe*, affaire C-258/08.

<sup>351</sup> P. Brun, *Raffinements ou faux-fuyants ? Pour sortir de l'ambiguïté dans le contentieux du vaccin contre le virus de l'hépatite B*, art. cité : « Certes, mais qui n'a jamais prétendu que l'office du juge consistait, dans chaque cas particulier, à trancher la question générale de l'imputabilité de telle pathologie à tel produit ? La vérité judiciaire n'a jamais prétendu épouser la vérité scientifique, même s'il est bien évident que la première peut se nourrir de la seconde, et s'il fallait jeter l'opprobre sur toutes les décisions judiciaires qui contreviennent à quelques « lois scientifiques générales », on n'en aurait pas fini de reconsidérer bien des jugements... ».

<sup>352</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ. 10 juillet 2013, n° 12-21.314 ; D. Bakouche, *Les présomptions dans la responsabilité du fait des produits de santé*, RCA 2013. Etude 6.

l'impossibilité de prouver scientifiquement le lien de causalité (...) a estimé qu'au regard de l'état antérieur, il existait des présomptions graves, précises et concordantes permettant d'établir le lien entre les vaccinations litigieuses et le déclenchement de la sclérose en plaques dont elle était atteinte ».

On peut voir ici un premier pas sur la voie de la stabilisation<sup>353</sup> ; l'avocat général<sup>354</sup> a justement rappelé que la Cour régulatrice porte bien son nom et qu'elle a un rôle d'unification de la jurisprudence qu'un tel éparpillement ne saurait illustrer.

L'argumentation des juges du fond est solide, son pouvoir souverain d'appréciation doit se renforcer dans le temps.

D'aucuns proposent de relier ce contentieux au régime légal d'indemnisation de l'article L.3111-9 du code de la santé publique applicable, sans condition de défectuosité, aux dommages imputables à des vaccinations obligatoires<sup>355</sup>. Néanmoins, la problématique de la causalité se posera dans les mêmes termes au moment de l'expertise ; elle s'est posée devant le Conseil d'Etat qui a répondu favorablement aux victimes. En ce sens, le régime des produits défectueux semble encore pertinent.

D'ailleurs, la directive 85/374/CEE mentionnait bien que la défectuosité du produit était établie lorsque ce dernier n'offrait pas la sécurité à laquelle on pouvait légitimement s'attendre compte tenu des circonstances, lesquelles doivent être appréciées par les juges du fond (eu égard le plus souvent à la proximité temporelle entre vaccination, maladie et absence d'antécédents de la victime).

***Entre causalité scientifique et causalité juridique.*** La Cour régulatrice semble perdue dans les méandres de la causalité scientifique<sup>356</sup> alors qu'elle devrait plutôt s'en remettre traditionnellement à une causalité juridique<sup>357</sup> - même si la notion aura toujours une part de mystère<sup>358</sup>.

Les juges du fond ne l'ont d'ailleurs pas aidée et ont souvent refusé de reconnaître l'existence d'un lien de causalité entre la prise de ce vaccin et la sclérose en plaques. L'appréhension de la causalité scientifique est malheureusement toujours appréhendée d'une manière différente d'une cour d'appel à une autre.

---

<sup>353</sup> P. Brun, *Vaccination contre l'hépatite B et responsabilité civile : un premier pas sur la voie de la stabilisation ?*, D. 2013, p. 2312.

<sup>354</sup> D. 2013. Jur. 2306, avis C. Mellottée.

<sup>355</sup> D. Bakouche, *Les présomptions dans la responsabilité du fait des produits de santé*, art. cité.

<sup>356</sup> J-S. Borghetti, *Contentieux de la vaccination contre l'hépatite B : quand l'incertitude juridique le dispute à l'incertitude scientifique*, D. 2013, p. 2315.

<sup>357</sup> P. Brun, *Causalité juridique et causalité scientifique*, Rev. Lamy dr. civ. 2007, suppl. n° 40.

<sup>358</sup> A. Rouyère, *Variations jurisprudentielles à propos du lien de causalité entre vaccination contre l'hépatite B et sclérose en plaques, questions de méthode*, RFDA 2008, p. 1011.

Ce constat a, par la force des choses, conduit la cour à poser à la cour de justice européenne une question préjudicielle comme l'avait annoncé une partie de la doctrine<sup>359</sup>. Elle l'a fait pour clarifier ce que les auteurs nomment causalité générale et causalité spécifique (bien que la distinction ne soit pas dans la directive) ; exigence déjà présente dans les droits américains et anglais<sup>360</sup>. Par conséquent, la Cour de cassation a demandé à la cour de justice à travers trois questions si elle pouvait appliquer sa jurisprudence sur les présomptions de l'homme pour établir un lien de causalité faute de consensus médical (1) dans la mesure où certains indices de causalité étaient réunis (2). A défaut, ce lien de causalité devait-il être établi par la victime de manière scientifique (3) <sup>361</sup> ?

***La Cour de justice européenne dans le sillage de la jurisprudence des cours suprêmes.*** La CJUE, suivant le raisonnement de l'avocat général Michal Bobek<sup>362</sup>, a donné raison à la Cour de cassation en estimant que « la proximité temporelle entre l'administration d'un vaccin et la survenance d'une maladie ainsi qu'à l'absence d'antécédents médicaux personnels et familiaux, en relation avec cette maladie, de même que l'existence d'un nombre significatif de cas répertoriés de survenance de cette maladie à la suite de telles administrations, paraissent a priori constituer des indices dont la conjonction pourrait, le cas échéant, conduire une juridiction nationale à considérer qu'une victime a satisfait à la charge de la preuve »<sup>363</sup>. L'arrêt est salubre puisqu'il s'inscrit dans l'esprit de la directive sur les produits défectueux qui visait à simplifier l'indemnisation des victimes ; gageons qu'il mettra fin aux errements des juges français. La CJUE a ajouté une précision importante : il ne s'agit pas d'accepter un régime probatoire de présomptions, contraire à la directive, mais d'analyser un faisceau d'indices<sup>364</sup>.

Le fait est qu'il est toujours délicat pour les juges de se prononcer sur des questions scientifiques. C'est la raison pour laquelle ils rendent le plus souvent des arrêts de consensus où la porte reste entrouverte. De toute évidence, il faudra toujours apporter la preuve d'un lien causal, ce qui - chacun le sait - n'est pas chose aisée. Par ailleurs, les juges nationaux exigent toujours des indices particuliers comme un certain délai entre la vaccination et les premiers symptômes et la survenance d'une maladie et l'absence d'antécédents familiaux ou personnels du patient quant à la maladie en cause.

Le juriste allemand Ihering affirmait que la preuve est la rançon des droits. Des auteurs ont montré que la preuve pouvait justement avoir plusieurs sens, elle peut être tout à la fois « un raisonnement (...), un

---

<sup>359</sup> J-S. Borghetti, *Contentieux de la vaccination contre l'hépatite B : quand l'incertitude juridique le dispute à l'incertitude scientifique*, art. cité.

<sup>360</sup> Ibid, note 21.

<sup>361</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 12 novembre 2015, n°14-18118.

<sup>362</sup> <http://curia.europa.eu>.

<sup>363</sup> CJUE, 21 juin 2017, aff. C-621/15, N. W e.a. c/ Sanofi Pasteur.

<sup>364</sup> « L'article 4 de la directive 85/374 doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à un régime probatoire reposant sur des présomptions selon lequel, lorsque la recherche médicale n'établit ni n'infirme l'existence d'un lien entre l'administration du vaccin et la survenance de la maladie dont est atteinte la victime, l'existence d'un lien de causalité entre le défaut attribué à un vaccin et le dommage subi par la victime serait toujours considérée comme établie lorsque certains indices factuels prédéterminés de causalité sont réunis ». *ibid.*

fait ou document qui lève le doute (...) le résultat de l'épreuve »<sup>365</sup>. Dans tout raisonnement, il y a une part d'intuition que la science seule ne peut éprouver.

Dans le même sens, le Conseil d'Etat avait, dans l'arrêt *Schwartz*<sup>366</sup>, préféré une approche probabiliste en admettant un lien de causalité entre la vaccination contre l'hépatite B et l'apparition d'un symptôme de sclérose en plaques. Ce lien est fondé eu égard au fait qu'il y a eu un bref délai entre l'injection et l'apparition cliniquement constatée de la sclérose en plaques et compte tenu de « la bonne santé de l'intéressée et à l'absence, chez elle, de tous antécédents à cette pathologie, antérieurement à sa vaccination ».

Finalement, le Conseil d'Etat a presque agi comme le juge civil<sup>367</sup> en utilisant un raisonnement qui s'apparente aux présomptions graves, précises et concordantes prévues à l'article 1353 du Code civil (devenu article 1382 du même Code<sup>368</sup>) sous un vocable différent, celui des circonstances particulières de l'espèce.

La position est courageuse car les juges du Palais Royal ont décidé de découpler la causalité juridique et la causalité scientifique pour sortir de l'impasse<sup>369</sup> tout en mentionnant que « les rapports d'expertise, s'ils ne l'ont pas affirmé, n'ont pas exclu l'existence d'un tel lien de causalité (...) »<sup>370</sup>. Elle fut un temps la même que les juges judiciaires avant qu'ils ne s'en écartent<sup>371</sup>.

Le conseiller Terry Olson a bien fait mention dans ses conclusions de la position de la Cour de cassation et des différents débats scientifiques dans le domaine en indiquant que les décisions des juridictions administratives n'étaient pas univoques.

***La vérité juridique à distinguer de la vérité scientifique.*** Le conseiller Terry Olson rappelait que la vérité juridique n'est pas la vérité scientifique en reprenant à son compte l'avis de l'expert.

C'est ainsi que le Conseiller d'Etat demanda à la haute juridiction de faire converger « les éléments suffisamment convaincants et probants pour que l'on puisse consentir l'effort d'en faire davantage »<sup>372</sup> et faire établir la responsabilité de l'Etat du fait des vaccinations obligatoires, sur le fondement de l'article L. 3111-9 du CSP.

---

<sup>365</sup> J. Lhomme, *Economie et Histoire*, Genève, Droz, Travaux de Scie, 1967, p. 32.

<sup>366</sup> CE, 9 mars 2007, *Schwartz*, n°267635.

<sup>367</sup> B. Defoort, *Incertitude scientifique et causalité : la preuve par présomption : le traitement juridictionnel du doute et l'exigence de précautions dans son application*, RFDA 2008, p. 549.

<sup>368</sup> Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

<sup>369</sup> « Dans un contexte d'incertitude scientifique, l'examen du lien de causalité conduit bien souvent le juge dans une impasse dont il ne peut sortir qu'en découplant causalité juridique et causalité scientifique ». *ibid.*

<sup>370</sup> Arrêt CE, 9 mars 2007, précité.

<sup>371</sup> L. Neyret, *L'imputabilité de la sclérose en plaques au vaccin contre l'hépatite B*, D. 2007, p. 2204 : « Le Conseil d'Etat retient donc le principe d'une imputabilité générale ou abstraite de la sclérose en plaques au vaccin contre l'hépatite B ».

<sup>372</sup> T. Olson, *Lien de causalité reconnu entre une maladie et le vaccin contre l'hépatite B*, AJDA 2007, p. 861.

Ses conclusions mirent particulièrement en lumière la richesse des raisonnements du juge. Il analysa successivement la jurisprudence judiciaire et administrative, les débats scientifiques puis l'importance des éléments factuels (une condition temporelle de proximité entre le vaccin et la maladie et une condition médicale pour l'absence de tous antécédents).

Le Conseil d'Etat, très attaché au rapport d'expertise, a toujours réitéré<sup>373</sup> sa position. En cas de doute, la victime peut apporter un faisceau d'éléments (et ce par tout moyen)<sup>374</sup> pouvant établir un lien de causalité ; ce qui n'est pas le cas lorsque l'expert l'a explicitement écarté.

De surcroît, on notera que le Conseil d'Etat n'écarter pas tout lien causal lorsque la victime présente certains antécédents<sup>375</sup> ; le critère le plus déterminant étant véritablement le bref délai<sup>376</sup>.

Pourtant, ce dernier n'est pas défini et laissé à l'appréciation souveraine des juges du fond qui en feront une appréciation *in concreto*<sup>377</sup>. Il est raisonnable de déduire que ce délai est jugé bref quand il se limite à quelques mois ; une période de dix mois n'est pas constitutive d'un bref délai<sup>378</sup>.

Enfin, on regrettera que les victimes, dans des situations comparables, subissent une telle divergence de régime alors même que les cours suprêmes admettent que l'état des connaissances scientifiques ne permettent ni d'établir, ni d'écarter avec certitude ce lien de causalité<sup>379</sup>.

Cette inégalité semble contraire à l'article 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui condamne les discriminations.

Pour le reste, la CEDH a rappelé avec vigueur qu'une distinction est discriminatoire si elle manque de justification objective et raisonnable quand elle ne poursuit pas un but légitime rendant le rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et les objectifs visés<sup>380</sup>.

Cette présomption de droit basée sur des conditions qui assurent un équilibre<sup>381</sup> devrait être généralisée dans la jurisprudence des deux cours (quand bien même la jurisprudence du Conseil d'Etat a un impact sur l'Etat et les personnes publiques).

---

<sup>373</sup> Marquant ainsi plus fermement son positionnement sur les incertitudes scientifiques : R. Porcher, *Incertitudes liées à l'indemnisation des dommages résultant de vaccinations obligatoires : la fin d'une époque ?*, RDS, n°68, 2015, pp. 791-794.

<sup>374</sup> CE, 5<sup>e</sup> et 4<sup>e</sup> sous-sect., 6 novembre 2013, n° 345696, Mme A ; V. Vioujas, *Vaccination anti-hépatite B et sclérose en plaques devant le Conseil d'Etat : pas supplémentaire en faveur des victimes*, JCP Administrations et Collectivités territoriales n°21, 26 mai 2014, 2161.

<sup>375</sup> « Le fait qu'une personne ait manifesté des symptômes d'une sclérose en plaques antérieurement à la vaccination contre l'hépatite B qu'elle a reçue n'est pas, par lui-même, de nature à faire obstacle à ce que soit recherchée l'imputabilité de l'aggravation de cette affection à la vaccination ». CE, 5<sup>e</sup> et 4<sup>e</sup> sous-sect., 17 février 2012, n° 331277: Mme A.

<sup>376</sup> G. Croize, *Le bref délai fondement du lien de causalité entre le vaccin contre l'hépatite B et la sclérose en plaques*, RDS 2010, n° 36, pp. 347-348.

<sup>377</sup> T. Robin-Chevalier, *La responsabilité du fait des vaccinations obligatoires: une appréciation casuistique et évolutive du lien de causalité* », RDS 2007, n° 20, pp. 740-745.

<sup>378</sup> O. Grare, *Sclérose en plaques et vaccination contre l'hépatite B : l'ONIAM au secours des pompiers ! Mais, pour être indemnisé, tout est question de bref délai...*, sous CE, 5 novembre 2014, n°363036, Revue droit & santé n°63, janvier 2015, pp.57-62.

<sup>379</sup> CE, 22 juillet 2015, n° 369478 ; CE, 22 juillet 2015, n° 369479.

<sup>380</sup> CEDH, *Chassagnou et autres c/ France*, 29 avril 1999, Hudoc 1045, n°25088/94, 28331/95 et 28443/95.

<sup>381</sup> L. Neyret, *L'imputabilité de la sclérose en plaques au vaccin contre l'hépatite B*, art. cité : « La condition de proximité temporelle entre la vaccination et l'apparition de la maladie ainsi que la condition d'absence d'antécédents chez la victime

La Cour de cassation est souvent plus prudente dans la mesure où elle engage des personnes privées. A dire vrai, cette distinction est essentielle pour certains auteurs qui associent plus volontiers la jurisprudence du Conseil d'Etat à une action politique<sup>382</sup> et donc à une action plus volontariste du pouvoir<sup>383</sup>. Aux Etats-Unis par exemple, il existe une Cour spéciale dédiée aux complications des vaccinations qui agit comme une sorte de fonds ; les actions de groupe y sont d'ailleurs efficaces<sup>384</sup>.

On mesure alors combien, sur une incertitude, le droit du patient à être indemnisé peut se complexifier. Comme le souligne le conseiller Didier Tabuteau : « à travers ces débats complexes, assez techniques, on voit bien que le juge cherche à enserrer les méandres de la causalité médicale dans des cadres juridiques de droit commun, en les adaptant au mieux, en essayant de concilier souplesse et sécurité juridique, ce qui est extrêmement difficile »<sup>385</sup>.

Dans cette perspective, les juridictions sont assez sensibles à une causalité assouplie que l'on retrouve dans d'autres domaines mais avec moins d'intensité et d'incertitude. C'est la notion de perte de chance que l'on pourrait associer – sans trop forcer le trait – à un palliatif<sup>386</sup>.

---

pourraient être reprises par le juge de la responsabilité civile ». ; v. aussi : C. Radé, *Causalité juridique et causalité scientifique : de la distinction à la dialectique*, D. 2012. 112, n° 19.

<sup>382</sup> J-S. Borghetti, *Contentieux du vaccin contre l'hépatite B : en route vers Luxembourg*, D. 2015. 2602 : « Or, même abstraction faite de toute considération tirée du principe d'égalité devant les charges publiques, on peut penser qu'il s'agit là d'un choix qui ne relève pas de la compétence de la Cour de cassation, dont la fonction, au contraire de celle de certaines cours suprêmes étrangères, n'est pas (encore) d'ordre politique ».

<sup>383</sup> V. en ce sens : B. Defoort, *La décision administrative*, Pref. B. Seiller, Paris, LGDJ, Thèses, 706 p, 2015 ; v. aussi pour cette vision sans doute partagée par les juges du fond : C. Chamot, *Responsabilité de l'Etat pour les dommages causés par un vaccin associant des valences obligatoires et facultatives*, Gazette du Palais, n°266 à 267, 23 et 24 septembre 2015, conclusions sous CAA, Marseille, 21 mai 2015, n°13MA03127.

<sup>384</sup> <http://www.uscfc.uscourts.gov/vaccine-programoffice-special-masters>

<sup>385</sup> D. Tabuteau, *Propos conclusifs* in Conseil d'Etat, *Santé et justice : quelles responsabilités ? Dix ans après la loi du 4 mars 2002*, op. cité, p. 121.

<sup>386</sup> Pour reprendre les termes d'une doctrine éminente : P. Brun, *La spécificité de la causalité en matière médicale*, art. cité.

## B / Une pratique incertaine : la perte de chance

Le contentieux du dommage corporel est particulièrement rétif à une conception trop stricte du lien de causalité. En effet, l'activité médicale contient intrinsèquement une part d'incertitude ; il est donc assez fréquent que ce lien ne puisse être établi de manière certaine.

Par une sorte d'introspection, le juge - par le biais de l'expert - recherche souvent si une bonne information ou un bon diagnostic<sup>387</sup> aurait pu éviter ou limiter le dommage. En pareil cas, les cours suprêmes ont créé une notion fort commode nommée perte de chance qui représente un préjudice distinct du préjudice corporel<sup>388</sup>.

**La perte de chance : une notion ancienne.** La notion n'est pas nouvelle<sup>389</sup> ; elle est utilisée dans d'autres contentieux où elle est moins discutée<sup>390</sup>.

Elle a connu un regain d'intérêt en matière médicale qui lui a réservé une place particulière, parce que le lien de causalité est plus que d'autres exposé à la multiplicité des causes et que l'équivalence des conditions n'y suffit pas<sup>391</sup>.

Le terrain était on ne peut plus favorable à une causalité élastique (ce qui est impossible en matière pénale où le lien de causalité doit être impérativement avéré<sup>392</sup>).

---

<sup>387</sup> En effet, faute d'établir que les soins administrés auraient pu guérir le patient, l'absence ou le retard fautifs de diagnostic ou de traitement d'une affection ne pouvaient être indemnisés qu'au titre de la perte de chance. Cass. 1<sup>re</sup> civ, 4 novembre 2003, pourvoi n°01-13204, Bull. n°224.

<sup>388</sup> M. Deguegue, *Rapport introductif*, actes du colloque « Le préjudice. Regards croisés privatistes et publicistes », Resp. civ. et ass. 2010, dossier 2.

<sup>389</sup> Un arrêt l'avait admise à propos de la faute d'un mandataire de justice qui avait fait perdre une voie de recours à une partie et donc une chance de gagner le procès (Req. 17 juillet 1889, S. 1891, 1, 399). Quant au Conseil d'Etat, il avait jugé dès 1928 que la perte d'une chance d'avancement pour un fonctionnaire constituait un préjudice certain. CE, 3 août 1928, *Bacon*, Lebon, p. 1035.

<sup>390</sup> *Responsabilité du notaire et perte de chance de renoncer à la vente*, Cass.1<sup>re</sup> civ, 3 février 2016, n°14-20.201, AJDI 2016. 531 ; *Appréciation souveraine de la perte de chance d'une chance de titularisation*, CE, 30 décembre 2009, n°306459 ; *Responsabilité de l'avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation qui omet de présenter un recours en cassation : appréciation de la perte d'une chance sérieuse d'obtenir la cassation*, CE, 2 octobre 2006, n°270103.

<sup>391</sup> J-D. Sarcelet, *Débats autour de la causalité*, p. 103 in « Conseil d'Etat, Santé et justice : quelles responsabilités ? Dix ans après la loi du 4 mars 2002 », op. cité.

<sup>392</sup> Cass, 1<sup>re</sup> civ, 17 février 2011, pourvois n°10-10449 et 10-10670, Bull. n°29 : « Que l'existence d'une condamnation pénale définitive du chef d'atteintes à l'intégrité de la personne implique la certitude de la réalisation du dommage, et non une simple perte de chance de l'éviter ».

La notion de perte de chance est énormément analysée en doctrine<sup>393</sup> alors que, paradoxalement, elle n'entraîne pas de conséquences pratiques notables. En effet, celle-ci est le fruit d'une éventualité, d'un dommage hypothétique, d'une chance perdue.

Pour cette raison, l'indemnisation est fractionnée, pour ne pas dire symbolique. Le sujet intéresse la doctrine puisqu'il implique un élément majeur de la responsabilité : la causalité. Ce d'autant plus que l'articulation avec les principes de la responsabilité médicale est complexe ; c'est pourquoi elle est très souvent rattachée à la problématique du défaut d'information ou aux retards de diagnostic<sup>394</sup>.

L'utilisation de cette abstraction n'est pas nouvelle en droit médical comme l'illustre l'arrêt du Conseil d'Etat de 1964 Hôpital-Hospice de Voiron<sup>395</sup> et les arrêts révolutionnaires<sup>396</sup> de la Cour de cassation de 1965 Petit c/Margoux<sup>397</sup> et de la cour d'appel de Paris Société anonyme clinique X et docteur Y de 1966<sup>398</sup>. En 1970, la Cour de cassation a d'ailleurs rappelé qu'un préjudice pouvait être reconnu du seul fait qu'une chance ait été perdue<sup>399</sup>. L'arrêt Petit de 1965 répondait à une contradiction de motifs et ne comportait de ce fait aucun attendu de principe.

C'est pourquoi, l'arrêt Faivre du 27 janvier 1974<sup>400</sup> est souvent considéré comme le premier arrêt didactique ayant clairement posé le principe de la perte de chance<sup>401</sup>.

---

<sup>393</sup> V. *La perte d'une chance*, colloque organisé par le Centre de recherche juridique Pothier de l'Université d'Orléans, 12 février 2013, Les Petites Affiches, 2013 ; mais aussi : A. Bénabent, *La chance et le droit*, 1973, préf. J. Carbonnier ; I. Vacarie, *La perte d'une chance*, RRJ 1987, p. 903 ; F. Chabas, *La perte d'une chance en droit français*, in (ss dir.) E. Guillod, *Développements récents du droit de la responsabilité civile*, 1991, p. 131 ; C. Ruellan, *La perte de chance en droit privé*, RRJ 1999, 729 ; G. Mémeteau, *Perte de chances et responsabilité médicale*, Gazette du Palais, 24-25 octobre 1997, 22 ; C. Bernfeld, *L'indemnisation de la « perte de chance » dans le domaine des accidents médicaux : une situation dramatique pour les victimes*, Gazette du Palais, 12-13 juillet 2006, 33 ; G. Viney et P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, Paris, LGDJ, 2006, 3<sup>e</sup>éd., n° 280 ; J.-M. Binon, *La réparation de la perte d'une chance dans la jurisprudence européenne : une question de chance ?*, in « Liber amicorum Jean-Luc Fagnart », Anthemis/Bruylant, 2008, p.379 ; N. Albert, *L'évaluation de la perte de chance en droit administratif*, Les petites affiches, 31 octobre 2013, n°218, p.29 ; D. Tapinos, *L'appréhension du dommage corporel par la doctrine juridique*, Gazette du Palais, 16 février 2013 n° 47, p. 23 ; il suffit aussi de regarder régulièrement les chroniques de la revue droit et santé pour se faire une idée du phénomène.

<sup>394</sup> V. par ex ; CE, 17 janvier 2011, n° 327429 ; CE, 20 mars 2013, n° 350608 ; CE, 26 mai 2010, n° 306354, JCP G 2011, doctr ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 novembre 2008, n° 07-18.008, JCP G 2009, II, 10030, note Sargos.

<sup>395</sup> CE, 24 avril 1964, *Hôpital-Hospice de Voiron*, Lebon 1964, Rec. p. 259 : « Considérant que le lendemain du jour où le sieur Richard a été opéré à l'Hôpital-Hospice de Voiron, le personnel de service n'a pas prêté l'attention qu'ils méritaient aux avertissements de la famille de l'intéressé sur l'état du blessé ni alerté assez tôt le chirurgien qui avait pratiqué l'intervention ; que ces faits, qui ont compromis les chances qu'avait le sieur Richard d'éviter l'amputation de sa jambe, relèvent un mauvais fonctionnement du service public de nature à engager la responsabilité de l'Hôpital-Hospice de Voiron... » ; décision reprise fréquemment depuis : CE, 18 décembre 2009, *Centre hospitalier Voiron c / X*, n°311604 ; CE, 21 décembre 2007, n°289328

<sup>396</sup> JCP 1966. II. 14752 note R. Savatier.

<sup>397</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 14 décembre 1965, pourvoi n°63-13531, Bull. n°707 : « Les erreurs commises par le docteur petit avaient eu pour effet de priver l'enfant des chances de guérison » ; JCP 1966 .II. 14753 note R. Savatier ; décision reprise : Cass. 1<sup>re</sup> civ, 21 janvier 1970, *Faivre c/ dame Salomon*, Bull. civ. I, n°37 ; JCP 1970. II. 16422, note Rabut ; Cass. 1<sup>re</sup> civ, 18 juillet 2000, n°982030, Bull. civ. I n°224 ; D. 2000, p. 853, note Y. Chartier.

<sup>398</sup> Paris, 1<sup>re</sup> ch, 10 mars 1966, Sté anonyme et Clinique X et docteur Y, JCP. 1966. I. 14753, note R. Savatier : la cour déduit que le médecin a fait perdre « d'importantes chances de guérison » à sa patiente.

<sup>399</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 27 janvier 1970, pourvoi n°68-12782, Bull. n°37 précitée : « Attendu qu'un préjudice peut être invoqué du seul fait qu'une chance existait et qu'elle a été perdue ; [...] ».

<sup>400</sup> Cass. 1<sup>re</sup> Civ, 27 janvier 1974, Bull. 1974, I, n° 37, JCP 1970 II. 16422, note Rabut.

<sup>401</sup> De manière lapidaire d'ailleurs : « Mais attendu qu'un préjudice peut être invoqué du seul fait qu'une chance existait et qu'elle a été perdue ».

**La perte de chance : une notion contestée en plein essor.** La Cour de cassation faisait de la perte de chance un préjudice autonome, voire un fondement de la responsabilité dès 1978<sup>402</sup>. C'est en 1990 avec l'arrêt Jugnet du 7 février 1990 que le principe de la réparation intégrale a été supplanté par la perte de chance en matière de devoir d'information<sup>403</sup>.

Depuis, la perte de chance a aussi fait fortune<sup>404</sup> devant les juridictions administratives<sup>405</sup>.

Pourtant, cela n'allait pas de soi puisque le non-respect du défaut d'information sanctionné depuis l'arrêt Teyssier de 1942 a toujours été indemnisé sous l'angle de la réparation intégrale et demeurait donc longtemps éloigné de la perte de chance<sup>406</sup> jusqu'en 1990.

Dès son origine, la théorie a été très disputée parmi une doctrine éminente. Jugée controversée et assurant un confort intellectuel, d'aucuns se demandaient comment une faute pouvait engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé. Pour la doctrine, ce concept semblait alors très éloigné des canons de la responsabilité civile en matière médicale<sup>407</sup>.

Le doyen Savatier a mis en exergue, dans son commentaire de l'arrêt du 14 décembre 1965, le doute du juge sur le lien de causalité entre la faute et l'état final du patient. Sans doute sensible à ces interrogations, la Cour de cassation a analysé l'arrêt Faivre du 27 janvier 1974 dans son rapport annuel 1970/1971 en rappelant à cette occasion que la reconnaissance d'une faute est la condition intrinsèque d'une réparation au titre de la perte d'une chance.

Elle rappelait que la perte de chance est le fruit d'une dialectique entre deux éléments contradictoires : une certitude sur la faute et une incertitude sur ses conséquences si elle n'avait pas été commise.

Pour autant, le mouvement semblait se pérenniser puisque la Cour de cassation a réutilisé la notion, tant en 1970 sous le vocable une chance d'éviter le préjudice<sup>408</sup>, qu'en 1971 dans la formule une chance de survie<sup>409</sup>.

---

<sup>402</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 2 mai 1978, pourvoi n°76-14246, Bull. n°167.

<sup>403</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, pourvoi n°88-14797 ; Bull. civ. I, n°39 ; D, 1991, somm.183, obs. J. Penneau ; Grands arrêts du droit de la santé, art. cit, n°90, p. 448.

<sup>404</sup> pour reprendre l'expression de J-P. Thiellay, AJDA 2008. 2352.

<sup>405</sup> V. ccl T. Olson, *La réparation de la perte de chance dans le champ de la responsabilité hospitalière*, sur CE, Sect., 21 décembre 2007, *Centre Hospitalier de Vienne c/ M.Joncart, req.n°289328*, RFDA 2008, p. 348 ; D. Cristol, *Indemnisation de la perte de chances : le Conseil d'Etat poursuit sa conversion au probabilisme*, RDSS 2008, p. 567 ; CE, 30 novembre 2011, 5<sup>e</sup> sous-section, n°32758 ; CE, 26 mars 2014, n° 358328 ; CE, 3 février 2016, n°376620 .

<sup>406</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 11 février 1986, pourvoi n°8410845 ; Bull. civ. I, n°24 ; D, 1987, p. 19, note J. Penneau : « Le manque d'information, qui n'avait pas permis aux parents de prendre une décision éclairée et de motiver un refus éventuel [...] alors que la survenance du dommage dont il était demandé réparation constituait la réalisation du risque qui aurait dû être signalé [...], avait été la cause exclusive du dommage que la responsabilité des deux médecins était engagée pour l'intégralité du préjudice subi ».

<sup>407</sup> M. Bacache, *La réparation de la perte de chance : quelles limites ?* D. 2013, p. 619 : « La perte de chance ne cesse de mettre à l'épreuve les acquis de la responsabilité civile ».

<sup>408</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 17 novembre 1970, Bull. civ. I, n°301, I, n°301, p. 247, pourvoi n°69-12.45.

<sup>409</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 25 mai 1971, Bull. civ. I, n°171 et 172, p. 144, pourvoi n°69-14.266.

La Cour de cassation n'a cessé de mentionner que la faute commise devait être en relation de causalité avec la perte de chance<sup>410</sup>. De cette manière, le lien de causalité fait la liaison entre la faute et la perte de chance quand l'existence d'une perte de chance certaine et en relation directe avec la faute retenue<sup>411</sup> est caractérisée.

La Cour de cassation a précisé que « s'il n'est pas établi que des soins administrés à temps eussent guéri le patient, l'absence ou le retard fautif de diagnostic ou de traitement d'une affection ne peuvent être indemnisés qu'au titre de la perte de chance »<sup>412</sup>. Ainsi, la notion trouve traditionnellement à s'appliquer en cas de défaut d'information ou de diagnostic erroné<sup>413</sup> ; ce qui n'est pas le cas en matière d'interruption volontaire de grossesse comme l'a réaffirmé fermement un arrêt<sup>414</sup>.

La notion a des avantages pratiques indéniables (a) même si sa conceptualisation est délicate pour l'esprit (b).

#### a) Une notion pratique

La méthode est ingénieuse car elle permet aux juges de moduler le lien causal eu égard aux circonstances et donc, d'une certaine manière, de lui assurer une certaine liberté. Néanmoins, c'est une notion particulière qui répond à ses propres conditions (1) et modalités d'application (2).

##### *1) Les conditions de la perte de chance*

L'indemnisation d'une perte de chance répond à certaines conditions. La victime doit avoir effectivement perdu des chances de guérison, d'amélioration de son état de santé ou de survie<sup>415</sup>. Il faut que cette chance, en lien causal avec le dommage<sup>416</sup>, ait réellement existé<sup>417</sup> et ne soit pas purement hypothétique<sup>418</sup>.

---

<sup>410</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 8 janvier 1985, Corson, Bull. civ, I, n°10.

<sup>411</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 15 juin 2014, n°U0212192.

<sup>412</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 27 janvier 2004, n°U0113499.

<sup>413</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 8 juillet 1997, Bull. n°238 ; JCP 1997. II. 22921, rapp. Sargos ou de retard fautif.

<sup>414</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 8 juillet 2008, n°0712159, JCP 2008. II. 10166, note P. Sargos ; D. 2008, p. 2765 note S. Porchy-Simon.

<sup>415</sup> En cas de doute sur l'origine du dommage, la Cour de cassation écarte la perte de chance : Cass. 1<sup>re</sup> civ, 17 novembre 1982, Bull. 1982, I, n°333, pourvoi n°81-13.530 ; RTD Civ. 1983. 346. obs. Durry ; JCP 1983 II 20056, note Saluden ; J. Penneau, D. 1986, p. 390 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ, 2 mai 1978, Bull. 1978, I, n°166, p.133, pourvoi n°77-10.619.

<sup>416</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 8 janvier 1985, Bull. 1985, I, n° 10, p. 10, pourvoi n° 83-14.852 ; D. 1986, p 390. note J. Penneau.

<sup>417</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 7 juin 1988, Bull. 1988, I, n°180, p.125, pourvoi n°86-13.214 : ce n'est pas le cas lorsque le dommage est totalement étranger à la chance perdue.

<sup>418</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 10 janvier 1990, Bull. 1990, I, n°10, p. 8, pourvois n°88-18.690, 87-17.092 et 87-17.091.

Dès lors, cette perte de chance n'est pas établie lorsqu'au jour de la faute, la santé du patient était déjà compromise, rendant hypothétique une éventualité favorable, comme l'a précisé la Cour de cassation<sup>419</sup>.

***Une application pratique de la perte de chance : favoriser l'indemnisation.*** Pour le Conseil d'Etat, un retard dans l'organisation et le fonctionnement du service peut entraîner une perte de chance à l'enfant né d'éviter tout ou partie des séquelles dont il est resté atteint, quand bien même le juge n'aurait pas de certitudes quant à l'impact réel ou avéré de ce retard<sup>420</sup>.

Le doute profite légitimement à la victime pour la haute juridiction qui estime que le simple retard peut faire présumer la perte d'une chance.

Concrètement, le concept de perte de chance permet ainsi d'évaluer à une fraction du dommage corporel déterminée en fonction de l'ampleur de la chance perdue. Il est ainsi précisé que les juges du fond doivent rechercher « si, au moment où la décision appropriée à son état aurait dû être prise, l'enfant avait une chance, que le retard lui aurait fait perdre, d'échapper aux séquelles dont il est atteint »<sup>421</sup> ; si ces derniers se limitent à établir que le dommage ne serait pas advenu en l'absence de retard fautif sans analyser le préjudice sous l'angle de la perte de chance, ils commettent une erreur de droit.

Les juges du fond s'appuient naturellement sur les experts pour évaluer la perte de chance. En revanche, il n'est pas certain que les juges et les experts aient la même conception de cette perte. En cas de désaccord entre ces derniers, c'est toujours le juge qui doit la déterminer au mieux<sup>422</sup>.

Pourtant, l'évaluation de l'ampleur de la perte de chance ne figure pas dans les missions-type de droit commun d'expertises médicales judiciaires ou administratives, ce qui rend cette quantification délicate comme ont pu le montrer certains auteurs<sup>423</sup>.

***La perte de chance associée à la disparition d'une éventualité favorable.*** La Cour régulatrice a elle aussi précisé que « la perte de chance présente un caractère direct et certain chaque fois qu'est constatée la disparition d'une éventualité favorable, de sorte que ni l'incertitude relative à l'évolution de la pathologie, ni l'indétermination de la cause du syndrome de détresse respiratoire aiguë ayant entraîné le décès n'étaient de nature à faire écarter le lien de causalité »<sup>424</sup>. Le Conseil d'Etat n'a pas en théorie évoqué une formule générale car ses motifs restent toujours factuels.

---

<sup>419</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 10 janvier 1990, pourvois n°87-17091, 87-17092 et 88-18690, Bull. n°10 et Cass. 1<sup>re</sup> civ, 7 juin 1988, pourvoi n°86-13214, Bull. n°180.

<sup>420</sup> CE, 26 mai 2010, *M et Mme Pradeau*, n°306354.

<sup>421</sup> Ibid.

<sup>422</sup> C. Chamot, *Perte de chance d'éviter l'aggravation de l'état de santé : quand les experts et le juge ne l'entendent pas de la même manière*, Gazette du Palais, 18 décembre 2014, n°352, p. 11.

<sup>423</sup> A. de Souza, C. Rougé-Maillart, R. Clément, N. Jousset, *L'évaluation de la perte de chance en responsabilité médicale, une mission à préciser pour l'Expert*, Médecine & Droit, Juillet-Août 2016, n°139, p. 95.

<sup>424</sup> Cass, 1<sup>re</sup> civ, 14 octobre 2010, pourvoi n°09-69195, Bull.n°200.

Pour ce dernier, les juges doivent d'abord rechercher l'existence d'une chance et vérifier le cas échéant si elle n'avait pas disparu en raison de la faute commise<sup>425</sup>. Il n'en demeure pas moins que le fait de rechercher quel aurait été le résultat d'une prise en charge adéquate revient en pratique à accepter, comme le juge judiciaire, que la perte de chance soit établie à chaque fois qu'est constatée la disparition d'une éventualité favorable. De ce fait, la finalité est identique même si le raisonnement est basé sur ce qui aurait dû être en absence de faute et non pas sur ce qui était avant la commission de celle-ci<sup>426</sup>.

A l'instar de la Cour de cassation, le Conseil d'Etat considère que l'incertitude ne suffit pas à écarter la notion ; seule la certitude le peut : « lorsqu'une pathologie prise en charge dans des conditions fautives a entraîné une détérioration de l'état du patient ou son décès, c'est seulement lorsqu'il peut être affirmé de manière certaine qu'une prise en charge adéquate n'aurait pas permis d'éviter ces conséquences que l'existence d'une perte de chance ouvrant droit à réparation peut être écartée »<sup>427</sup>.

La Cour de Cassation a ajouté qu'au titre de la perte de chance pour la victime d'éviter le dommage, tous les praticiens dont le comportement fautif lors de la grossesse ou de l'accouchement a contribué au dommage subi par l'enfant engagent leur responsabilité, peu importe que l'origine première de son handicap soit affectée d'un degré d'incertitude, même scientifique<sup>428</sup>.

La part de responsabilité incombant à chacun dans la production du dommage reste alors appréciée souverainement par les juges du fond<sup>429</sup>. C'est pourquoi, une cour d'appel a exactement déduit « que l'ensemble des fautes commises par le médecin et le personnel de la clinique avait fait perdre à l'enfant des chances certaines d'échapper à la constitution ou à l'aggravation des lésions cérébrales, peu importe qu'il eût subsisté une incertitude sur l'origine de la pathologie et notamment sur l'existence possible de facteurs pathogènes anténataux non identifiables »<sup>430</sup> (encore faut-il bien dissocier les dommages et les coresponsables<sup>431</sup>).

---

<sup>425</sup> CE, 26 mai 2010, n° 306354, RDSS 2010, p. 762, obs. D. Cristol.

<sup>426</sup> Pour le raisonnement v : S. Dumas-Lavenac, *Définition de la perte de chance et responsabilité administrative de l'établissement de santé*, Revue droit & santé n°72, juillet 2016, pp. 491-497.

<sup>427</sup> CE, 10 mars 2016, n°386362.

<sup>428</sup> Une condamnation *in solidum* est possible ; le juge apprécie alors la part de responsabilité incombant à chacun : Cass. 1<sup>re</sup> civ, 18 janvier 2010, *Centre médico chirurgical du Mans*, n°U0821692 et 0820755, D. 2010, p. 945, note G. Maître ; JCP 474, note S. Hocquet-Berg, RTD Civ. 2010, 330, obs. P. Jourdain.

<sup>429</sup> Cass, 1<sup>re</sup> civ, 28 janvier 2010, pourvois n°08-20755 et 08-21682, Bull. n°19.

<sup>430</sup> Cass, 1<sup>re</sup> civ, 17 février 2011, pourvois n°10-10449 et 10-10670, Bull. n°29 ; Il est précisé dans l'arrêt que l'identité de faute oblige le juge à prendre en compte l'autorité de la chose jugée. C'est ainsi que la sage-femme, déjà condamnée au pénal, ne pouvait voir sa responsabilité engagée pour la même faute au civil. A l'inverse, l'accoucheur relaxé au pénal peut voir sa responsabilité pour perte de chance engagée car cette décision ne fait pas obstacle à ce que celle-ci soit recherchée.

<sup>431</sup> A. Bascoulergue, *Réparation d'un préjudice de perte de chance et condamnation in solidum*, JCP G, n°18, 1<sup>er</sup> mai 2017, p. 495. L'auteur commente un arrêt important (publié au Bulletin) où la Cour de cassation censure un arrêt d'appel qui a condamné *in solidum* un praticien et un établissement en réparation du préjudice corporel alors qu'ils répondent d'un dommage différent : « il ne peut être prononcé une condamnation *in solidum* qu'à concurrence de la partie du préjudice total de la victime à la réalisation duquel les coresponsables ont l'un et l'autre contribué ».

La cour régulatrice a rappelé par la même occasion que constitue une perte de chance : « la disparition certaine, par l'effet de la ou des fautes médicales commises, d'une possibilité de guérison ou d'amélioration de l'état du patient »<sup>432</sup>.

Les cours suprêmes ont donc une acception assez ouverte de la perte de chance ; elle doit être écartée lorsqu'il est établi que les lésions étaient déjà irréversibles lorsque la faute a été commise ou lorsque la perte de chance n'est pas en relation directe avec cette dernière.

En ce sens, les modalités pratiques de la réparation sont limitées, eu égard à l'incertitude quant au lien causal.

## 2) *Les modalités de réparation de la perte de chance*

L'aspect pratique de la notion a considérablement évolué dans le temps. Pour bon nombre de commentateurs, elle a toujours constitué un préjudice spécifique<sup>433</sup>.

Dans les années 1970, la Cour de cassation a admis que le médecin ayant fait perdre à son patient des chances de survie devait réparer entièrement le préjudice<sup>434</sup>. Une telle position eut pour mérite de simplifier considérablement le contentieux au profit d'une réparation totale et non fractionnée. Cependant, elle semblait assez sévère au vu de la part d'ombre qui entoure nécessairement la perte de chance ; ce qui rend nécessairement difficile l'application d'une responsabilité intégrale.

La Cour régulatrice s'est ravisée en 1998 en estimant dans un autre contentieux que « la réparation d'une perte de chance doit être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée »<sup>435</sup>.

***De la difficulté d'évaluer la fraction de la chance perdue.*** Cette position a été précisée dans le domaine médical ; il s'agit de déterminer, en fonction de l'état de la victime, une fraction souverainement évaluée des différents chefs de préjudice supportés par la victime eu égard aux chances d'obtenir une amélioration de son état ou d'échapper à une infirmité, et non une somme forfaitaire<sup>436</sup>.

---

<sup>432</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 17 février 2011, pourvois n°10-10449 et 10-10670, Bull.n°29 ; même si la frontière est parfois fine pour accéder à une réparation intégrale : Selon la Cour de cassation, l'attestation d'un employeur, même tardive, sur la volonté d'embaucher la victime était dépourvue de caractère aléatoire et ne pouvait caractériser une simple perte de chance. E. Dinparast, *Quand la force d'une attestation peut chasser l'aléa*, juin 2017, Gazette du Palais, n°21, p. 61 sous Cass. Crim, 4 janvier 2017, n°15-87192.

<sup>433</sup> D. Le Prado, *Débats autour de la causalité* in Conseil d'Etat, *Santé et justice : quelles responsabilités ? Dix ans après la loi du 4 mars 2002*, op. cité, p. 107 : « pour la Cour de cassation, la perte de chance a toujours constitué un préjudice spécifique, correspondant à une fraction de l'entier préjudice, préjudice spécifique causalement lié à la faute reprochée à la clinique, reprochée au médecin ».

<sup>434</sup> Cass, 1<sup>re</sup> civ, 27 mars 1973, pourvoi n°71-14587, Bull. n°115 et Cass, 1<sup>re</sup> civ, 9 mai 1973, pourvoi n°71-13594, Bull. n°162.

<sup>435</sup> Cass, 1<sup>re</sup> civ, 16 juillet 1998, pourvoi n°96-15380, Bull. n°260.

<sup>436</sup> Cass, 1<sup>re</sup> civ, 8 juillet 1997, pourvoi n°95-18113, Bull. n°238 : « Le recours des tiers payeurs s'exerce sur les sommes allouées à la victime en réparation de la perte de chance d'éviter une atteinte à son intégrité physique, la part d'indemnité de caractère personnel étant seule exclue de ce recours ; Cass. 1<sup>re</sup> civ, 18 juillet 2000, pourvoi n°98-20430, Bull. n°224 ; D. 2000,

Pour ce faire, les postes de préjudice doivent être fractionnés à hauteur de la chance perdue ; ce fractionnement des différents chefs de préjudice supportés par la victime est souverainement évalué par les juges du fond<sup>437</sup>.

Le Conseil d'Etat a, de manière plus tardive, suivi le fil de la jurisprudence de la Cour régulatrice (grâce aux juges du fond notamment<sup>438</sup>). Il a longtemps estimé de manière traditionnelle que la perte de chance, quand elle était établie, impliquait une réparation intégrale du préjudice<sup>439</sup>. Cependant, celle-ci était plus restreinte dans la mesure où seule une chance sérieuse était considérée comme une perte de chance ; si cette dernière ne l'était pas suffisamment, la victime n'obtenait aucune indemnisation.

Sans doute sensible au fait que sa jurisprudence soit opposée à celle du juge judiciaire, la Haute Juridiction s'est rétractée dans un arrêt remarqué (qui rappelle sa position du 5 janvier 2000<sup>440</sup>) en affirmant que « dans le cas où la faute commise lors de la prise en charge ou le traitement d'un patient dans un établissement public hospitalier a compromis ses chances d'obtenir une amélioration de son état de santé ou d'échapper à son aggravation, le préjudice résultant directement de la faute commise par l'établissement et qui doit être intégralement réparé n'est pas le dommage corporel constaté, mais la perte de chance d'éviter que ce dommage soit advenu ; que la réparation qui incombe à l'hôpital doit alors être évaluée à une fraction du dommage corporel déterminée en fonction de l'ampleur de la chance perdue »<sup>441</sup>.

Le juge administratif se lançait donc lui aussi dans la « délicate opération de pronostic rétrospectif »<sup>442</sup> à travers une évaluation probabiliste, guère éloignée des tribunaux judiciaires »<sup>443</sup>.

---

p. 853, note Y. Chartier; Cass. 1<sup>re</sup> civ, 18 janvier 2005, pourvoi n°03-17906, Bull.n°29 : « L'indemnité de réparation de la perte d'une chance d'obtenir une amélioration de son état ou d'échapper à la situation qui s'est réalisée doit correspondre à la fraction, souverainement évaluée, des différents chefs de préjudice supportés par la victime, les tiers payeurs disposant, sur les sommes allouées à cette dernière, à l'exclusion de celles réparant le préjudice personnel, d'un recours à la seule mesure des prestations qu'ils ont versées à celle-ci et qui sont en relation directe avec le fait dommageable ».

<sup>437</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 28 juin 2007, n°0613859.

<sup>438</sup> On remarquera d'ailleurs que ce sont les juges du fond, dont le tribunal de Grenoble, qui ont plaidé pour une réparation fractionnée conformément à la jurisprudence civile ; v. B. Apollis, *Perte de chance : la fin du règne de la réparation intégrale du préjudice corporel réaffirmée par les juges du Palais-Royal. Vive l'indemnisation fractionnée !* Revue droit & santé n°22, mars 2008, pp. 196-197.

<sup>439</sup> CE, 24 avril 1964, *Hôpital-Hospice de Voiron*, Rec. p. 259 ; CE, 21 février 1979, *Dupuis*, n°91277 ; CE, 19 mars 2003, *CHRU de Caen*, n°195007 et 211317, rec. p. 138 : « Considérant qu'après avoir estimé, par une appréciation souveraine des faits, que les fautes commises avaient compromis les chances réelles de rétablissement dont bénéficiait l'intéressé, la cour a pu, en déduire, sans commettre d'erreur de droit, que la réparation intégrale du préjudice incombait au centre hospitalier régional et universitaire de Caen ».

<sup>440</sup> CE, 5 janvier 2000, n°181899 : « considérant que la réparation du dommage résultant pour M. T. de la perte d'une chance de se soustraire au risque qui s'est finalement réalisé doit être fixée à une fraction des différents chefs de préjudice subis ».

<sup>441</sup> CE, 21 décembre 2007, *CH de Vienne*, n°289328, Rec. p. 546, AJDA 2008, p. 235, Chron. J. Boucher et B. Bourgeois-Machureau ; CE, 5<sup>e</sup> et 4<sup>e</sup> ss-sect.réunies, 6 novembre 2013, n°352043.

<sup>442</sup> AJDA 2008, p. 235, Chron. J. Boucher et B. Bourgeois-Machureau.

<sup>443</sup> Ibid.

Par ailleurs, comme le juge judiciaire<sup>444</sup>, le juge administratif a précisé que les jurisprudences nouvelles s'appliquaient rétroactivement<sup>445</sup>.

**De la pertinence d'un retour à la réparation intégrale en matière de perte de chance.** Une controverse demeure<sup>446</sup> quant à l'opportunité avérée ou non d'être passé d'une réparation intégrale à une réparation fractionnée.

Indéniablement, cela a pu poser problème eu égard à la rétroactivité dans le temps de la jurisprudence quand les victimes avaient bénéficié d'une réparation intégrale. La rétroactivité de la jurisprudence empêchait néanmoins qu'il soit possible de revenir d'une quelconque manière sur les créances reconnues par une décision, conformément à la Convention européenne des droits de l'homme<sup>447</sup>.

Du reste, cette méthode permet aux juges d'avoir aujourd'hui une approche plus fine du préjudice<sup>448</sup>, et ce d'autant plus qu'ils peuvent admettre l'existence de plusieurs causes.

Un cumul entre la responsabilité des professionnels de santé et l'indemnisation par la solidarité nationale est aussi possible avec la perte de chance comme l'ont rappelé les cours suprêmes<sup>449</sup>, étant précisé que celle-ci est exclue du champ de la réparation au titre de la solidarité nationale car c'est un principe de responsabilité.

Quant aux préjudices non indemnisés ayant pour seule origine un accident non fautif, ils peuvent être indemnisés au titre de la solidarité nationale<sup>450</sup>.

**Le défaut d'information et diagnostic : terre d'élection de la perte de chance.** En pratique, ce sont les défauts d'information et les retards de diagnostic qui sollicitent le plus cette théorie, comme le souligne un magistrat<sup>451</sup>.

---

<sup>444</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 9 octobre 2001, n°00-14564.

<sup>445</sup> CE, 2 septembre 2009, *AP de Marseille*, n°297013 : « Il appartient en principe au juge administratif de faire application de la règle jurisprudentielle nouvelle à l'ensemble des litiges, quelle que soit la date des faits qui leur ont donné naissance, sauf si cette application a pour effet de porter rétroactivement atteinte au droit au recours ».

<sup>446</sup> P. Sargos, *La perte de chance en matière d'information médicale : clarification et impasse*, RGDM, n°44, septembre 2012, pp. 281-291.

<sup>447</sup> CE, 22 octobre 2014, n° 368904, *Centre hospitalier de Dinan*, JurisData n° 2014 ; G. Eveillard, *L'article 1<sup>er</sup> du Premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, limite aux effets temporels des règles jurisprudentielles nouvelles*, Droit. Adm, n°2, février 2015, comm. 16.

<sup>448</sup> D. Le Prado, *Débats autour de la causalité*, art. cité, p. 107 : « Ceci permet au juge, administratif comme judiciaire, d'avoir une approche plus fine du préjudice de la victime : si la chance perdue est faible, la victime sera indemnisée à hauteur de cette faible chance perdue. Cette approche est d'autant plus fine que le juge peut parfaitement admettre l'existence de plusieurs causes. Le juge peut affiner davantage son raisonnement, notamment lorsque la perte de chance n'est à l'origine que d'une aggravation du préjudice : il applique alors deux fois le fractionnement ».

<sup>449</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 11 mars 2010, pourvoi n°09-11270, Bull. n°63 : CE, 30 mars 2011, *ONIAM c/ M et Mme Jean-Paul A*, n°327669, rec. p. 148.

<sup>450</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 6 octobre 2011, pourvoi n°10-21.212.

<sup>451</sup> J-D. Sarcelet, *Débats autour de la causalité*, p. 105 in « Conseil d'Etat, Santé et justice : quelles responsabilités ? Dix ans après la loi du 4 mars 2002 », op. cité : « La distinction opérée entre la faute causale de l'entier préjudice et la faute causale d'une perte de chance a principalement trouvé à s'exprimer au regard des manquements au devoir d'information ou des retards de diagnostic ou de prise en charge, sur le fondement de ce que René Savatier appelait la « reconstruction rétrospective du passé ».

Par suite, la Cour de cassation, comme le Conseil d'Etat<sup>452</sup>, a rappelé avec netteté que « le non-respect du devoir d'information qui en découle, cause à celui auquel l'information était légalement due, un préjudice, qu'en vertu du dernier des textes susvisés, le juge ne peut laisser sans réparation »<sup>453</sup> en revenant ainsi sur son arrêt de 2007.

Cet arrêt de 2007 a été largement critiqué ; il défendait une position jugée scandaleuse<sup>454</sup>, une « aberration juridique »<sup>455</sup> (qui aurait nécessité que l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation soit saisie<sup>456</sup>) car il excluait tout préjudice moral et l'effectivité du droit fondamental au recueil du consentement éclairé.

Pour autant, il n'est pas toujours aisé de qualifier ce préjudice qui pourrait correspondre à ce que l'on nomme parfois un préjudice moral d'impréparation<sup>457</sup>. Ce préjudice spécifique, que le Conseil d'Etat a repris<sup>458</sup>, semble s'éloigner de la notion de perte de chance.

En résumé, l'indemnité de la victime du fait d'un défaut d'information sur un risque qui s'est réalisé repose toujours sur la perte de chance. Etant précisé que si les juges du fond estiment que le patient, même informé, aurait accepté de courir le risque, il doit être indemnisé au moins pour un préjudice moral ou d'impréparation lié à la violation d'un droit subjectif.

***Une dissociation incertaine entre la perte de chance et le préjudice d'impréparation*** La grande difficulté de l'arrêt du 3 juin 2010 réside dans le fait que ses contours sont incertains : la théorie de la perte de chance subsiste mais il peut exister un préjudice autonome qui peut éventuellement être décliné comme préjudice d'impréparation<sup>459</sup>.

---

<sup>452</sup> CE Ass, 19 mai 2004, n°216039, AJDA 2004, p.1361, obs. C. Landais et F. Lenica.

<sup>453</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 3 juin 2010, pourvoi n°09-13591, Bull. n°128 ; D. 2010. 1522, note P. Sargos, *Deux arrêts historiques en matière de responsabilité médicale générale et de responsabilité particulière liée au manquement d'un médecin à son devoir d'information* ; RCA, 2010, étude 5 de S. Hocquet-Berg, *La place du défaut d'information dans le mécanisme d'indemnisation des accidents médicaux* ; Rapport annuel de 2010 de la Cour de cassation, quatrième partie : jurisprudence de la Cour, responsabilité médicale, p. 284 : « Cette jurisprudence nouvelle, prolongeant l'arrêt Teyssier, rappelle ce que recouvre à la fois la faute d'humanisme du médecin vis-à-vis du patient, et le droit qu'a le patient de conserver la maîtrise de sa destinée » ; Cass. 1<sup>re</sup> civ, 6 octobre 2011, pourvoi n°10-21241.

<sup>454</sup> P. Sargos, *La réparation du préjudice d'un défaut d'information* in « L'information relative à la santé in Conseil d'Etat, Santé et justice : quelles responsabilités ? Dix ans après la loi du 4 mars 2002 », op. cité, p. 268.

<sup>455</sup> P. Sargos, *La perte de chance en matière d'information médicale : clarification et impasse*, RGDM, n°44, septembre 2012, pp. 281-291.

<sup>456</sup> P. Sargos, *L'information du patient et de ses proches et l'exclusion contestable du préjudice moral*, Recueil Dalloz, 2008, p. 192.

<sup>457</sup> O. Gout, *L'obligation d'information du médecin à nouveau sur le devant de la scène juridique*, Revue Lamy Droit civil, n°115, mai 2014.

<sup>458</sup> Un patient peut demander l'indemnisation d'un préjudice moral autonome en cas de manquement du médecin à son devoir d'information. Et ce même si l'intervention pratiquée était impérieusement requise. CE, 10 octobre 2012, *B. et L.*, req. n°350426 AJDA 2012. 1927, obs. Poupeau.

<sup>459</sup> F. Dreifuss-Netter in « Conseil d'Etat, Santé et justice : quelles responsabilités ? Dix ans après la loi du 4 mars 2002, op. cité, p. 281 : « Je ne me prononce pas sur l'avenir mais en tout cas, pour le moment, nous avons rendu de nombreux arrêts depuis l'arrêt du 3 juin 2010 qui montrent que nous n'avons pas abandonné la jurisprudence sur le préjudice résultant d'une perte de chance. Ce que nous avons dit, c'est qu'il y avait un préjudice autonome (...) c'est un préjudice qui pourrait se décliner comme préjudice d'impréparation, même si nous ne l'avons pas dit non plus ». ; P-L. Vidal, *Les conditions d'indemnisation du préjudice d'impréparation*, sous CA, Paris, 30 janvier 2015 : n°14/00771, Revue droit & santé n°65, mai 2015, pp. 400-402 : Le préjudice moral d'impréparation est autonome : Cass. 1<sup>re</sup> civ, 25 janvier 2017, n°15-27898 ; A. Delhay, *L'autonomie du préjudice moral d'impréparation reconnue*, Gazette du Palais, juin 2017, n°21, p. 65 sous arrêt précité.

En réalité, la Cour de cassation a estimé que la réparation du défaut d'information ne se cantonnait pas à la seule perte de chance en jugeant qu'« indépendamment des cas dans lesquels le défaut d'information sur les risques inhérents à un acte d'investigation, de traitement ou de prévention a fait perdre au patient une chance d'éviter le dommage résultant de la réalisation de l'un de ces risques, en refusant qu'il soit pratiqué, le non-respect, par un professionnel de santé, de son devoir d'information cause à celui auquel l'information était due, lorsque ce risque se réalise, un préjudice résultant d'un défaut de préparation aux conséquences d'un tel risque, que le juge ne peut laisser sans réparation »<sup>460</sup>.

La Cour régulatrice a eu l'occasion de rappeler récemment que le préjudice d'impréparation peut être considéré comme un préjudice distinct de la perte de chance<sup>461</sup>.

Cette notion d'impréparation<sup>462</sup> a beaucoup intéressé la doctrine civiliste<sup>463</sup>. Elle voyait en celle-ci un retour à l'orthodoxie juridique avec un préjudice caractérisé<sup>464</sup> illustré par ce droit subjectif du patient<sup>465</sup>. A l'inverse, le juge administratif paraît plus reticent à utiliser un préjudice d'impréparation<sup>466</sup> et semble se limiter à la seule perte de chance<sup>467</sup>.

Il est important de rappeler que la perte de chance ne correspond qu'à une fraction du préjudice. En ce sens, et même si le droit de préférence en matière de recours des tiers payeurs s'étend à la réparation de la perte de chance<sup>468</sup>, son usage n'est pas toujours favorable aux victimes. Cette affirmation est illustrée dans quelques arrêts où son utilisation est dévoyée.

---

<sup>460</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 23 janvier 2014, n°12-22123 ; v. sous arrêt précité : D. Grimaud, *Le préjudice causé par le défaut d'information du médecin*, Responsabilité hospitalière et droit des patients, Chronique de Droit des patients n° 1, Les Petites Affiches, 26 novembre 2014, n° 237 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ, 6 avril 2016 : n° 15-17351.

<sup>461</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 25 janvier 2017, n°15-27.898 ; S-M. Ferrié, D. 2017, p. 555 ; D. Cristol, *Le préjudice d'impréparation né du défaut d'information médicale : une consolidation de l'édifice jurisprudentiel*, RDSS, n°4, août 2017, p. 716.

<sup>462</sup> O. Gout, *Préjudice d'impréparation : la Cour de cassation fait une nouvelle fois évoluer sa jurisprudence*, D. 2015, p. 124.

<sup>463</sup> RDSS 2014. 295, note F. Arhab-Girardin ; RTD civ. 2014. 379, obs. P. Jourdain ; JCP 2014. 446, note A. Bascoulergue ; RCA 2014. Comm. 116, obs. S. Hocquet-Berg ; Gazette du Palais, 16-17 avr. 2014, p. 19, obs. M. Mekki.

<sup>464</sup> Notes sous Cass. 1<sup>re</sup> civ, 23 janvier 2014, n°12-22123 : N. Dupont, JCP 2014, éd. E, n° 1105, p. 27 et s. : « le lien semble bel et bien rétabli entre le préjudice moral et le préjudice corporel » : A. Bascoulergue, *Réparation du défaut d'information en matière médicale : retour à l'orthodoxie*, JCP général, n°15, p. 446 sous Cass. 1<sup>re</sup> civ, 23 janvier 2014, n°12-22123.

<sup>465</sup> X. Barella, *Le droit à l'information en matière médicale : vers la reconnaissance d'un droit subjectif du patient*, AJDA 2012, p. 1991 ; C. Lantero, *Vers la reconnaissance du défaut d'information comme chef de préjudice autonome ?* AJDA 2010, p. 2169.

<sup>466</sup> R. Bourret, F. Vialla, *Divergence sur le préjudice lié au défaut d'information ?*, Revue droit & santé, n°72, 2016, pp.500-503 ; v. V. Dejous, *La reconnaissance d'un préjudice, distinct de la perte de chance, en cas de manquement du médecin à son obligation d'information : le Conseil d'Etat suit l'impulsion de la Cour de cassation*, JCP Adm. et Coll., n°46, 19 novembre 2012, 2369, sous CE, 10 octobre 2012, n°350426, *CHU de Rouen*.

<sup>467</sup> CAA, Nantes, 7 avril 2016, n° 14NT02841.

<sup>468</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 24 septembre 2009, *CPAM de Haute Garonne*, n°0814515, Bull. civ. II ; RTD Civ. 2010, p. 122, obs. P. Jourdain ; JCP 2009. 424, note P. Grosser ; JCP S 2009. 1542, note J. Bourdoiseau ; F. Bibal, *Application du droit de préférence en cas de perte de chance : rappel de méthode*, Gazette du Palais, 30 juin 2015, n°181, p. 9 : « Il faut, au contraire, en présence d'une limitation de la réparation, considérer que la victime est prioritaire dans la limite de la fraction du préjudice qui n'a pas été réparée par les prestations. Il en résulte mécaniquement que sur les postes concernés par les prestations d'un organisme social, ce qui revient à la victime est toujours supérieur, en proportion, à ce qui lui revient sur les postes non concernés par les prestations ».

Dans l'un d'entre eux, la prescription d'un traitement contre indiqué au regard des symptômes était à l'origine de la cécité dont fut atteint le patient, et non d'une simple perte de chance<sup>469</sup>. Dans un autre, il s'agissait du cas d'une intervention mutilante non justifiée, ni adaptée, qui ne pouvait de ce fait correspondre à une perte de chance comme l'a retenu une cour d'appel<sup>470</sup>.

On mesure alors combien son emploi ne doit pas être automatique et demeurer circonscrite aux seuls cas où la causalité est incertaine. C'est dire si son utilisation est délicate.

## b) Une notion délicate

La perte de chance a suscité de nombreux débats. La notion a été contestée dès son emploi (1) et demeure relativement incertaine (2).

### 1) *Une notion contestée*

Le doyen Savatier n'a pas fait dans la demi-mesure en évoquant les vicissitudes de l'office du juge civil à l'occasion de ses premiers arrêts sur la perte de chance : « nous ne voyons nullement le juge donner aux experts la mission d'apprécier la fraction de probabilités (qu'il est, lui-même, certainement inapte à fixer) (...) certes, nous imaginons les doutes qui tenaillent souvent le juge quant à la genèse de l'échec de l'acte d'un médecin à la charge duquel une faute est établie. Mais cela ne l'autorise pas à traduire son incertitude par une sorte de marchandage. Toute intime conviction repose sur un choix. Le juge est maître de ce choix. C'est une haute et lourde responsabilité ! Mais il ne saurait l'esquiver en traduisant ses doutes par une moyenne. Il n'est pas arbitre amiable compositeur ! »<sup>471</sup>.

Le Professeur Rabut avait prophétisé que la pratique serait demain quotidienne et pourra entraîner d'importantes conséquences<sup>472</sup>.

Le Professeur Jean Penneau dénonçait quant à lui une sorte de dévoiement de la causalité<sup>473</sup> par le biais d'un artifice consistant à isoler un préjudice intermédiaire<sup>474</sup>.

---

<sup>469</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 13 novembre 2008, *Société Mutuelle d'assurance du corps sanitaire française*, n°0718008 ; JCP II. 10030, note P. Sargos.

<sup>470</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 28 janvier 2010, *Centre médico chirurgical du Mans*, précité.

<sup>471</sup> JCP 1966. II. 14753 note R. Savatier.

<sup>472</sup> JCP 1970. II. 16422, note Rabut.

<sup>473</sup> V. aussi P. Brun, *Perte de chance : les risques de dévoiement*, Les Petites Affiches, 31 octobre 2013, n°218, p. 49.

<sup>474</sup> J. Penneau, *La responsabilité du médecin*, 3<sup>e</sup> éd, Paris, Dalloz, 2004, p. 32.

C'est d'ailleurs peu dire que la notion a été critiquée<sup>475</sup> dans son principe même, car « elle suppose d'attribuer à la responsabilité civile une fonction légèrement différente de celle qui est en principe la sienne. Censée replacer la victime dans l'état dans lequel cette dernière se serait trouvée en l'absence du fait dommageable, la responsabilité civile devrait logiquement buter sur l'impossibilité d'établir avec une certitude suffisante ce qu'il se serait passé si le fait dommageable n'avait pas eu lieu »<sup>476</sup>.

Le Professeur Jean-Sébastien Borghetti affirmait que « l'indemnisation de la perte de chance, omniprésente chez nous, est ignorée, voire rejetée, par de nombreux droits étrangers. Nous ne nous aventurerons pas à tenter ici d'éclaircir ces mystères, mais ils témoignent de ce que la perte de chance, quelque familière qu'elle soit devenue aux juristes français, demeure conceptuellement mal cernée et d'application délicate »<sup>477</sup>.

Ce dernier ajoute que la perte de chance « ne doit pas servir à masquer une incertitude sur le lien de causalité »<sup>478</sup>. Au Professeur Philippe Brun de conclure qu'il « peut arriver aussi que la notion de perte de chance soit utilisée comme palliatif critiquable en cas d'incertitude entre le fait générateur et le préjudice final »<sup>479</sup>.

***Une application jugée extensive de la perte de chance.*** Aujourd'hui, elle est surtout incriminée sur son application, même si les auteurs considèrent qu'elle est fort utile<sup>480</sup> dans la mesure où la symbiose entre médecine et perte de chance est toute naturelle : la première fournit à la seconde l'incertitude qui lui est nécessaire<sup>481</sup>. Elle n'est d'ailleurs pas inconnue dans les droits étrangers<sup>482</sup>, notamment dans le droit anglais<sup>483</sup>.

---

<sup>475</sup> B. Boubli, J. Guige, *La perte d'une chance. Une théorie controversée*, Revue du praticien, 1990, p. 43 ; F. Chabas, *La perte d'une chance de survie ou le confort intellectuel*, Nouvelle presse médicale 1978, n°10, p. 861 ; R. Savatier, *Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé ?* D. 1970, chron, 123 : « Si vraiment, la présomption de fait dont le juge déduit une vraisemblance sur la causalité du dommage est assez forte pour entraîner sa conviction, quant à l'existence de cette causalité, alors, qu'il ose affirmer celle-ci ! La charge de la preuve sera renversée, et la condamnation légalement justifiée. Mais, s'il hésite, au point de n'oser affirmer cette conviction, alors, toute condamnation, même à une indemnité dévaluée, nous semble inadmissible ! ».

<sup>476</sup> O. Deshayes, *Perte de chance*, RDC, juillet 2009, n°3, p. 1032.

<sup>477</sup> J-S. Borghetti, *La perte d'une chance au carré, ou la perte d'une chance*, RDC, Janvier 2011, n°1, p. 77 sous l'arrêt Cass. 1<sup>re</sup> civ., sous l'arrêt du 14 octobre 2010, n° 09-69195.

<sup>478</sup> J-S. Borghetti, obs. RDC 2009, p. 101.

<sup>479</sup> P. Brun, *La spécificité de la causalité en matière médicale*, Gazette du Palais, 16 juin 2012, n°168, p. 21.

<sup>480</sup> L. Reiss, *Le juge et le préjudice : étude comparée des droits français et anglais*, P. Delebecque (préf.), Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003, 569 p, p. 223 : « La perte de chance est l'une des illustrations éclatantes de la prise en considération du hasard et de l'incertitude par le droit ».

<sup>481</sup> S. Dumas-Lavenac, *Définition de la perte de chance et responsabilité administrative de l'établissement de santé*, Revue droit & santé n°72, juillet 2016, pp. 491-497.

<sup>482</sup> P. Jourdain, *la perte d'une chance, une curiosité française*, MéL. P. Wessner, 2011, éd. Guillod et C. Müller, p. 167.

<sup>483</sup> L. Reiss, *Le juge et le préjudice : étude comparée des droits français et anglais*, P. Delebecque (préf.), Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003, 569 p, pp. 225-227 : « Il est possible de constater une relative convergence entre les juges français et anglais sur cette question, en ce sens que la perte d'une chance de guérison ou de survie est bien admise dans les deux systèmes. Mais si le recours à cette notion est justifié de manière similaire, il apparaît, en revanche, que la perte d'une chance est entendue de manière plus restrictive en droit anglais ».

En France, des auteurs estiment que le concept est parfois utilisé de manière abusive<sup>484</sup> (soutenus par le fait qu'une perte de chance, même faible, soit indemnisable bien qu'il faille caractériser une chance raisonnable<sup>485</sup>) comme le suggère un arrêt du Conseil d'Etat qui soutient que « lorsqu'une pathologie prise en charge dans des conditions fautives a entraîné une détérioration de l'état du patient ou son décès, c'est seulement lorsqu'il peut être affirmé de manière certaine qu'une prise en charge adéquate n'aurait pas permis d'éviter ces conséquences que l'existence d'une perte de chance ouvrant droit à réparation peut être écartée »<sup>486</sup>.

La Haute Juridiction exige ici une certitude quant à l'inexistence d'une chance. Les juges n'hésitent pas à accorder une indemnisation au titre de la perte de chance même quand celle-ci est infime et très incertaine. D'un autre point de vue, certains auteurs regrettent que cette notion ne soit pas étendue dans des cas où elle trouverait selon eux à s'appliquer<sup>487</sup>.

***Le manque de délimitation du champ de la perte de chance.*** D'un autre côté, ce positionnement des cours suprêmes volontiers favorable aux victimes est aussi réprouvé par des auteurs comme le Professeur Jean-Sebastien Borghetti. Ce dernier résume ainsi la situation : « (...) la notion d'éventualité est bien vague. Et elle recèle au moins une ambiguïté fondamentale : faut-il entendre par éventuel ce qui est certainement possible, ou ce qui n'est pas impossible ? » (...) « Il n'échappera à personne que la Cour de cassation adopte ainsi une conception très lâche de la perte de chance indemnisable »<sup>488</sup>.

Une question vient naturellement à l'esprit : les juges peuvent-ils faire autrement ? Quand le droit rencontre l'incertain, la décision est juridiquement fragilisée.

La position de la doctrine relève peut-être d'un dogmatisme conceptuel. Il convient de préciser que les conséquences pratiques de la notion sont restreintes.

Les juridictions ont assurément une interprétation négative de la perte de chance : elle est présumée attestée lorsqu'il n'existe pas de certitude quant à l'issue défavorable alors que, paradoxalement, cette perte doit avoir un lien certain et direct avec la faute.

---

<sup>484</sup> Le Professeur P. Brun évoque un « usage massif », *La spécificité de la causalité en matière médicale*, Gazette du Palais, 16 juin 2012, n°168, p. 21.

<sup>485</sup> P. Brun, *Perte de chance : faut-il poser un seuil de probabilité ?*, D.2015, p. 124 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 30 avril 2014, n° 13-16.380, D. 2014. 1040.

<sup>486</sup> CE, 10 mars 2016, n° 386362

<sup>487</sup> P. Jourdain, *Préjudice économique par ricochet et exigence de causalité : la perte de l'assistance que procurait la victime directe à la victime par ricochet handicapée ne serait pas un préjudice indemnisable*, note sous Civ., 2e, 19 mai 2016, n°11-22684, RTD Civ., n°4, 13 décembre 2016, p. 866. L'auteur regrette ici l'absence d'utilisation de la perte de chance.

<sup>488</sup> J-S. Borghetti, *La perte d'une chance au carré, ou la perte d'une chance*, RDC, art. précité ; M. Guigue, *Evaluation chirurgicale du préjudice constitutif d'une perte de chance*, Revue droit & santé n°14, novembre 2006, pp. 531 à 532 : « La frontière est mince entre la possibilité de la survenance d'un événement avantageux et celle d'éviter un événement malheureux ».

Reste qu'il existe un garde-fou déterminant : le montant de l'indemnisation est fonction de la probabilité de la chance perdue ; il n'est donc pas rare que des pertes de chance très faibles soient indemnisées<sup>489</sup>.

**Un principe d'équité.** Nul ne contestera que cette pratique emprunte surtout à l'équité (...) à raison du confort qu'elle permet dans l'acte de juger<sup>490</sup> ; comme Alexandre dans le passé, le nœud gordien de la causalité devait être tranché et c'est ici en faveur des victimes. Une condamnation, même symbolique, a surtout des conséquences importantes pour les victimes à qui l'on accorde socialement ce statut. Il ne faut pas perdre de vue que les indemnités versées sur la base d'une perte de chance sont bien faibles.

Le juge dispose d'un panel important pour indemniser la victime : le préjudice d'impréparation, d'angoisse, le respect de la dignité, la perte de chance de survie ou la perte de chance de ne pas voir aggravé son état ou celle de se soustraire à un risque qui s'est réalisé.

En cela, pour une partie de la doctrine, les juges prennent trop souvent l'habitude de raisonner à partir d'hypothèses et donc à partir de la notion de perte de chance. Une telle relecture divinatoire empêche d'analyser pleinement la responsabilité engagée : « son application conduit au contraire à reconstruire les faits en prenant pour hypothèse une prise en charge optimale. Mais à trop vouloir raisonner à partir d'hypothèses, c'est la réalité qui risque d'être perdue de vue »<sup>491</sup>.

Le fait est qu'il est toujours difficile pour le juge d'utiliser des notions concrètes, qui plus est dans un domaine qui est lui-même intrinsèquement incertain : l'angoisse<sup>492</sup>, l'impréparation, la chance perdue, la dignité sont autant de concepts qui relèvent du sentiment et qui ne sont donc pas d'emblée chiffrables.

Le droit médical n'est-il pas fondamentalement un droit de l'incertitude ?

Cette utilisation jugée excessive, voire automatique implique nécessairement d'affaiblir la notion dont il est difficile de cerner les vraies limites.

---

<sup>489</sup> V. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 octobre 2011, n° 10-24554.

<sup>490</sup> S. Carval, *Le rôle de la causalité adéquate dans la preuve du lien causal*, RDC, juillet 2012, n°3, p. 813.

<sup>491</sup> S. Dumas-Lavenac, *Définition de la perte de chance et responsabilité administrative de l'établissement de santé*, art. précité.

<sup>492</sup> Sur la création de deux nouveaux postes autonomes de préjudices dont le préjudice situationnel d'angoisse des victimes directes et le préjudice situationnel d'angoisse des proches : v. S. Porchy. Simon (présidé par), groupe de travail sur *L'indemnisation des préjudices situationnels d'angoisse des victimes directes et de leurs proches*, Rapport remis en mars 2017 au Secrétariat d'Etat à l'aide aux victimes, 84 p. ; En ce qui concerne l'autonomie du préjudice d'angoisse de mort imminente, les chambres de la Cour de cassation n'ont pas exactement le même point de vue. Celle-ci est admise par la chambre criminelle (Cass. Crim, 15 octobre 2013, n°12-83055 ; Cass. Crim, 27 septembre 2016, n°15-84238) alors que la deuxième chambre civile inclut ce préjudice dans le poste de préjudice temporaire des souffrances endurées (Cass. 2<sup>e</sup> civ, 2 février 2017, n°16-11411).

## 2) Une notion incertaine

Les premières décisions rendues par les Cours suprêmes ont suscité des controverses qui sont encore actuelles. La jurisprudence reste aujourd'hui consolidée et plus élaborée ; plus accessible pour l'esprit.

Jacques Boré a, par le passé, rapidement identifié son emploi dans un article très pédagogique en soulignant que le juge affine la causalité en se référant à une loi aléatoire sous-jacente basée sur l'atteinte à l'aptitude d'une exécution correcte du contrat médical. La preuve n'en est pas moins réduite car il faut faire état d'une chance sérieuse au bénéfice du demandeur<sup>493</sup>.

Avec du recul, la doctrine a pu préciser ses contours en indiquant que la jurisprudence ne manquait ni de cohérence, ni d'équilibre<sup>494</sup>.

Finalement, on aurait tort de considérer la perte de chance comme une atténuation du lien de causalité ; il s'agit d'une préjudice à part entière.

Quelques questionnements subsistent quant à son emploi<sup>495</sup>, et ce dans au moins trois cas comme le rappelle le Professeur Jean-Sebastien Borghetti<sup>496</sup> : le manquement du médecin à son devoir d'information avant un traitement ou une opération<sup>497</sup>, l'absence de diagnostic du handicap d'un enfant à naître à la mère qui ne peut faire un choix éclairé sur la poursuite de sa grossesse<sup>498</sup>, l'erreur de diagnostic empêchant le patient de choisir le traitement qu'il souhaite<sup>499</sup>.

Dans les deux premiers cas, son emploi a été discuté alors qu'elle fait l'objet d'un consensus pour le troisième. En effet, dans ces premiers cas, le Conseiller Pierre Sargos percevait une nouvelle tendance heureuse de la Cour de cassation à réparer intégralement le préjudice, qui plus est lorsqu'il existe une certitude dans l'amélioration de son état<sup>500</sup>.

Le troisième cas, celui du défaut de diagnostic privant le patient de son choix, s'avère plus en adéquation avec la notion, ce qui n'est pas le cas du défaut d'information.

Dans ce dernier cas, l'office du juge consiste à rechercher les effets qu'aurait pu avoir une telle information quant à son consentement ou à son refus<sup>501</sup>.

---

<sup>493</sup> J. Boré, *L'indemnisation pour chances perdues : une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable*, JCP 1974. I. 2620.

<sup>494</sup> F. Descorps Declère, *La cohérence de la jurisprudence de la Cour de cassation sur la perte de chance consécutive à une faute du médecin*, D. 2005, p. 742.

<sup>495</sup> C. Sintez, *la perte de chance, une notion en quête d'unité*, Les Petites Affiches, 31 octobre 2013, n°218, p. 9.

<sup>496</sup> J-S. Borghetti, *La perte d'une chance au carré, ou la perte d'une chance*, RDC, Janvier 2011, n°1, p.77 sur l'arrêt Cass. 1<sup>re</sup> civ, sous l'arrêt du 14 octobre 2010, n°09-69195.

<sup>497</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 6 décembre 2007, n°06-19301.

<sup>498</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 8 juillet 2008, n°07-12159.

<sup>499</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 18 septembre 2008, n°07-15427.

<sup>500</sup> Obs. sous Cass. 1<sup>re</sup> civ, 13 novembre 2008, pourvoi n°07-18008, JCP G 2008, II, n°10030.

<sup>501</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 6 décembre 2007, pourvoi n°06-19301, D. 2008, p. 192, note P. Sargos, JCP G 2008, I, 125, n°3, obs. P. Stoffel-Munck.

Il nous semble que c'est dans ce domaine que l'emploi de la perte de chance est de moins en moins intelligible<sup>502</sup>. La perte de chance a deux inconvénients majeurs : elle ne répare qu'une fraction des différents chefs de préjudice et elle est purement et simplement écartée lorsque le patient, même informé, aurait accepté l'opération<sup>503</sup>.

Pourtant, la Cour de cassation a estimé par le passé que « le devoir d'information [du médecin] vis-à-vis de son patient [...] trouve son fondement sans l'exigence du respect constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine »<sup>504</sup>.

C'est la raison pour laquelle la Cour de cassation a rappelé en 2010, sur les visas des articles 16, 16-3, alinéa 2, et 1382 du Code civil, que « le droit [du patient] d'être informé, préalablement aux investigations, traitements ou actions de prévention proposés, des risques inhérents à ceux-ci, et que son consentement doit être recueilli par le praticien, hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir ; que le non-respect du devoir d'information qui en découle, cause à celui auquel l'information était légalement due, un préjudice, qu'en vertu du dernier des textes susvisés, le juge ne peut laisser sans réparation »<sup>505</sup>.

On serait donc en présence, non d'une perte de chance ou d'un préjudice d'impréparation, mais du rappel d'un droit subjectif ; celui du patient d'être informé<sup>506</sup>. Depuis, l'indemnisation du préjudice n'est plus conditionnée par l'existence d'une perte de chance. De surcroît, la réparation d'un préjudice lié au défaut d'information n'est pas non plus exclusive d'autres réparations comme une faute dans l'indication opératoire<sup>507</sup>.

Il en résulte que le défaut d'information, qui tire sa force naturelle du droit élémentaire à être informé, se concilie difficilement avec une causalité en demi-teinte.

***La perte de chance : une indemnisation symbolique.*** Il faut préciser que cette indemnisation est subordonnée à la réalisation du risque<sup>508</sup> ; la Cour de cassation n'a d'ailleurs pas entendu écartier les préjudices de perte d'une chance et d'impréparation qui peuvent toujours être soulevés, voire se cumuler<sup>509</sup>. La distinction entre préjudice d'impréparation et préjudice moral n'est pas forcément

---

<sup>502</sup> J. Traullé, *La réparation de la perte de chance, entre clarification et interrogations persistantes*, D. 2017, p. 46.

<sup>503</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 20 juin 2000, n° 98-23046 : D. 2000, somm. 471, obs. P. Jourdain ; v. aussi : CE 15 janvier 2001, Mme Courrech et autres, req. n°184386, Lebon T. 1184 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ, 4 février 2003, pourvoi n°00-12240, Bull. n°40 ; Cass, 1<sup>re</sup> civ, 7 octobre 1998, pourvoi n°97-12185, Bull. n°287.

<sup>504</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 9 octobre 2001, Bull. 2001, I, n° 249, pourvoi n°00-14.564.

<sup>505</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 juin 2010, n° 09-13951 : D. 2010, 1522, note P. Sargos ; JCP G 2010, note 788, S. Porchy-Simon ; RTD civ. 2010, p. 571, note P. Jourdain ; RDC 2011, 335, note M. Bacache, 345, note F. Leduc, 357, note P. Pierre.

<sup>506</sup> F. Alt-Maes, *Gazette du Palais*, Rec. 2003, p. 3639 ; S. Hocquet-Berg, *Gazette du Palais*, Rec. 1998, p. 1121.

<sup>507</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 28 janvier 2010, pourvoi n°09-10992, Bull.n°20.

<sup>508</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 23 janvier 2014, n°12-22.123 article précité.

<sup>509</sup> *Ibid.*

évidente comme le suggèrent les termes d'un arrêt du Conseil d'Etat qui évoquent la souffrance morale et le manque de préparation<sup>510</sup>.

De toute évidence, même dans le cas d'une responsabilité pour faute, le préjudice est moral et donc toujours symbolique. Quant à la perte de chance, elle a perdu du terrain en matière de défaut d'information car elle était évaluée à partir de l'appréciation qu'aurait eu le malade si l'information avait été délivrée. Par la suite, on l'a considérée comme un véritable droit subjectif à l'information, pleinement reconnu par la loi, et ce quand bien même la personne n'aurait pas refusé l'opération<sup>511</sup>.

Le Conseil d'Etat n'a pas tardé à s'aligner sur cette position en estimant qu'« indépendamment de la perte de chance de refuser l'intervention, le manquement à l'information ouvre, lorsque les risques se réalisent, le droit [pour le patient] d'obtenir réparation des troubles qu'il a subis du fait qu'il n'a pu se préparer à cette éventualité »<sup>512</sup>.

On remarquera que le dommage moral lié au défaut d'information est d'une nature différente du préjudice né de la perte de chance. En ce sens, il est possible de cumuler la réparation fondée sur la perte de chance et le préjudice moral<sup>513</sup>. Reste qu'on mesure difficilement sur quelle base monétaire un préjudice moral peut être indemnisé ; la Cour régulatrice laisse les juges du fond évaluer souverainement ce montant<sup>514</sup> même si des auteurs le regrettent<sup>515</sup>.

La doctrine a bien souligné que ce montant variait d'une juridiction à l'autre mais que ce défaut d'information était plus lourdement sanctionné lorsque le risque réalisé était plus grave<sup>516</sup>.

***Une notion à réserver au défaut de diagnostic ?*** Il nous semble que l'obligation d'information est trop complexe pour être réglée par la seule perte de chance. Quid du retard dans l'information ? Si elle est complète mais donnée peu de temps avant l'opération ? (Est-ce fonction de la gravité de celle-ci ?).

Est-ce seulement un préjudice moral si l'intervention était nécessaire ? Il faut alors compter sur le pragmatisme du juge qui a rappelé que le médecin devait une information loyale, claire et appropriée sur la nature des investigations, interventions ou traitements envisagés ainsi que des risques pouvant en

---

<sup>510</sup> CE, 16 juin 2016, n°382479 « S'il appartient au patient d'établir la réalité et l'ampleur des préjudices qui résultent du fait qu'il n'a pas pu prendre certaines dispositions personnelles dans l'éventualité d'un accident, la souffrance morale qu'il a endurée lorsqu'il a découvert, sans y avoir été préparé, les conséquences de l'intervention doit, quant à elle, être présumée ».

<sup>511</sup> « S'agissant d'un droit personnel détaché des atteintes corporelles, la lésion de ce droit subjectif entraîne un préjudice moral résultant d'un défaut de préparation psychologique au risque encouru et au ressentiment éprouvé de ne pas avoir consenti à l'atteinte à son intégrité corporelle ». Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 juillet 2012, n° 11-17.510.

<sup>512</sup> CE, 24 septembre 2012, n° 336223 : JurisData n° 2012-021515 ; JCP G 2012, note 1252, F. Violla.

<sup>513</sup> CA, Toulouse, 18 juin 2012, n° 11/00082 : JurisData n° 2012-013989 ; Resp. civ. et ass.

<sup>514</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 juillet 2012, n° 11-17.510.

<sup>515</sup> C. Caillé, obs. ss. Cass. 1<sup>re</sup> civ, 12 juillet 2012, arrêt précité : Dict. Bioéthique, septembre 2012, p. 9.

<sup>516</sup> F. Alt-Maes, *La réparation du défaut d'information médicale : métamorphose et effets pervers*, JCP éd. G, n°19, 6 mai 2013, doct. 547.

résulter, lui permettant de comparer les avantages espérés et les risques encourus<sup>517</sup>, ce qui laisse des indices sur la temporalité<sup>518</sup>.

Sur le fond, l'idée est d'indemniser à tout prix le défaut d'information<sup>519</sup> (avec quelques nuances tout de même)<sup>520</sup>. La force juridique que la dignité humaine a imprimé sur ce devoir d'information ne saurait nous faire oublier l'aspect modeste de cette indemnisation. Sur la forme, le préjudice d'impréparation, le préjudice moral, la perte de chance sont autant de notions dont les conséquences pratiques sont symboliques. La notion permet de donner un sentiment de justice.

Un simple retour à une réparation intégrale éluderait sans doute bien des difficultés même si elle paraît délicate. Par la suite, la notion trouverait logiquement à être cantonnée aux défauts de diagnostic (retard ou erreur) où les incertitudes sont les plus vives.

Le patient qui ne reçoit pas d'information sur le traitement auquel il va être exposé, peu importe son état, ne subit pas une perte de chance ; son droit élémentaire à l'information est violé *a priori* alors que le raisonnement d'une telle notion se fait *a posteriori*.

C'est ce droit élémentaire qu'a entendu rappeler le législateur dans la loi du 4 mars 2002. Cela a mis le juge en porte à faux dans la mesure où il utilisait une notion fuyante pour un droit fondamental du malade. Ce droit n'était nullement conditionné par la réalisation d'un risque.

***Vers une réparation intégrale de la perte de chance ?*** La notion a été discutée sur son emploi depuis que le parti avait été pris depuis l'arrêt de 7 février 1990<sup>521</sup> de lui accorder le monopole du préjudice indemnisable en cas de défaut d'information quand le risque s'était réalisé<sup>522</sup>.

Le conseiller Pierre Sargos a évoqué une crise suite « à l'abandon malencontreux par la Cour de cassation de la réparation intégrale, en vigueur depuis 1942, au profit de la perte de chance. La crise aurait atteint son paroxysme en 2007 avec un arrêt anéantissant toute réparation, même du préjudice moral. Un arrêt de juin 2010 est revenu sur cette régression (...) »<sup>523</sup>.

Le conseiller Pierre Sargos a suspecté en 2007 un revirement accidentel oublié de tous les professionnels du droit et qui n'était pas compréhensible. Pour appuyer son propos, il affirme dans une

---

<sup>517</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 28 octobre 2010, n°09-13990.

<sup>518</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 5 mars 2015, n°14-13.292, JurisData n°2015-004020, D.2015, Act. p. 623, comm. M. Girer, RGDM, n°55, juin 2015, pp. 453-455.

<sup>519</sup> Comme le condamnent d'ailleurs certains auteurs : A. Minet-Leleu, *Le contentieux du défaut d'information médicale, symbole de l'indulgence excessive du juge administratif ?*, AJDA, n°7, 29 février 2016, p. 362.

<sup>520</sup> CAA, Marseille, 5 juin 2014, M.A, n°12MA02306. Le droit à l'information n'est pas absolu comme en témoigne cet arrêt : « Que la négligence dans le suivi des soins et des prescriptions médicales ne saurait être regardée comme étant la conséquence d'un manquement fautif du centre hospitalier à son devoir d'information, mais résulte simplement du relâchement, qui n'est pas imputable à l'hôpital, du suivi de son état de santé ».

<sup>521</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ. 7 février 1990 : Bull. civ. I, n° 39 ; D. 1991, p. 183, obs. J. Penneau ; RTD civ. 1992, p. 109, obs. P. Jourdain.

<sup>522</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ. 7 décembre 2004 : Bull. civ. I, n° 30 ; D. 2005, pan. 496, obs. J. Penneau – Cass. 1<sup>re</sup> civ. 6 décembre 2007 : RTD civ. 2008, p. 303, obs. P. Jourdain.

<sup>523</sup> P. Sargos, *La perte de chance en matière d'information médicale : clarification et impasse*, RGDM, n°44, septembre 2012, pp. 281-291.

autre intervention qu'il « n'y a rigoureusement aucun élément qui permette de comprendre pourquoi on est passé à la perte de chance ».

Il poursuit « je pense qu'en réalité, c'est un revirement accidentel dû à un enchaînement de facteurs liés à l'absence du président et d'un magistrat spécialisé dans le droit de la responsabilité médicale (...) l'orthodoxie du droit de la causalité telle qu'analysée par l'arrêt Teyssier et l'arrêt Michel, c'est la réparation intégrale avec la théorie de l'équivalence des conditions. (...) »<sup>524</sup>.

C'est aussi ce que préconisait une doctrine traditionnelle. Selon le Professeur Jean Penneau, commentant l'arrêt *Jugnet* quand le processus est allé jusqu'à son terme (la mort ou l'invalidité), « il ne reste plus qu'à résoudre un problème de causalité : la faute a-t-elle joué un rôle dans la situation telle qu'elle se présente à ce terme ? Et ici, il n'y a que deux réponses possibles : oui ou non. Et si la réponse est affirmative c'est l'entier dommage qui doit être réparé »<sup>525</sup>.

D'ailleurs, Pierre Sargos a entendu préciser « qu'il n'y a pas de danger que la réparation intégrale aille au-delà du préjudice, puisqu'il doit être tenu compte de l'état dans lequel se serait trouvé le patient s'il n'avait pas subi l'intervention »<sup>526</sup> tout en dénonçant l'arbitraire, « par le juge des probabilités qu'aurait eu *a posteriori* le patient, s'il avait été informé du risque de refuser de le courir », qui plus est lorsque la victime est morte ou dans un état végétatif<sup>527</sup>.

La Cour de cassation confessait dans son rapport annuel de 2007 dédié à la santé, à propos de l'arrêt *Jugnet*, « qu'il n'est pas certain que cette dernière évolution, hétérodoxe par rapport à la théorie générale de la perte de chance, constitue un progrès dans la protection des droits du malade.<sup>528</sup> »

Il en résulte que la Cour de cassation se rapproche de plus en plus de la réparation intégrale dans des cas très graves où un traitement différent aurait pu éviter des conséquences sérieuses comme en témoigne l'arrêt pré-cité du 11 mars 2010 où elle fait intervenir l'ONIAM en contournant habilement son caractère subsidiaire<sup>529</sup>.

Effectivement, on peut déplorer comme le conseiller Pierre Sargos que cela ne concerne que les victimes qui peuvent avoir accès à l'ONIAM. Ce qui, en outre, les place dans une sorte d'usine à gaz procédurale. Le conseiller Pierre Sargos conclut qu'un retour à la réparation intégrale n'est pas réaliste eu égard au coût des assurances dans certaines spécialités.

---

<sup>524</sup> P. Sargos, *La réparation du préjudice d'un défaut d'information* in *L'information relative à la santé* in Conseil d'Etat, *Santé et justice : quelles responsabilités ?* op. cit., p. 268.

<sup>525</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, pourvoi n°88-14797 ; Bull. civ. I, n°39 ; D, 1991, somm.183, obs. J. Penneau.

<sup>526</sup> P. Sargos, *La perte de chance en matière d'information médicale : clarification et impasse*, article précité, p. 287.

<sup>527</sup> Ibid. p. 288.

<sup>528</sup> [https://www.courdecassation.fr/publications\\_26/rapport\\_annuel\\_36/rapport\\_2007\\_2640/etude\\_sante\\_2646/dommages\\_sur\\_venus\\_2650/etablissement\\_responsabilite\\_2651/caractere\\_multifactoriel\\_11383.html#2.1.2.2](https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2007_2640/etude_sante_2646/dommages_sur_venus_2650/etablissement_responsabilite_2651/caractere_multifactoriel_11383.html#2.1.2.2), partie 2.1.2.2 *La perte de chance en matière médicale*

<sup>529</sup> « Il s'agit de l'arrêt société Medical Insurance Company du 11 mars 2010 (Cass. 1<sup>re</sup> civ, n°0911270 ; Bull. civ. I, n°63 ; Rapport annuel, 2010, p.400).

Il affirme que ce constat peut être dépassé par la mutualisation des risques qui est plus que souhaitable si elle repose sur tous les professionnels de santé<sup>530</sup>. Il ajoute enfin que cela créerait des différends jurisprudentiels entre le Conseil d'Etat et la Cour de cassation qui seraient difficiles à effacer dans un temps raisonnable. A ce sujet, nous proposons dans la partie suivante de transférer le contentieux de la responsabilité médicale aux juridictions judiciaires.

***De l'hypothèse d'un retour à la réparation intégrale en matière de devoir d'information.*** Un retour pur et simple à une réparation intégrale reste envisageable<sup>531</sup> même si elle ne fait indéniablement pas l'unanimité dans le domaine du devoir d'information<sup>532</sup>.

Il nous semble plutôt nécessaire de circonscrire son emploi à l'erreur de diagnostic.

En revanche, on peut conclure comme le Professeur Mireille Bacache-Gibeili que « la complexité de la causalité se trouve exacerbée lorsqu'il s'agit d'indemniser des préjudices corporels liés aux activités de soins. On saura gré à la jurisprudence d'avoir tenté de dépasser un certain nombre de doutes, en ayant recours tantôt à des présomptions de causalité, de fait ou de droit, totale ou partielle, tantôt à la technique du déplacement du lien causal, toujours dans le souci d'une meilleure indemnisation des victimes »<sup>533</sup>.

L'office du juge se retrouve pleinement dans ce numéro d'équilibriste qui suscitera sans doute encore beaucoup d'interrogations. Affirmer que la perte de chance vise à contourner l'absence de preuve formelle du lien de causalité fait figure de tautologie. C'est justement parce qu'il y a une incertitude entre la faute et les séquelles invoquées par le patient que la réparation est partielle au titre de la perte de chance.

Le principe en lui-même ne vise qu'à dépasser la rigueur juridique pour des raisons moins avouables qui tiennent plus à l'équité et au désir de répondre à une souffrance humaine de plus en plus ouvertement exprimée et à laquelle le juge n'est jamais insensible.

---

<sup>530</sup> *L'assurance des obstétriciens et l'impérite des pouvoirs publics*, Revue de droit sanitaire et social, janvier-février 2010, p. 94 ; J. Bichot, *La responsabilité civile médicale des obstétriciens libéraux*, in « Finances publiques et santé », ouvrage collectif, Paris, Dalloz, coll. « Actes », 2011.

<sup>531</sup> Ce qu'admet d'ailleurs le Conseiller P.Sargos dans une autre intervention : *La réparation du préjudice d'un défaut d'information* in « L'information relative à la santé in Conseil d'Etat, Santé et justice : quelles responsabilités ? », article précité, p. 270 : « Finalement, au terme de ces vingt ans de jurisprudence que je qualifie « d'erratique », je pense que la seule solution raisonnable serait de revenir à la réparation intégrale en cas de manquement à l'obligation de recueil du consentement éclairé, ce qui ne signifie pas nécessairement qu'elle doive reposer uniquement sur les praticiens. » et un magistrat de l'ordre administratif : D. Chauvaux, *La réparation du préjudice d'un défaut d'information* in « Conseil d'Etat, Santé et justice : quelles responsabilités ? », op. cité, p. 280 : « Je serai personnellement plus séduit par le retour à l'arrêt Teyssier, c'est-à-dire à une réparation intégrale. S'il y a véritablement un dommage, on le répare intégralement ».

<sup>532</sup> S. Hocquet-Berg, *La réparation du préjudice d'un défaut d'information* in « Conseil d'Etat, Santé et justice : quelles responsabilités ? », op. cité, pp. 274-275 : « (...) Contrairement au président Pierre Sargos, je ne considère pas que la solution consistant à réparer l'entier préjudice corporel du patient dont le consentement n'a pas été éclairé soit convaincante. Avec une telle analyse, le devoir d'information apparaît instrumentalisé pour compenser les effets d'une responsabilité que le législateur a fondé sur la faute et non sur la réalisation des risques. En revanche, je crois aussi que le recours à la perte de chance née d'un défaut d'information sur un risque qui s'est réalisé conduit à une réparation, sinon purement théorique, du moins très aléatoire ».

<sup>533</sup> *Débats autour de la causalité*, p. 98 in « Conseil d'Etat, Santé et justice : quelles responsabilités ? Dix ans après la loi du 4 mars 2002 », op. cité.

## Conclusion du chapitre 2

Les affres de la causalité<sup>534</sup> ne sont pas près d'être adoucies et susciteront encore controverses et malentendus<sup>535</sup> ; « nous ne faisons que supposer » soutenait le philosophe Friedrich Nietzsche<sup>536</sup>.

La causalité est une notion complexe. Le conseiller Pierre Sargos évoquait, « outre la polysémie de ce terme, une difficulté majeure du concept de cause en matière de responsabilité, concept qui est devenu confus, incertain et peu compréhensible non seulement pour les justiciables mais aussi pour les juristes »<sup>537</sup>.

Les élaborations théoriques distinguent entre l'équivalence des conditions, la causalité adéquate et d'autres approches encore ; mais aucune ne fait l'unanimité du point de vue de sa capacité à saisir exactement la manière dont le juge appréhende, *in concreto*, cette notion<sup>538</sup>.

Le fait est que la médecine est un art conjoncturel et qu'il n'est jamais aisé de mesurer l'impact de prédispositions pathologiques<sup>539</sup> ; le juge oscille au besoin entre la causalité scientifique et la causalité juridique, et la causalité ne peut que s'étioler à mesure que se développe la notion de préjudice réparable.

Au conseiller Pierre Sargos de rappeler que le doute est en réalité consubstantiel à l'humanité et que la causalité n'est en ce sens pas un leurre<sup>540</sup> ; la vérité judiciaire<sup>541</sup> doit répondre en quelque sorte à une vérité humaine.

---

<sup>534</sup> P. Esmein, *Le nez de Cléopâtre ou les affres de la causalité*, D. 1964, Chron. p. 205 ; L. Wittgenstein, *Remarques mêlées*, Paris, GF Flammarion, 2002, 224p, p. 98 : « Ce qu'il y a de fourvoyant dans le point de vue de la causalité, c'est qu'il conduit à dire : « Bien entendu, cela devait arriver ainsi ». Alors qu'on devrait penser : cela peut être arrivé *ainsi*, ou de quantité d'autres façons ».

<sup>535</sup> D. Mazeaud, *Réflexions sur un malentendu*, D. 2001, p. 332.

<sup>536</sup> F. Nietzsche, *Le Gai Savoir*, Fragments Posthumes, Été 1881- été 1882, Paris, Gallimard, NRF, 1982, 688 p, p. 142 : « cause et effet : pareille dualité n'existe probablement jamais – en vérité nous avons affaire à un *continuum* dont nous isolons quelques fractions ; de même que nous ne percevons jamais que les points isolés d'un mouvement que nous ne voyons pas en somme, mais que nous ne faisons que supposer ».

<sup>537</sup> P. Sargos, *La certitude du lien de causalité en matière de responsabilité est-elle un leurre dans le contexte d'incertitude de la médecine ? La causalité en matière de responsabilité ou le « droit Schtroumpf »*, D. 2008, p. 1935.

<sup>538</sup> C. Clément, *Le juge civil retient la théorie de l'équivalence des conditions dans une affaire de contamination transfusionnelle par le virus du sida*, Revue droit & santé n°14, novembre 2006, p. 527.

<sup>539</sup> *Réparation du préjudice corporel : prédisposition pathologique*, D. 2009, p. 2863, Cass. 2° civ, 10 novembre 2009, n°08-16.920 ; v. aussi C. Bernfeld, F. Bibal, *Conduite d'un raisonnement judiciaire sur l'évaluation d'un trouble conversif*, Gazette du Palais, 17 février 2015, n°48, p. 9 sur C.A Aix-en-Provence, ch.10, 19 juin 2014, n°2014/343 ; v. aussi les longs développements sur la causalité dans l'arrêt du CE, 14 février 1997, *Quarez*, n°133238 ; J.B. Prévost, *Réflexions sur l'état antérieur et la causalité en matière psychiatrique*, Gazette du Palais, 30 juin 2015, n°181, p. 19.

<sup>540</sup> P. Sargos, *La certitude du lien de causalité en matière de responsabilité est-elle un leurre dans le contexte d'incertitude de la médecine ?*, art. précité : « Pour être objectif, Il faut toutefois souligner que, malgré l'incertitude et le doute portant sur certains enchaînements, le droit, qu'il soit celui issu du juge ou du législateur, a toujours essayé, parfois maladroitement et de façon confuse, notamment dans la terminologie, de faire œuvre de justice face à des drames touchant la personne ».

<sup>541</sup> L. Grynbaum, *Le lien de causalité en matière de santé : un élément de la vérité judiciaire*, D. 2008, p. 1928.

L'appréhension du juge ne se limite pas à définir l'anormalité et à rechercher le lien causal qui sont des notions assez délimitées et pour lesquelles il a un rôle prépondérant. Quand il s'agit de liquider concrètement le préjudice, le juge va statuer sur les demandes des parties et donc sur les preuves et les justifications qu'ils font de leurs préjudices.

En ce sens, le rôle des parties demeure crucial pour permettre une réparation intégrale avec, dans leur sillage, la place essentielle des avocats spécialisés en dommage corporel.

## Chapitre 3

# LE RÔLE DU JUGE DÉTERMINÉ PAR LES PARTIES

On doit au doyen Carbonnier une analyse approfondie de la jurisprudence à la fois *interprétative, harmonisatrice, unificatrice et créatrice*<sup>542</sup> ; celle qui raisonne et qui s'informe. Celui-ci a eu le mérite de souligner – même si c'est une évidence timide – que la jurisprudence est aussi l'œuvre des parties<sup>543</sup> (le Professeur Tunc avait lui aussi exprimé cette dynamique commune des juristes<sup>544</sup>).

A la vérité, le juge, dans son activité syllogistique, n'est pas maître de la majeure (il n'est pas l'auteur du texte), ni de la mineure (les faits sont apportés par les parties, voire par le parquet) comme le rappelle très justement le conseiller Jean-Pierre Gridel<sup>545</sup>.

Tous les citoyens peuvent exiger la bonne application du droit et ainsi ester en justice<sup>546</sup> (sous réserve des conditions de capacité, de qualité et d'intérêt à agir) ; le juge doit répondre à cette demande sous peine de déni de justice comme le soutient l'article 4 du Code civil car il est le relais politique – le mandataire ? – du citoyen<sup>547</sup>.

Les principes directeurs du procès amènent de ce fait le juge « à comparer la valeur persuasive de deux analyses, de deux approches, et devant la Cour de cassation, de deux raisonnements strictement juridiques, tels que présentés par les parties ou surtout leurs conseils (...) ce qui conduit tout de même à souligner le rôle des avocats dans la genèse de telle ou telle jurisprudence, à travers leur façon de rechercher le succès de leur cause : la logique juridique, le réalisme, l'équité plus ou moins déguisée, la clarté rédactionnelle (ce qui se conçoit bien s'énonce clairement) ne laissent pas le juge indifférent »<sup>548</sup>.

---

<sup>542</sup>Selon les mots de J-P. Gridel, *Le doyen Carbonnier et la jurisprudence : une analyse du droit en action*, [https://www.courdecassation.fr/IMG/File/9-intervention\\_gridel.pdf](https://www.courdecassation.fr/IMG/File/9-intervention_gridel.pdf)

<sup>543</sup> Ibid. p. 4.

<sup>544</sup> A. Tunc souligne avec justesse que dans l'histoire de la responsabilité civile « il serait dangereux de trop compter, pour accomplir cette tâche, essentiellement sur le juge ou sur le législateur. Selon la nature des problèmes, c'est l'un ou l'autre qui peut jouer un rôle déterminant, et l'un a besoin de l'autre, tout comme l'un et l'autre ont besoin de la doctrine et des praticiens ». A. Tunc, *A propos de la responsabilité civile*, RTD. civ, 1992, pp. 358-359.

<sup>545</sup> J-P. Gridel, *Le doyen Carbonnier et la jurisprudence : une analyse du droit en action*, art. précité, p. 3.

<sup>546</sup> Article 30 du Code de procédure civile : « l'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée. » ; v. aussi Cons. Const, Décision n° 80-119 L du 2 décembre 1980, Nature juridique de diverses dispositions figurant au code général des impôts relatives à la procédure contentieuse en matière fiscale, cons. 6.

<sup>547</sup> E. Desmons, *Juger les lois*, commentaires sur le chapitre VI du livre I de « *De la démocratie en Amérique* », quatrième partie : légitimer, in colloque précité *Office du juge* organisé par le Professeur Gilles Darcy.

<sup>548</sup> Ibid. p. 4.

L'office de l'avocat est donc consubstantiel à celui du juge (l'histoire nous le rappelle<sup>549</sup>) ; le premier propose et le second décide mais toutes les jurisprudences proviennent d'un raisonnement originel qui n'est d'autre que celui des avocats (on a pu le constater à de très nombreuses reprises en droit de la responsabilité médicale<sup>550</sup>).

Les principes directeurs du procès impliquent que le juge statue sur les demandes des parties ; en ce sens, leur contribution – par le biais des avocats - est essentielle pour assurer au juge sa plénitude d'action. Domat ne s'y trompait pas en désignant les avocats comme les premiers juges volontaires des parties<sup>551</sup>.

Même si la procédure française est inquisitoire, la place des parties n'en est pas moins prépondérante (A) ; elles doivent notamment apporter la preuve de ce qu'elles allèguent<sup>552</sup>. En droit du dommage corporel, ce rôle est d'autant plus important que ce contentieux est technique. C'est aux parties, par l'entremise de leur avocat, de décrire et de prouver le plus finement possible les préjudices qui ont été subis (B).

---

<sup>549</sup>J. Krynen, *L'idéologie de la magistrature ancienne Tome 1 : l'Etat de justice en France, XIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*, op. cité, p. 106 : « Il est révélateur que la première réglementation officielle du métier d'avocat suive de quelques années à peine les premières ordonnances royales sur la procédure, les devoirs et les obligations des juges (1254, 1256, 1258) ».

<sup>550</sup> « Nombre de moyens innovants valent d'être présentés à l'état désespéré de la procédure à droit constant. Ainsi, la responsabilité sans faute de l'hôpital de la Timone n'a été développée par l'avocat de M. Bianchi que dans un mémoire en réplique, après le rejet par une première décision du Conseil d'Etat de tous les moyens fondés sur la faute ». B. Potier de la Varde, *Les avocats aux Conseils et les grands arrêts, 50<sup>e</sup> anniversaire des Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, RFDA 2007, p. 249 ; « La Cour de cassation, suivant en cela les juges du fond inspirés par les avocats spécialisés – au premier rang desquels le regretté Michel Bernfeld –, a fini par admettre qu'il fallait également tenir compte des troubles personnels ressentis par la victime durant les périodes d'incapacité temporaire, et que ces « perturbations dans les conditions d'existence » constituaient un poste de préjudice distinct des autres chefs de dommages, ne se confondant ni avec les souffrances endurées, ni avec les pertes de gains ». J. G. Moore, *La réparation du préjudice corporel : son évolution de 1930 à nos jours*, Gazette du Palais, 8 octobre 2013, n°281, p. 5.

<sup>551</sup> Cité par J. Krynen, *L'idéologie de la magistrature ancienne Tome 1 : l'Etat de justice en France*, op. précité, p. 117.

<sup>552</sup> Article 1353 du Code Civil ; article 9 du CPC.

## A / Le rôle théorique des parties dans le procès

En matière judiciaire et administrative, la procédure est contradictoire (quand bien même elle a été souvent réformée depuis 1806<sup>553</sup>). Le procès se joue par parties interposées ; chacune est informée des arguments et des pièces présentées par l'autre partie<sup>554</sup> au juge. Ce dernier dirige l'instruction. Les parties doivent dire les faits et le juge le droit, comme le résume le Professeur Gérard Mémenteau<sup>555</sup>.

La publicité des débats judiciaires constitue d'ailleurs une garantie importante de régularité et d'impartialité.

**Les parties au cœur de l'instance.** Le rôle des parties est central dans la procédure civile<sup>556</sup> et le Code de procédure civile ne souffre d'aucune ambiguïté à ce sujet<sup>557</sup>.

L'instance et la contestation sont la chose des parties ; elles ont l'initiative du procès (le juge ne peut se saisir d'office) et en conservent la maîtrise (la péremption d'instance, l'acquiescement qui met fin à l'instance qui devient sans objet ou la transaction par exemple).

**Le rôle régulateur du juge.** Le juge n'est pas totalement passif<sup>558</sup> ; garant du principe du contradictoire<sup>559</sup>, il concourt à la recherche des preuves<sup>560</sup>, doit donner ou restituer leur exacte

---

<sup>553</sup> M. Bencimon, *Toiletter le Code de procédure civile sans remettre en cause les principes : c'est possible, et même nécessaire*, Gazette du Palais, 10 décembre 2013 n° 344, p. 11.

<sup>554</sup> « En temps utile » Cass, ch. mixte, 3 février 2006, n°04-30.592.

<sup>555</sup> « L'article 12 précité traduit cette promesse. L'office du juge est de dire le droit, celui des parties (le médecin, le patient) est de dire le fait. L'ordonnancement du Code de procédure civile, qui doit beaucoup à la pensée d'Henri Motulsky, de Gérard Cornu, est d'une classique architecture, enfermant le procès médical, pour autant qu'il y ait un procès médical ». G. Mémenteau, *Le juge ignorant la médecine ?* Gazette du Palais, 08 février 2014 n° 39, p. 12 ; « La grande scission qui préside à la répartition des tâches procédurales, s'amorce ici : le fait est le domaine exclusif des parties, le droit celui du juge ». H. Motulsky, *Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits*, in « Ecrits, Tome 1, Etudes et notes de procédure civile », préf. Cornu et Foyer, Paris, Dalloz, 1973, p. 39, n° 3.

<sup>556</sup> V. H. Roland, L. Boyer, *Locutions Latines Du Droit Français*, Paris, Litec, 4<sup>e</sup> éd, 1998, 566 p, pp. 329-330.

<sup>557</sup> « A l'appui de leurs prétentions, les parties ont la charge d'alléguer les faits propres à les fonder. » (Article 6). « Le juge ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat. Parmi les éléments du débat, le juge peut prendre en considération même les faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqués au soutien de leurs prétentions ». (Article 7) même si « le juge peut inviter les parties à fournir les explications de fait qu'il estime nécessaires à la solution du litige. » (Article 8). En matière de preuve, « Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention. » (Article 9 du CPC). Les parties doivent assurer leur concours aux mesures d'instruction, le juge pouvant tirer conséquence du refus ou de l'abstention de celles-ci (Article 11 du CPC). La recherche de la vérité impose qu'il dispose d'une marge de manœuvre en matière de preuve : « Le juge a le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles. » (Article 10 du CPC) Indépendamment de toute considération morale telle l'équité, le juge doit par principe trancher « le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée ». (Article 12 du CPC).

<sup>558</sup> C'est le moins qu'on puisse dire au vu des articles 8, 143, 181 et 213 du Code de procédure civile qui donnent des prérogatives importantes au juge ; v. aussi C. Bléry, *Office du juge : entre activité exigée et passivité permise – Réflexions à partir de la jurisprudence récente sur l'article 12 du Code de procédure civile*, Procédures 2012, étude 6, spéc. n° 3.

<sup>559</sup> H. Herman, *Le juge doit enjoindre aux parties de communiquer leurs pièces : notion de contradiction effective*, Gazette du Palais, 25 mai 2013 n° 145, p. 30, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 mars 2013, n°12-14488.

<sup>560</sup> Les décisions en référé, pouvant être rapportées ou modifiées en cas de circonstances nouvelles, ne sont de ce fait pas susceptibles d'un recours en révision. Cass. 2<sup>e</sup> civ, 11 juillet 2013, n° 12-22630.

qualification aux faits et actes litigieux<sup>561</sup>, fixe le rythme du procès en donnant des délais pour agir, il dispose d'ailleurs de pouvoirs discrétionnaires<sup>562</sup> ; sans oublier que certains moyens sont relevés d'office par le juge<sup>563</sup>.

A ce titre, lorsque le demandeur n'a invoqué aucun fondement juridique, le juge doit qualifier les faits et relever d'office la règle de droit applicable<sup>564</sup>. On peut penser que son rôle est en expansion (ce qui est régulièrement l'objet de critiques<sup>565</sup>) par le biais notamment du juge de la mise en état qui a un rôle directeur<sup>566</sup>.

Quant à la procédure administrative (où le rôle des parties est moins explicite dans le code de justice administrative qui ne contient pas de dispositions communes à toutes les juridictions<sup>567</sup> comme les principes directeurs du procès civil<sup>568</sup>), « elle présente, elle aussi, une nature hybride. Si elle emprunte au principe dispositif en ce que le requérant est libre d'engager l'instance et d'en fixer les limites, elle se rattache au type inquisitoire par le rôle prédominant qu'elle reconnaît au juge dans la mise en état de l'affaire : seul un juge administratif peut exiger de l'autorité publique qu'elle apporte la preuve de ses allégations et qu'elle fournisse la preuve de ses décisions »<sup>569</sup>.

Les parties sont cependant tenues à un principe de loyauté (que l'on retrouve autant en matière administrative<sup>570</sup>) pour reprendre les propos du conseiller Jean-Pierre Nadal<sup>571</sup> reprenant l'arrêt *Césaréo* de la Cour de cassation du 7 juillet 2006<sup>572</sup>. Ce principe impose au demandeur de présenter dès l'instance

---

<sup>561</sup> « Si, parmi les principes directeurs du procès, l'article 12 du Code de procédure civile oblige le juge à donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions, il ne lui fait pas obligation, sauf règles particulières, de changer la dénomination ou le fondement juridique de leurs demandes ». (Cass. ass. plén., 21 décembre 2007, n° 06-11343: Bull. ass. plén., n° 10 ; JCP G 2008, I, 138, n° 9, obs. S. Amrani-Mekki ; RDC 2008, p. 435, obs. Y.-M. Serinet.

<sup>562</sup> Sur l'article 700 du Code de procédure civile par exemple : « C'est dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire qu'elle tient des dispositions de l'article 700 du Code de procédure civile, exclusif de l'exigence de motivation, que la cour d'appel a fixé le montant des sommes allouées au titre des frais exposés ». Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 septembre 2013, n° 12-17794 ; v. aussi : L. Lauvergnat, *Article 700 et dépens : un lien réaffirmé !* Gazette du Palais, 10 décembre 2013 n° 344, p. 40.

<sup>563</sup> Article 120 et article 125 du Code de procédure civile, sans omettre le caractère contradictoire de la procédure avec l'article 16 du même code : « Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations »

<sup>564</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 juillet 2013, n° 12-20181 ; L. Mayer, *Réaffirmation du devoir du juge de qualifier d'office les faits lorsque le demandeur n'invoque aucun fondement juridique*, Gazette du Palais, 10 décembre 2013 n° 344, p. 39.

<sup>565</sup> R. Martin, *Un autre procès possible où il est interdit de rêver ?*, Rev. trim. dt. civ., juillet-septembre 1994, p. 557.

<sup>566</sup> F. Ruellan, *L'office du juge dans le procès civil*, Les Petites Affiches, 12 juillet 1995, n°83.

<sup>567</sup> Il est en effet directement relatif à certaines juridictions administratives que sont les tribunaux administratifs, les cours administratives d'appel, le Conseil d'Etat et le Tribunal des conflits.

<sup>568</sup> G. Cornu, Rev. hist. fac. dr. 1995/16.250, repris in « la codification », Dalloz, Thèmes et commentaires, 1996, p. 71 : « Bien ou mal inspiré, le Code de procédure civile se reconnaît aux idées qui l'animent et c'est dans ses dispositions liminaires qu'il est naturel d'en rechercher d'abord l'esprit. Les principes directeurs qui en forment le premier chapitre en expriment la quintessence. (...) le Code français se caractérise d'emblée par le fronton qui en marque l'entrée, et c'est bien dans cette chartre de la répartition des rôles entre juge et parties que réside, en forte part, sa philosophie ».

<sup>569</sup> H. Roland, L. Boyer, *Locutions Latines Du Droit Français*, op. cité, pp. 229-330.

<sup>570</sup> CE, 11 avril 2014, n°363845 ; CE, 30 décembre 2009, *époux Mizaël*, AJDA 2010, p. 15.

<sup>571</sup> Allocution de J-L Nadal, Procureur général près la Cour de cassation, Colloque Cour de cassation, 16 novembre 2006, *De la commémoration d'un code à l'autre*, [https://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf\\_2006/16\\_11\\_2006/16-11-06\\_pg.pdf](https://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2006/16_11_2006/16-11-06_pg.pdf)

<sup>572</sup> CE, Ass. plén., 7 juillet 2006, n°04-10.672 : « Il incombe au demandeur de présenter dès l'instance relative à la première demande l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à fonder celle-ci ».

relative à la première demande l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à fonder celle-ci. Elles doivent aussi communiquer les pièces à l'autre partie en temps utile<sup>573</sup>.

Par souci d'équité, le juge a assoupli certains principes procéduraux, c'est le cas du principe d'immutabilité en droit administratif<sup>574</sup> et du principe d'identité de chose demandée en droit civil qui implique que les parties ne puissent modifier ultérieurement leur demande initiale.

Du moins, il est possible de demander ultérieurement un préjudice distinct ou inconnu au moment de la demande initiale. L'article 566 du Code de procédure civile précise que « les parties peuvent aussi expliciter les prétentions qui étaient virtuellement comprises dans les demandes et défenses soumises au premier juge et ajouter à celles-ci toutes les demandes qui en sont l'accessoire, la conséquence ou le complément »<sup>575</sup>.

**Les prétentions des parties : une enclave pour le juge.** Les juges ne peuvent statuer *infra petita*, ils ont l'obligation d'examiner et de statuer sur toutes les demandes des parties<sup>576</sup> quitte à les rejeter. L'article 4 de procédure civile rappelle très nettement que l'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties<sup>577</sup>.

On trouve en droit administratif, un impératif de demande préalable<sup>578</sup> introduite devant l'administration<sup>579</sup> qui va lier le contentieux même si le rythme procédural est assez proche de la procédure civile<sup>580</sup>.

---

<sup>573</sup> Article 15 du Code de procédure civile : « Les parties doivent se faire connaître mutuellement en temps utile les moyens de fait sur lesquels elles fondent leurs prétentions, les éléments de preuve qu'elles produisent et les moyens de droit qu'elles invoquent, afin que chacune soit à même d'organiser sa défense ».

<sup>574</sup> L. Boustany, *Demande préalable*, mars 2016 in « répertoire de la responsabilité de la puissance publique », Dalloz. 165.

<sup>575</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 16 mai 2013, n°12-13859 ; note A. Bascoulegue, juin 2013, n°172-173, p.37.

<sup>576</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ, 6 février 2002, n° 00-10.543, Bull. civ. III, n° 34 : a violé l'article 4 du code civil la cour d'appel qui a refusé d'évaluer le dommage dont elle avait constaté l'existence en son principe.

<sup>577</sup> Viole l'article 4 du Code de procédure civile, l'arrêt qui condamne une partie à verser des dommages et intérêts qui n'avaient pas été demandés. A ce titre, la Cour de cassation rappelle le principe que le juge ne peut statuer *ultra petita*. Cass. soc, 26 septembre 2012, n° 11-15674.

<sup>578</sup> Article R. 421-1 du CJA : « Sauf en matière de travaux publics, la juridiction ne peut être saisie que par voie de recours formé contre une décision, et ce, dans les deux mois à partir de la notification ou de la publication de la décision attaquée ».

<sup>579</sup> « Si la requête introductive d'instance fixe l'étendue des pouvoirs du juge, le juge de la responsabilité peut voir son office délimité avant même sa saisine. C'est l'effet qu'emporte, dans ce contentieux, la réclamation préalable introduite devant l'administration. En effet, le principe de l'immutabilité des trois composantes de la demande en justice – parties, cause et objet – se traduit, dans une action en responsabilité administrative, par une identité non pas des éléments de la requête introductive d'instance et du recours en justice, mais des éléments constitutifs de la réclamation préalable et de l'action en responsabilité. En fixant le cadre du litige, la demande préalable fixe, par là même, le cadre à l'intérieur duquel le juge devra exercer son office, sous peine de statuer *infra* ou *ultra petita* ». L. Karam-Boustany, *Responsabilité et office du juge*, Travaux de l'AFDA, colloques et débats, LexisNexis : Actes du colloque organisé les 7 et 8 juin 2012 par l'Association française pour la recherche en droit administratif à l'Université Toulouse 1 Capitole, Paris, 2013, 222 p, p. 201.

<sup>580</sup> « L'étude du déroulement de l'action en responsabilité permet de mettre en évidence le schéma suivant : les pouvoirs du demandeur connaissent leur apogée au moment du déclenchement du processus, diminuent au fur et à mesure que l'instance avance, sont gelés avec l'expiration du délai ou la clôture de l'instruction, mais réapparaissent dans certaines circonstances et parfois suite à l'impulsion que leur donnent les pouvoirs du juge, notamment *via* les moyens d'ordre public. Les pouvoirs du juge, quant à eux, passent par le schéma inverse : ils sont déclenchés par la saisine, limités par ses termes, voire, préalablement à la saisine, par le contenu de la demande préalable, mais, au fur et à mesure que l'instance avance, ils vont augmenter, connaître leur apogée avec le jugement avant de s'éteindre ». *ibid.* p. 222.

Dans le même temps, les juges ne peuvent décider *ultra petita*, c'est-à-dire au-delà de la demande sauf à soulever d'office des moyens dit d'ordre public. Le juge ne peut rien changer, ni omettre, ni délaisser une demande, ni en ajouter une. « L'*ultra petita* et l'*extra petita* révèlent, au contraire, un excès du juge qui, dans sa décision, accorde plus ou autre chose que ce qui a été demandé (C. pr. civ., art. 464).

La victime de la violation par le juge de l'obligation contenue dans l'article 5 du Code de procédure civile est autorisée à revenir devant celui-ci afin qu'il complète sa décision ou, au contraire, qu'il en retranche ce par quoi il a excédé l'objet du litige »<sup>581</sup>.

L'article 5 du Code de procédure civile affirme, sans ambages, que « le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé ». Ce qui, au demeurant, peut constituer une source de frustration en droit de la responsabilité médicale lorsque certains postes de préjudice sont oubliés comme cela peut arriver fréquemment.

Ce constat est d'autant plus significatif que le tribunal ne peut revenir sur sa décision sans contrevenir à l'autorité de la chose jugée comme l'indique une formule latine<sup>582</sup> (même si la justice n'est pas infaillible comme le révèle la pratique du rabat d'arrêts de la Cour de cassation)<sup>583</sup>.

On mesure donc ici toute l'importance pour les parties d'être accompagnées par un avocat (mais aussi par un médecin conseil) qui maîtrise ce contentieux si particulier.

---

<sup>581</sup> F. Eudier, N. Gerbay, *Le jugement*, Répertoire de procédure civile, Dalloz 2014, 480.

<sup>582</sup> « *Lata sententia, judex desinit esse judex* : la sentence rendue, le juge cesse d'être juge » (hormis les jugements avant dire droit, ordonnances de référé ou décisions gracieuses) : « le juge est dessaisi de la contestation qu'il a tranchée dès le prononcé du jugement. En conséquence, le tribunal ne peut plus revenir sur sa décision, même du consentement des parties, s'il estime qu'il a mal jugé (...) Il ne peut pas davantage ajouter quelque chose à son jugement, par exemple, accorder après coup un délai de grâce ou une exécution provisoire. S'il le faisait, il contreviendrait à l'autorité de la chose jugée ». H. Roland, L. Boyer, *Adages du droit français*, op. cité, p. 197.

<sup>583</sup> C. Atias, *Le développement du rabat d'arrêts de la Cour de cassation*, Gazette du Palais, 9 février 2010 n° 40, p. 15 ; Cass, ass. plén. 30 juin 1995, n° 94-20.302.

## B / Le rôle pratique des parties en matière de dommage corporel

Bien que l'assistance d'un avocat ne soit pas obligatoire en CCI, on ne saurait trop conseiller aux victimes d'être assistées dans toutes les procédures qui impliquent une liquidation de l'indemnité en droit du dommage corporel. Les nomenclatures et les barèmes sont autant d'outils spécifiques que seuls des professionnels habitués à ce contentieux peuvent utiliser aisément<sup>584</sup> (lesquels ne sont d'ailleurs pas figés ; aux avocats de les rendre vivants<sup>585</sup>).

**Le droit du dommage corporel : une spécialité à part entière.** Les avocats qui sont investis de longue date dans ce contentieux n'hésitent jamais à le rappeler : « on devrait informer davantage les victimes de l'intérêt de l'assistance par un avocat et un médecin conseil dans les phases transactionnelles (...) Mais le plus souvent les transactions se font hors la présence d'un conseil alors qu'il est avéré qu'ils apportent une réelle plus-value. Il conviendrait donc soit d'imposer la présence de conseil pour les litiges les plus lourds (ce qui était l'une des propositions émises par le Cnav), soit de faciliter l'assistance par les conseils en prenant en charge systématiquement leurs honoraires ». Par la suite, Maître Gisèle Mor propose « la création d'un certificat de spécialisation droit du dommage corporel à part entière, afin d'être lisible pour les clients et pour s'imposer dans les négociations »<sup>586</sup> (ce certificat a été créé depuis et les formations se sont multipliées<sup>587</sup>).

**L'avocat des victimes : le premier acteur de l'indemnisation.** Dans un ouvrage de référence dédié au droit du dommage corporel et écrit par des avocats éminents, on peut lire dans la préface rédigée par le magistrat Jean-Pierre Dintilhac que « l'avocat est le premier acteur, en ce que sa présence, nécessaire aux côtés de la victime à chacune des étapes de la phase judiciaire, est également fortement souhaitable

---

<sup>584</sup> A. Guégan-Lécuyer, *L'incidence de la nomenclature sur la qualité de l'indemnisation*, Gazette du Palais, 27 décembre 2014, n°361, p. 21, Synthèse.

<sup>585</sup> D. Arcadio (entretien av.), *La nomenclature Dintilhac n'est pas figée*, JCP éd.G n°42, 17 octobre 2011, 1111 : « (...) les praticiens doivent être attentifs à plusieurs points. *Premièrement*, ne pas dénaturer les concepts de la nomenclature. Ce n'est pas parce qu'il existe 22 ou 23 postes de préjudices qu'il faut systématiquement présenter une réclamation pour chacun d'entre eux sans en étayer le contenu ! *Deuxièmement*, rester très à l'écoute de leurs clients pour « nourrir » les postes de la nomenclature. *Troisièmement*, être présent aux expertises médicales...ne serait-ce qu'aux fins d'attirer l'attention de l'expert judiciaire sur toutes les nuances de la nomenclature (...) *Quatrièmement*, faire preuve de plus de compétence, mais sans doute aussi de plus... d'humilité. Dans un certain nombre de domaines nous devons accepter d'être entourés de partenaires compétents : médecins conseils, dès le stade de la préparation du dossier ; ergothérapeutes, indispensables pour l'évaluation des besoins en aides techniques et humaines des victimes ; techniciens du chiffre, lorsqu'il s'agit de préparer une réflexion sur un préjudice important en matière de perte de gains futurs, notamment au regard des incidences sur le plan de la retraite. *Cinquièmement*, conserver un esprit critique, afin de rester fidèles aux valeurs définies par le rapport *Dintilhac*. Toutes les simplifications ne sont pas forcément bénéfiques pour les victimes. *Sixièmement*, rester résolument « créatif » ...La nomenclature *Dintilhac* n'est pas figée, ses auteurs l'ont d'ailleurs clairement dit. Aujourd'hui, bien des postes doivent encore donner lieu à réflexion. C'est le cas par exemple du « préjudice permanent exceptionnel », notion qui mérite d'être enrichie par des cas jurisprudentiels ».

<sup>586</sup> *Je revendique la création d'un certificat de spécialisation Droit du dommage corporel*, Entretien av. G. Mor, Gazette du Palais, 13 janvier 2011, n°13, p. 8.

<sup>587</sup> Nous nous sommes d'ailleurs essayé à en faire un inventaire rapide dans l'introduction générale.

lorsqu'une transaction est proposée par l'auteur responsable ou par l'assureur de ce dernier. Mais, à l'avocat, qui doit maîtriser parfaitement les règles de procédure, d'autres compétences doivent apporter, au régleur de l'assureur ou du fonds d'indemnisation, ainsi qu'au juge, les éléments d'appréciation et les références permettant une réparation intégrale, sans perte ni profit »<sup>588</sup>.

Pour exemple, Jean-Gaston Moore a été un avocat reconnu en ce domaine du fait de son ouvrage de référence dédié à l'indemnisation du dommage corporel, et ses nombreux articles et notes de jurisprudence publiés à la Gazette du Palais. Les ouvrages sont parfois le fruit d'un travail commun entre les magistrats et les avocats. L'ouvrage historique de Max le Roy<sup>589</sup> sur l'indemnisation du préjudice corporel a été actualisé par l'avocat Frédéric Bibal.

Les avocats occupent une place importante dans le contentieux de la responsabilité médicale au côté des magistrats puisque ce sont avant tout eux qui présentent des mémoires, demandent des dires. Ils contribuent à la dynamique du procès, et d'autant plus dans ce domaine où la spécialisation est quasiment indispensable compte tenu des particularités de la matière. L'existence et le dynamisme de l'Association Nationale des Avocats de Victimes de Dommages Corporels<sup>590</sup> (ANDAVI) en témoignent.

***Le chiffrage des préjudices : un moment crucial et déterminant*** L'un des aspects les plus importants est le chiffrage des préjudices. Hélas, il fait parfois défaut<sup>591</sup> malgré le penchant naturel de l'avocat à l'équité<sup>592</sup> (cette demande d'indemnisation doit être d'ailleurs faite dans les délais impartis ; il en va de la responsabilité de l'avocat<sup>593</sup>).

Comme le résume le magistrat Marie-Christine Lagrange<sup>594</sup>, le magistrat va procéder à plusieurs étapes lorsqu'il aborde un dossier d'indemnisation. La première est l'examen des circonstances ayant entraîné les lésions (la nature de l'accident notamment), la seconde est l'examen des postes de préjudices (la demande est souvent appuyée d'un tableau récapitulatif), la troisième est une approche globale du dossier pour avoir une vue d'ensemble des postes de préjudice à indemniser.

---

<sup>588</sup> Pref J. P. Dintilhac, p. XII in M. Le Roy, J-D. Le Roy, F. Bibal, *L'évaluation du préjudice corporel*, Paris, LexisNexis, 20<sup>e</sup> éd, 2015, 578 p.

<sup>589</sup> M. le Roy, Président de chambre honoraire à la Cour d'appel de Paris, a publié depuis 1957 *L'évaluation du préjudice corporel* au LexisNexis. L'ouvrage constitue encore la référence ; *La réparation du dommage corporel : le juste prix*, colloque organisé par le Conseil National des Barreaux, Paris (Institut Pasteur) 23 novembre 2006 in Gazette du Palais, 11 au 13 février 2007, n°42-44, p. 172.

<sup>590</sup> <http://anadavi.org/>

<sup>591</sup> F. Bibal, *Quand le juge donne trop, même s'il donne moins !*, Gazette du Palais, 8 octobre 2013 n° 281, p. 19, sous Cass. 2<sup>e</sup> civ, 4 juillet 2013, n°12-23562.

<sup>592</sup> G. Mor, Gazette du Palais, 29 septembre 2011 n° 272, p. 7 : « Il ne suffit donc pas d'aligner des chiffres, des taux horaires, des référentiels ou autres barèmes pour prétendre avoir établi la bonne mesure. L'avocat est un passeur qui transmet, qui adapte, qui justifie pour approcher l'équité. Si le client n'avait pas au bout du compte le sentiment d'avoir obtenu réparation, c'est que quelque chose n'aurait pas fonctionné dans le processus (...) ».

<sup>593</sup> R. Bigot, *Responsabilité de l'avocat ayant privé un patient d'une chance d'être indemnisé de l'aggravation de son dommage corporel*, Lamy Droit civil, n°141, octobre 2016.

<sup>594</sup> M-C. Lagrange (entretien avec), *Les référentiels d'indemnisation : un outil pertinent ?* Gazette du Palais, 10 novembre 2012 n° 315, p. 23.

Une fois le principe de responsabilité établi, le dossier tourne essentiellement autour de la liquidation des préjudices. Marie-Christine Lagrange relève deux difficultés qui sont sources de frustrations :

« – Le juge est prisonnier des demandes ; dès lors, des demandes mal formulées ou non formulées du tout (ce qui est pire !) le mettent en colère ou l'attristent... C'est le cas lorsque l'avocat de la partie victime a oublié un poste de préjudice ou fait une demande sans aucune justification, ou encore n'utilise pas tous les éléments mis à sa disposition qu'il a pourtant produits aux débats. Il en est de même lorsque l'avocat du débiteur ne conteste pas des demandes surfaites ou surévaluées... ;

– L'appréciation des préjudices met nécessairement en cause le vécu du juge et revêt donc un caractère subjectif que le délibéré doit permettre de nuancer. Cette évaluation est particulièrement difficile pour certains préjudices, et plus particulièrement pour l'incidence professionnelle ou le déficit fonctionnel permanent, postes qui font appel à des données subjectives et à l'individualisation maximale de l'indemnisation.

Trop souvent, l'avocat de la victime se borne à énoncer ce qui lui paraît peut-être une évidence, mais qui met le juge, qui n'a qu'une connaissance écrite du dossier, et donc de la victime, dans l'impossibilité de juger sur le fondement d'éléments probants ; c'est très frustrant ! »<sup>595</sup>.

Tous les magistrats que nous avons rencontrés concédaient que l'oubli de postes de préjudice n'était pas rare et pour le moins problématique<sup>596</sup>. Le rôle de l'avocat est fondamental pour évaluer des préjudices plus complexes où l'apport de l'expert est plus relatif comme l'incidence professionnelle ou le déficit fonctionnel permanent<sup>597</sup>. Il s'agit alors d'explicitier clairement les aspects subjectifs du préjudice<sup>598</sup>.

---

<sup>595</sup> Ibid.

<sup>596</sup> Nous nous permettons d'évoquer ici un entretien avec un magistrat formateur à l'ENM qui conseillait aux étudiants d'inscrire dans le jugement des préjudices qui avaient été oubliés suivis de la mention « aucune demande formulée » pour interpeller l'avocat en cas d'appel.

<sup>597</sup> M-C. Lagrange (entretien avec), *Les référentiels d'indemnisation : un outil pertinent ?* Gazette du Palais, 10 novembre 2012 n° 315, p. 22 : « L'exercice de son pouvoir souverain lui permet de ne pas être tenu par les conclusions expertales, qui n'ont qu'une valeur d'information, et il peut corriger implicitement ces cotations s'il apparaît manifestement que l'expert a sous-évalué ou surévalué un poste de préjudice ; mais c'est assez rare, car lorsqu'il a un doute, le juge préfère ordonner, soit spontanément soit sur demande, un complément d'expertise, voire une contre-expertise. Plus précisément, quand il s'agit de postes sur lesquels il a peu de marge de manœuvre, tels les souffrances endurées, le préjudice esthétique temporaire ou permanent, le juge retient les cotations ; en revanche, lorsqu'il s'agit de préjudices plus complexes, tels que l'incidence professionnelle ou le déficit fonctionnel permanent, le juge exerce pleinement son pouvoir souverain d'appréciation sans se sentir lié par les cotations expertales, dont il ne se servira qu'à titre indicatif. Dans ce cas, le rôle de l'avocat, quelle que soit la partie qu'il défend, est fondamental ».

<sup>598</sup> « Mais le rôle de l'avocat ne s'arrête pas à cette assistance au moment de l'expertise ; il lui appartient également de développer, dans ses conclusions et plaidoiries, les aspects subjectifs du préjudice esthétique de la victime, c'est-à-dire le ressenti par celle-ci, ainsi que de mettre en valeur un certain nombre de critères : l'âge, le sexe, l'activité professionnelle, l'aspect général antérieur au fait dommageable, le regard de l'entourage professionnel et personnel, etc... Des témoignages et des photographies, avant et après, sont très utiles pour le magistrat. Or trop souvent ce dernier est confronté, même dans les dossiers les mieux « ficelés » à une simple description se bornant à reprendre les constatations de l'expertise ». Ibid. p. 20.

On le perçoit ici aisément ; les principales difficultés peuvent être amoindries, voire éludées par des avocats compétents qui pourront permettre au juge d'exercer sereinement son office. C'est dire si l'office du juge découle en grande partie de l'office des avocats.

***Le rôle de l'avocat dans la bonne marche du procès*** Ce dernier est un gage d'équilibre<sup>599</sup> tout au long du processus indemnitare jalonné de multiples régimes de réparation qui rendent les choix parfois complexes.

Comme nous l'avons dit, le droit de la responsabilité médicale est un droit de la temporalité ; l'avocat doit maîtriser (avant la décision judiciaire stricto sensu) le référé-expertise ou provision (plus rare en matière d'accidents médicaux<sup>600</sup>) et après la liquidation du préjudice (encore faut-il parfois attendre de longues années avant la consolidation), la possibilité d'une aggravation.

De cette sorte, comme pour une partition, le procès a plusieurs temps<sup>601</sup> ; le temps des parties, le temps de l'expert, le temps du juge (d'aucuns parleront de « construire un récit »<sup>602</sup>). C'est l'emploi du temps de chacun qui rythme le procès.

L'avocat joue un rôle déterminant à tous les stades du procès, notamment lors de l'expertise (à laquelle – nous semble-t-il – il est de son devoir d'être présent et d'agir en conséquence durant et après celle-ci<sup>603</sup>). Les parties peuvent intervenir par le biais des dires qui sont des observations adressées à l'expert<sup>604</sup>.

---

<sup>599</sup> Nous citons ici un article assez complet sur le rôle de l'avocat en droit du dommage corporel : G. Dejardin, Gazette du Palais, 26 janvier 2012 n° 26, p. 6.

<sup>600</sup> Comme le rappelle à juste titre G. Dejardin, *ibid*.

<sup>601</sup> « Le temps règle les litiges lorsqu'il rend inutiles, inefficaces, les décisions de justice rendues tardivement. Ce jeu du temps sur le procès civil nie l'institution même de la justice. Son inefficacité provoque une perte de confiance des justiciables. Partant, la justice risque de perdre toute légitimité. Il ne s'agit pourtant là que de l'un des nombreux liens que tisse le temps avec le procès civil » remarque le Professeur Soraya Amrani-Mekki, *Le temps et le procès civil*, Nouvelle bibliothèque de thèses, Paris, Dalloz, 2002, 589 p, p. 1.

<sup>602</sup> « Avant l'arrêt, il y a le conflit, le différend, la querelle entre des parties. Derrière le jugement, en arrière-plan, il y a une trame, un drame, une histoire dont le juge établit un récit. C'est cette relation entre l'histoire, le récit et le jugement, entendue au sens large que nous chercherons brièvement à dévoiler. (...) P. Doat, *Le jugement comme un récit*, troisième partie : trancher, in Colloque précité organisé par le Professeur Gilles Darcy.

<sup>603</sup> D. Safran, *Expertise faillibles, justice fragile ? Expertises dans le cadre amiable et judiciaire, de la responsabilité médicale et de la réparation des dommages corporels*, organisé par le Médiateur de la République, Paris, le 6 octobre 2009, Actes du colloque, [www.observatoire-collectivites.org](http://www.observatoire-collectivites.org) : « C'est quoi son travail ? C'est d'être à la réunion d'expertise. Très souvent les avocats ne sont pas aux réunions d'expertise, alors on se demande ce qu'ils vont faire. L'avocat doit être présent, doit poser les bonnes questions à l'expert, doit se faire expliquer par l'expert ce qu'il ne comprend pas puisque lui il n'est pas médecin, il n'est pas sensé tout comprendre, et puis il doit aussi savoir adresser les bons dires après les pré-rapports ».

<sup>604</sup> Article 276 du Code de procédure civile : « L'expert doit prendre en considération les observations ou réclamations des parties, et, lorsqu'elles sont écrites, les joindre à son avis si les parties le demandent. Toutefois, lorsque l'expert a fixé aux parties un délai pour formuler leurs observations ou réclamations, il n'est pas tenu de prendre en compte celles qui auraient été faites après l'expiration de ce délai, à moins qu'il n'existe une cause grave et dûment justifiée, auquel cas il en fait rapport au juge. Lorsqu'elles sont écrites, les dernières observations ou réclamations des parties doivent rappeler sommairement le contenu de celles qu'elles ont présentées antérieurement. A défaut, elles sont réputées abandonnées par les parties. L'expert doit faire mention, dans son avis, de la suite qu'il aura donnée aux observations ou réclamations présentées ».

***Le rôle de l'avocat en l'absence de juge.*** Le droit du dommage corporel est statistiquement parlant un droit sans juge puisque les litiges sont majoritairement réglés par des transactions<sup>605</sup>. Le Code Civil affirme que la « transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître... »<sup>606</sup>. Ces transactions ont, entre les parties, « l'autorité de la chose jugée en dernier ressort »<sup>607</sup>. Elles permettent de déterminer la responsabilité encourue et de fixer le montant des dommages-intérêts.

Le procédé de la transaction se distingue par la nécessité dit-on de faire des concessions pour arriver à une position d'équilibre (ce qui pourrait contrevenir à l'idée que l'on peut se faire de la réparation intégrale). Du reste, la lenteur des décisions judiciaires n'est pas non plus un argument déterminant eu égard à la technique juridictionnelle des provisions pour y remédier. D'ailleurs, le droit à réparation naîtra toujours au jour du dommage.

A cet égard, il est indispensable qu'une victime soit assistée d'un avocat spécialisé pour être à armes égales afin que la transaction ne soit pas un acte unilatéral de l'assureur. Par ailleurs, le rôle du médecin-conseil est aussi primordial puisque l'expertise est effectuée à l'initiative de la compagnie de l'auteur de l'accident ; l'expert est mandaté par l'assureur. En l'absence d'un juge, seuls les avocats des victimes et les médecins-conseils peuvent permettre de rééquilibrer les forces. La décision naîtra alors de la confrontation entre les représentants des victimes et les assureurs. Dans le cas contraire, l'expert devient arbitre, et donc un juge.

En définitif, on étudie trop souvent la relation juge et technicien comme si celle-ci était exclusive. Or, les avocats, les médecins-conseils, voire les associations ont un rôle considérable car ils gravitent en permanence autour de cette relation et peuvent influencer à tout moment la marche du procès.

On ne saurait trop mettre en avant le rôle crucial des avocats et des médecins-conseils qui, à l'occasion des dires, peuvent demander des précisions ou des éclaircissements à l'expert. Un simple dire peut avoir un impact considérable, du simple fait de demander si une tierce personne paraît nécessaire au cas d'espèce peut dépendre des sommes très importantes. Par ailleurs, le médecin expert sera invité durant l'expertise à faire valoir ses observations qui découleront de son expérience médicale personnelle.

L'avocat pèse donc sur la procédure ; « tout le poids de la dialectique préparatoire retombe sur les avocats et ceux-ci peuvent avoir des défaillances, ou l'un d'eux, ce qui rompt l'égalité entre parties » rappelait hier l'avocat Raymond Martin<sup>608</sup>. Son rôle est souvent prolix et donc continu dans le temps judiciaire qui se calque sur la vie de la victime.

---

<sup>605</sup> Y. Lambert-Faivre, S. Porchy-Simon, *Droit du dommage corporel : systèmes d'indemnisation*, 7<sup>e</sup> éd, Paris, Dalloz, 2011, p. 566.

<sup>606</sup> Article 2044 du Code Civil.

<sup>607</sup> Article 2052 du Code Civil.

<sup>608</sup> R. Martin, *Un autre procès possible où il est interdit de rêver ?* Rev. trim. dt. civ, juillet-septembre 1994.

## Conclusion du chapitre 3

« On dit parfois que les bons avocats font les bons magistrats : on veut dire par là que la bonne décision de justice résulte, non seulement de la compétence des magistrats qui y ont collaboré mais aussi de la qualité des débats qui l'ont précédée. La routine tue la jurisprudence. (...) Même si, seuls les magistrats décident, chaque juriste (avocat, consultant, commentateur) participe à l'œuvre de jurisprudence et bénéficie, en retour, de ce travail collectif d'élaboration des normes d'application de la loi. L'œuvre de jurisprudence est le fruit d'un travail commun dont chacun est récompensé intellectuellement et pratiquement » comme le résume le Professeur Daniel Tricot<sup>609</sup>.

Le Professeur Perrot nous avait interpellé sur cette question : « lorsqu'il en est ainsi, le rôle de l'avocat apparaît plus nécessaire que jamais. Dans la mesure où la dialectique qui lui est propre - cette dialectique de la persuasion - introduit une argumentation paralogique, à base d'équité, d'émotion, de sentiment ; dans la mesure où l'avocat incite le juge à rompre les enchaînements mathématiques d'une rationalité trop brutale pour y introduire et y substituer une chaleur concrète ; dans la mesure où, en un mot, l'avocat, selon une expression savoureuse de M. le procureur général Souleau, invite le juge à une sorte de « clin d'œil » qui lui évitera de s'abandonner au réconfort sécurisant de la logique, l'avocat peut alors jouer un très grand rôle »<sup>610</sup>.

Au Professeur Motulsky de conclure que « nous croyons qu'il est de la plus haute importance de se rendre compte de la solidarité existant entre l'office du juge et la tâche procédurale des parties, ainsi que du mécanisme de leur soupape commune, qui est la dispense ; il y a là une base – fragile encore, nous l'admettons volontiers, mais une base quand même - qu'il suffira de consolider et d'élargir pour pouvoir s'attaquer au mal dont souffre la jurisprudence. La vogue du manque de base légale et la fréquence des cassations prononcées à ce titre prouvent que la pratique du droit ne peut pas vivre sans une saine méthodologie »<sup>611</sup>.

Seuls les avocats et les médecins-conseils peuvent, auprès des victimes, œuvrer dans le sens de la réparation intégrale ; l'office du juge est un miroir réfléchissant qui fait suite aux arguments évoqués.

---

<sup>609</sup> D. Tricot, *L'interrogation sur « la jurisprudence aujourd'hui »*, RTD. civ. 1993, p. 87.

<sup>610</sup> R. Perrot, *Le rôle du juge dans la société moderne*, Gazette du Palais, 1977, T. 1, pp. 91-99, p. 92.

<sup>611</sup> H. Motulsky, *Le « manque de base légale », pierre de touche de la technique juridique*, JCP. 1949, I. 775.

## Conclusion du titre I

Dans ce premier titre, nous avons voulu montrer combien l'appréhension du juge était liée à de multiples considérations. La première étant de délimiter la frontière parfois fine entre le principe de solidarité et de responsabilité (**chapitre 1**) en évoquant en introduction le régime de la solidarité nationale des CCI à l'ONIAM (A).

Pour régler cette question de délimitation, il fallait ensuite préciser le caractère de l'anormalité du dommage qui est essentiel à l'ouverture de la solidarité nationale (B). *In fine*, nous avons essayé de démontrer que c'est au juge qu'il revient d'assurer un équilibre procédural entre ces deux procédures en définissant les critères qui les séparent (C).

Néanmoins, cet équilibre s'avère fragile. La responsabilité est liée à l'établissement d'un dommage, d'un préjudice et d'un lien de causalité. C'est ce dernier critère qui semble poser le plus d'interrogations (**chapitre 2**) alors qu'il est fondamental (A). En témoigne la pratique de la perte de chance qui visait justement à en réduire la vigueur (B).

Du reste, nous avons voulu soutenir que l'office du juge découle bien souvent des différents acteurs du procès qui assurent sa dynamique : après l'expert, les parties, via le rôle prépondérant de l'avocat, ont un rôle central (**chapitre 3**).

Les parties, il est vrai, ont un rôle théorique évident que le Code de procédure civile et la jurisprudence administrative mettent en avant (A).

L'avocat est d'autant plus déterminant que ce contentieux est technique ; le juge statue sur les demandes des parties et donc en fonction de la qualité de celles-ci. Pour cette raison, l'avocat des parties a un rôle éminemment pratique (B) ; c'est lui qui donnera et explicitera aux juges tous les faits qui permettront à la victime d'être indemnisée en droit pour tous les préjudices qu'elle a subie du fait de l'accident médical.

Cette appréhension du juge mériterait d'être pérennisée dans le temps bien qu'elle soit régulièrement remise en cause par les nouveaux outils de normalisation du dommage corporel. Pourtant, son action a toujours été orientée par un principe d'équité comme l'illustre ce principe jurisprudentiel majeur qu'est la réparation intégrale.

Pour conclure, la meilleure façon d'assurer à l'office du juge son *imperium* est d'unifier ce contentieux au profit des seules juridictions civiles ; le droit gagnerait ici en clarté.



## Titre II

### L'APPRÉHENSION DU JUGE À PÉRENNISER

L'office du juge en droit de la responsabilité médicale est indéniablement riche. Ce foisonnement provient du fait qu'il oscille entre deux mondes qui souvent s'ignorent : le droit et la médecine. Le juge a toujours essayé de concilier les progrès médicaux avec les aspirations sociales à une meilleure indemnisation ; la jurisprudence en porte l'empreinte<sup>1</sup>.

Son rôle est aujourd'hui remis en cause ; on estime que l'indemnisation est trop subjective, liée à des considérations humaines de circonstances alors qu'elle devrait être normalisée pour lisser l'aspect indemnitaire de ce contentieux à l'échelle nationale. Ce débat sur l'usage des barèmes et des référentiels remet la liberté du juge en question (**chapitre 1**).

Pourtant, on aurait tort de mettre en exergue la subjectivité du juge ; ce dernier a toujours indemnisé le préjudice selon un principe cardinal qui est la réparation intégrale. Ce principe jurisprudentiel peut s'apparenter à une résurgence du principe d'équité (**chapitre 2**). Néanmoins, le principe de réparation intégrale semble plus circonscrit que l'équité car l'exigence sans perte ni profit est un gage important - et bien suffisant nous semble-t-il - contre l'arbitraire.

Rien ne s'oppose aujourd'hui à repenser l'office du juge qui mériterait d'être clarifié. A ce propos, nous soutenons que ce contentieux, déjà dense et fort bien conceptualisé, devrait dépendre entièrement des juridictions civiles. La qualité, la limpidité et l'accessibilité de la justice en dépendent (**chapitre 3**).

---

<sup>1</sup> Dans le contentieux de la réparation, le juge ne peut être indifférent à l'évolution de la sensibilité de ses concitoyens. H. Legal, RFDA 1992, p. 571 sur CE, Ass. 10 avril 1992, *M et Mme V*, Rec. 171.



## Chapitre 1

### ENTRE BARÈMES ET RÉFÉRENTIELS : LA LIBERTÉ DU JUGE EN QUESTION

A l'époque babylonienne, le code d'Hammurabi prévoyait en matière de responsabilité médicale, à la fois une sanction et une somme chiffrée. Les punitions, assez sommaires, ne laissaient aucune place aux circonstances.

Aujourd'hui, une question se pose sur l'utilisation des outils qui aident le juge à fixer une indemnisation ; que ces derniers proposent un pourcentage, une échelle ou une somme chiffrée. Ces outils impliquent une rationalisation de ce contentieux qu'il convient d'analyser.

*La normalisation du dommage corporel.* Pour nouveau qu'il paraisse, le thème de la normalisation du dommage corporel s'est récemment installé dans tous les colloques et constitue une préoccupation majeure des représentants des victimes<sup>2</sup>.

Un magistrat de l'ordre administratif évoquait le paradoxe qui entoure le sujet. L'analyse des grands principes de la responsabilité publique est certes plus « stimulante que l'étude des barèmes, nomenclatures et autres outils d'évaluation du dommage corporel mais ces questions sont loin d'être dépourvues d'intérêt pour l'ensemble des acteurs du droit administratif ».

Ces analyses peuvent, selon le magistrat, apporter beaucoup aux juges et aux parties qui, trop souvent, manquent de repères ainsi que pour la doctrine « dont l'œuvre de rationalisation du droit du dommage corporel n'en est qu'à ses débuts »<sup>3</sup>.

En réalité, bien que l'enjeu pratique soit déterminant, la doctrine demeure réservée.

La détermination du montant de l'indemnisation par le juge a pourtant des conséquences pratiques évidentes mais aussi des prolongements théoriques relatifs à la méthode utilisée<sup>4</sup>. Par voie de conséquence, ce sont le plus souvent les avocats qui s'intéressent à la question dans la mesure où ils y sont confrontés quotidiennement.

---

<sup>2</sup> C. Bernfeld, *Bilan positif et menaces à venir - un carrefour dangereux*, Resp. civ. et ass. n°5, mai 2012, dossier 23.

<sup>3</sup> T. Leleu, *Les outils d'appréciation médico-légaux dans le contentieux de la responsabilité publique*, AJDA 2014, p. 1816.

<sup>4</sup> L. Reiss, *Le juge et le préjudice : étude comparée des droits français et anglais*, P. Delebecque (préf.), Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003, 569 p, p. 259.

Ce relatif désintérêt de la doctrine est d'autant plus dommageable que la question de la normalisation du dommage corporel figure régulièrement dans les rapports ou propositions de loi<sup>5</sup> ; le plus souvent à propos des référentiels, comme le résume la présidente de l'Association nationale des avocats de victimes de dommages corporels (ANADAVI) et avocate Claudine Bernfeld<sup>6</sup> :

| <u>Rapports</u>                    | <u>Référentiel d'indemnisation</u>  |
|------------------------------------|---|
| Rapport <i>Catala</i>              | Néant   |
| Proposition de loi <i>Beteille</i> | Néant   |
| Proposition de loi <i>Lefrand</i>  | Choix d'une base de données et refus d'un référentiel                             |
| Loi <i>Fourcade</i>                | Renvoi au Gouvernement pour opportunité d'une base de données et d'un référentiel |
| Rapport <i>Terré</i>               | Référentiel élaboré par le pouvoir réglementaire et obligatoire                   |

La plupart de ces rapports ne s'en cachent pas, l'idée dominante est à la simplification des méthodes.

<sup>5</sup> L. Bloch, Barèmes et tables de référence : chut...c'est interdit, Resp. civ. et ass. n°12, Décembre 2013, alerte 41 : « En effet, depuis 2008, des tentatives d'introduction d'une logique de barémisation ont eu lieu. Tout d'abord, une proposition de loi du 5 novembre 2009 (n° 2055), proposition dite Lefrand, qui visait à l'élaboration d'un référentiel national indicatif d'indemnisation des postes de préjudices extrapatrimoniaux. Cette proposition n'a toutefois jamais été inscrite à l'ordre du jour au Sénat. Ensuite, l'article 56 de la loi dite Fourcade du 10 août 2011 (L. n° 2011-940, 10 août 2011) prévoyait l'introduction d'un référentiel. Cette fois, le texte fut voté mais le Conseil Constitutionnel le censura, démasquant la présence « d'un cavalier législatif » (Cons. const., décembre 4 août 2011, n° 2011-640 DC : Journal Officiel 11 Août 2011). Début 2013, l'élaboration par certains magistrats, sur la base de référentiels indicatifs régionaux, d'un référentiel indicatif national relança le débat ».

<sup>6</sup> Ibid, tableau reproduit.

***L'idée latente d'assurer une meilleure prévisibilité de l'indemnisation.*** Le rapport Terré de 2011 pour une réforme du droit de la responsabilité civile était à ce sujet explicite : « les atteintes à l'intégrité physique ou psychique de la personne sont mesurées selon un barème médical unique » (article 56), le juge « évalue les préjudices extra-patrimoniaux selon un référentiel d'indemnisation prévu par voie réglementaire. Ce référentiel est réévalué annuellement selon l'indice de revalorisation des rentes dues en cas d'accidents du travail ». (Article 58).

Cette fois le référentiel n'a rien d'indicatif puisque la proposition contraint le juge qui « ne pourra écarter cette évaluation que par une décision spécialement motivée, dans les limites prévues par décret ». (Article 58).<sup>7</sup> Ces propositions ont, pour les avocats, fait l'effet d'une bombe dans le paysage du dommage corporel ; l'ANADAVI n'a pas manqué de réagir<sup>8</sup>.

Les désidératas sont difficilement avouables ; il s'agit ni plus ni moins d'épargner bon nombre de procès en cette matière. C'est ainsi que le concevait le premier président Jacques Degrandi lors de la rentrée solennelle de la cour d'appel de Paris de 2012<sup>9</sup>. L'argument principal étant que l'élaboration de barèmes, comme le suggérait aussi le rapport Guinchard<sup>10</sup>, assurerait une meilleure prévisibilité, garante de la sécurité juridique.

Cela permettrait, *in fine*, de rationaliser les décisions de justice en vue de réduire l'activité juridictionnelle par le biais des transactions et des conciliations.

Qu'on ne s'y trompe pas, standardiser les décisions de justice revient indubitablement à enserrer l'office du juge. Dès lors, il convient de sonder les outils de l'indemnisation car le dommage corporel s'ouvre sur une réflexion plus fondamentale quant à la fabrication et à la pertinence des instruments d'évaluation<sup>11</sup>.

Cette nécessité est amplifiée par la complexité de la matière : il faut donner un prix à la vie compte tenu de circonstances et de styles de vie différents. Aussi faut-il ne jamais perdre de vue l'analyse d'Hannah Arendt qui relevait que « la pluralité est la condition de l'action humaine, parce que nous sommes tous pareils, c'est-à-dire humains, sans que jamais personne ne soit identique à aucun autre homme ayant vécu, vivant ou encore à naître »<sup>12</sup>.

Le Professeur Laurent Neyret a résumé avec justesse les questionnements actuels : « on assiste depuis une dizaine d'années à un double phénomène, d'une part, de publicité, et d'autre part, de diversification

---

<sup>7</sup> Groupe de travail sur le projet intitulé « Pour une réforme du droit de la responsabilité civile » sous la direction de François Terré, février 2012, [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr)

<sup>8</sup> C. Bernfeld, *Rapport Terré – Feu la réparation intégrale*, JCP éd. G, n°1, 9 janvier 2012.

<sup>9</sup> Rentrée solennelle de la cour d'appel de Paris du 11 janvier 2012.

<http://www.annoncesdelaseine.fr/>

<sup>10</sup> S. Guinchard, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, Paris, La Documentation française, 2008, p. 295 et s.

<sup>11</sup> C. Bernfeld, F. Bibal, *Dossier : les outils de l'indemnisation*, Gazette du Palais, n°314 à 315, 9 et 10 novembre 2012.

<sup>12</sup> H. Arendt, *Condition de l'homme moderne*, Paris, Pocket, Agora, 1994, 406 p, pp. 42-43.

de ces outils, soit qu'une catégorie spécifique de préjudices de masse génère un référentiel spécifique comme pour les maladies liées à l'amiante ou les accidents médicaux, soit que plusieurs cours d'appel mutualisent leurs jurisprudences pour en tirer un référentiel indicatif et évolutif. (...) La difficulté à normer le dommage corporel dans sa dimension médicale reflète la difficulté qu'il y a à faire entrer la complexité des mécanismes de la vie humaine dans des textes à valeur réglementaire. La normalisation du pathologique est donc loin d'être évidente »<sup>13</sup>.

Par conséquent, on peut se demander comment appréhender cette place particulière du barème ?

Il apparaît nécessaire, dans un premier temps, de différencier ces outils en les énumérant et en les définissant (A). Puis, dans un second temps, de s'interroger sur la pertinence de ces instruments à l'aune de l'office du juge (B).

---

<sup>13</sup> L. Neyret, Gazette du Palais, 2012, n°167 à 168, pp. 40-41.

## A / Les outils du dommage corporel : définition et inventaire

C'est un tohu-bohu quand il s'agit de référencer et de définir ces outils. La plupart des rapports qui traitent de la question mélangent très souvent le barème médico-légal et le barème indemnitaire comme le soulève Claudine Bernfeld<sup>14</sup>.

Le Professeur Stéphanie Porchy-Simon constate à ce titre qu'il existe un certain cafouillage dans la définition des outils du dommage corporel<sup>15</sup>. A vrai dire, le terme référentiel recouvre des représentations très différentes.

Indépendamment des nomenclatures *Dintilhac* et *Lagier* qui sont des structures pour différencier les postes de préjudice, on peut proposer une définition des différents outils utilisés en vue de liquider le préjudice corporel.

Suite, au rapport Lambert-Faivre de 2003<sup>16</sup>, il est d'usage de dissocier le barème d'évaluation médico-légal (a) qui peut notamment permettre d'évaluer la capitalisation (b), des référentiels (c).

### a) Les barèmes d'évaluation médico-légale

Ils servent à mesurer la gravité d'un préjudice, qu'il soit physique ou psychique. Ils permettent d'avoir une échelle de mesure pour l'atteinte à l'intégrité physique. C'est un recueil de comptes et de calculs faits à l'avance selon la définition de l'Académie Française<sup>17</sup>.

Le barème dit médico-légal fait correspondre un pourcentage ou une échelle à une lésion.

---

<sup>14</sup> C. Bernfeld, *Rapport Terré : feu la réparation intégrale*, art. cité : « Ainsi, passe-t-on dans la même phrase, d'une allusion à un barème indemnitaire – condamné par la Cour de cassation – à la refonte du barème médico-légal voté par la loi Lefrand. Cette confusion malheureuse entre les différentes sortes de barèmes était déjà contenue dans les différents rapports qui ont été déposés sur ce sujet » ; la confusion est telle que l'on propose parfois des « référentiels » qui sont en fait des barèmes tel le « Référentiel indicatif de la hauteur des atteintes à l'intégrité physique et psychique », de P. Lucas, dans la Revue belge du dommage corporel, 2006 ».

<sup>15</sup> S. Porchy-Simon, *La réparation du dommage corporel à l'épreuve de l'unification des pratiques : l'harmonisation au sein de la réparation du dommage corporel à la recherche de sens*, Gazette du Palais, 24 décembre 2011 n° 358, p. 5 : « Au-delà, une seconde question est de savoir si une différence de nature existe réellement entre la technique du référentiel et du barème. La réponse est difficile, car on s'aperçoit que le terme de référentiel est utilisé de manière différente selon les personnes qui l'emploient (...). Cette disparité de langage doit être regrettée, car dans le difficile débat qui existe aujourd'hui autour de cette question, ces imprécisions terminologiques semblent de nature à occulter la seule et véritable question : celle de la légitimité même de la démarche d'unification ici envisagée ».

<sup>16</sup> Y. Lambert Faivre, *Rapport sur l'indemnisation du dommage corporel*, Paris, La Documentation Française, 2003, 83 p.

<sup>17</sup> <http://atilf.atilf.fr/dendien/scripts/generic/cherche.exe?15;s=1253414250>

*Essai d'une définition d'un barème médical.* Jean Michaud affirme qu'un barème est à la fois « indication et orientation. Ceci est vrai pour les experts qui y trouvent un axe de réflexion. Ceci est vrai tout autant pour les juges, qui ne sauraient y percevoir un empiètement sur leur liberté de décision (...). Certes, aucune affaire n'est semblable à une autre, mais il y a des analogies qu'on ne saurait écarter »<sup>18</sup>.

Les chercheurs Alexia Jonckheere et Bertrand Renard ont proposé d'en tracer les contours<sup>19</sup>. Ils décèlent tout d'abord quatre éléments caractéristiques<sup>20</sup> : leur origine réactive en réponse à un problème de fonctionnement de la justice, le processus de concertation dans l'élaboration des barèmes, la force contraignante variable des barèmes selon leur place dans le dispositif juridique, leur objet orienté en réponse à ce qui a mené à leur adoption.

A cela, ils ajoutent trois finalités qui ont trait à la dimension managériale de ces outils<sup>21</sup> : le souci de productivité ; le souci d'efficience ; le consumérisme. Ils en déduisent alors une définition plus précise des barèmes comme un outil d'aide à la décision qui vise à favoriser l'uniformisation des pratiques, en établissant des rapports de correspondance entre des éléments (chiffrés ou non)<sup>22</sup>.

L'historique des barèmes médico-légaux débute avec l'échelle de gravité des blessures de guerre de 1897, premier barème français des pensions militaires d'invalidité, et se poursuit avec le barème des accidents du travail et les barèmes officieux dits de droit commun. Les vieux barèmes sur les accidents de guerre, les accidents automobiles ou les accidents du travail ne sont guère utilisés aujourd'hui en matière de préjudice corporel dans la mesure où la matière dispose de ses propres barèmes.

Pourtant, l'avocat Jean-Gaston Moore constate que le préjudice corporel a longtemps été tributaire du régime des accidents du travail<sup>23</sup>. Ce qui, au demeurant, était fort préjudiciable pour les victimes.

Les deux barèmes principaux, précédés par le barème Mayet, sont aujourd'hui celui du Concours Médical et celui de la société de Médecine Légale et de Criminologie de France. Le premier barème évaluait un taux d'incapacité, les éléments psychologiques n'étaient alors pas pris en compte.

---

<sup>18</sup> Barème indicatif d'évaluation de taux d'incapacité de droit commun, éd. le concours médical, 2002, Préf. J. Michaud, p. 11.

<sup>19</sup> A. Jonckheere et B. Renard, *A qui profitent les barèmes en usage dans l'administration de la justice pénale ?* pp. 99 à 113 in « Le droit mis en barèmes ? », (Sous la dir. de I. Sayn), ouvrage. préc.

<sup>20</sup> Ibid. pp. 104 à 106.

<sup>21</sup> Ibid. pp. 109 à 112.

<sup>22</sup> Ibid. p. 109.

<sup>23</sup> J-G. Moore, *La réparation du préjudice corporel : son évolution de 1930 à nos jours*, Gazette du Palais, 8 octobre 2013 n° 281, p. 5 : « Rappelons cependant rapidement que l'évaluation en droit commun s'est détachée lentement du barème des accidents du travail. C'est ainsi que le paraplégique fut longtemps indemnisé sur la base d'un taux d'IPP (Incapacité Permanente Partielle) de 100 % (contre 70 à 75 % dans les barèmes du Concours médical de 1993 et 2001 pour une paraplégie complète) ».

On peut d'ailleurs revenir brièvement sur l'histoire des principaux barèmes.

1/ Le barème Mayet de 1925 (Le barème des accidents du travail et des maladies professionnelles) est issu de la loi du 9 avril 1898 sur l'indemnisation des accidents du travail. Réactualisé à plusieurs reprises, il sert aujourd'hui d'outil officiel des caisses de Sécurité sociale pour les accidents du travail (le barème officiel des accidents du travail date de 1939)<sup>24</sup>.

La Belgique se dota elle aussi d'un barème BOBI dit de Julin en 1947 qui fut actualisé à plusieurs reprises et officialisé en 1975 et 1976<sup>25</sup>.

2/ Le barème du concours médical est le premier « barème indicatif des incapacités en droit commun » créé en 1959 et actualisé jusqu'en 2001, il s'appuie essentiellement sur des critères physiologiques. C'est aujourd'hui la référence la plus utilisée en matière de responsabilité médicale<sup>26</sup>.

Il est d'ailleurs annexé au décret 2003-314 du 4 avril 2003 relatif au caractère de gravité des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales prévu à l'article L.1142-1 du code de la santé publique. De ce fait, il est souvent présenté comme le barème de référence<sup>27</sup>.

3/ Le barème de la société de médecine légale<sup>28</sup>, créé en 1987, s'insère plutôt dans une analyse fonctionnelle et lésionnelle (sensorielle, motrice, métabolique...).

Les deux barèmes principaux proposent des approches distinctes.

---

<sup>24</sup> V. aussi Décret n°82-1135 du 23 décembre 1982 relatif au barème indicatif d'invalidité en matière d'accident du travail dont il est tenu compte pour la détermination du taux d'incapacité permanente.

<sup>25</sup> Sous la direction de P. Lucas et M. Stehman, avec la collaboration de J. de Mol, *L'évaluation du dommage psychique : de l'imputabilité au taux*, Paris, LGDJ, Anthemis, Actualités du dommage corporel : collection médico-légale, vol. n°11, Louvain, 2010, pp. 151 à 153.

<sup>26</sup> Au moins en matière civile, le barème de la société de médecine légale est plus souvent utilisé en pénal.

<sup>27</sup> « Le barème dit du concours médical s'affiche désormais comme le barème officiel, en se prévalant d'avoir été adopté comme référence par le décret du 4 avril 2003 relatif aux critères de gravité des accidents médicaux fixant le seuil d'intervention de l'Office national des accidents médicaux et de compétence des Commissions d'indemnisation et de conciliation. Ce barème est pourtant concurrencé par celui d'évaluation médico-légale de la Société de médecine légale et de criminologie de France et de l'Association des experts en dommage corporel. Nous n'avons pas la possibilité ici de dissenter sur l'approche très différente de ces deux outils (l'un basé sur le lésionnel, l'autre sur le fonctionnel). La coexistence de barèmes d'évaluation avec des philosophies radicalement différentes démontre cependant que la science médicale peut être influencée par l'idée que l'on se fait de la réparation ». G. Mor, *Réparer la souffrance* in « 8<sup>e</sup> Etats généraux du dommage corporel, souffrance : de l'ombre à la lumière », Gazette du Palais, 15 février 2014 n°46, p. 18.

<sup>28</sup> Association des médecins experts en dommage corporel (AMEDOC), Société de Médecine légale et de Criminologie de France, *Barème d'évaluation médico-légale*, 2011, 142 p.

| <u>Le barème du concours médical</u> <sup>29</sup>   | <u>Le barème de la société de médecine légale</u> <sup>30</sup>   |
|--|---|
| <p>« En droit commun de la responsabilité civile, c'est celui que recommande la Chancellerie dans sa mission type.</p> <p>Les troubles cognitifs sont traités séparément des troubles psychiatriques proprement dits. Le chapitre spécifiquement consacré à la psychiatrie rappelle avant tout la nécessité d'un examen par un spécialiste confirmé, portant non seulement sur une analyse sémiologique précise des symptômes, mais aussi sur une étude longitudinale soigneuse de la biographie du blessé. Il est en effet essentiel de « discuter dans tous les cas les rôles respectifs de l'éventuel état antérieur, de la personnalité, du traumatisme et d'autres facteurs pathogènes éventuels ».</p> <p>Sont ensuite envisagés les névroses traumatiques (état de stress post-traumatique, névrose d'effroi) et les troubles persistants de l'humeur correspondant à un état dépressif résistant.</p> <p>Les taux proposés pour les troubles psychiatriques sont très proches de ceux adoptés par le guide barème européen, et ils ne seront pas détaillés ici »<sup>31</sup>.</p> | <p>« Ce barème est le fruit d'un travail collectif de médecins issus de la Société de médecine légale et de criminologie de France, de l'Association des médecins experts en dommage corporel (Amedoc), de l'Association nationale des médecins-conseils des victimes d'accidents et de la compagnie nationale des experts médecins près les tribunaux.</p> <p>Le plan général est celui d'un barème par fonctions : neuropsychique, motrice, sensorielles, cardio-respiratoire, métabolique, urinaire (la fonction sexuelle est incluse dans les préjudices personnels).</p> <p>La grille de référence, due en particulier à Antoine Rogier et Michel Penneau, s'inspire des références à la vie courante qui ont acquis droit de cité au cours des dernières décennies, ce qui est un grand pas vers les conceptions actuelles un peu plus extensives, puisqu'elles se réfèrent aux actes et gestes de la vie quotidienne »<sup>32</sup>.</p> |

<sup>29</sup> Barème indicatif d'évaluation des taux d'incapacité en droit commun, éd. Le Concours médical, 2002.

<sup>30</sup> Barème d'évaluation médico-légale, op. cité, éd. ESKA, 2011.

<sup>31</sup> Sous la direction de P. Lucas et M. Stehman, avec la collaboration de J. De Mol, *L'évaluation du dommage psychique : de l'imputabilité au taux*, op. précité, p. 157.

<sup>32</sup> Ibid, p. 155.

4/ Le Guide barème européen de 2003<sup>33</sup> : la question des barèmes n'étant pas propre à la France<sup>34</sup>, l'association CEREDOC (Confédération européenne d'experts en évaluation et en réparation du dommage corporel) et ses membres fondateurs AREDOC (Association pour l'étude de la réparation du dommage corporel), AMES (Association espagnole de médecine des assurances), l'ABEMC (Association belge des médecins-conseils) et de nombreuses personnalités du monde de l'assurance ont mis au point, sous l'égide de l'Institut de droit européen de la circulation de Trêves, un barème européen. En dépit de cette ambition commune, certains pays comme l'Angleterre et les pays nordiques n'y étaient pas associés, ces derniers ayant des systèmes indemnitaires très différents.

Le barème était conçu comme le complément nécessaire d'un régime juridique d'indemnisation harmonisé sur le plan européen, au moins pour les accidents de la circulation<sup>35</sup>. C'est pourquoi, le Professeur Pierre Lucas a défendu le barème européen en précisant qu'un tel outil ne constituait jamais une fin en soi tant il est vrai que « le médecin applique ses propres méthodes et utilise les outils quantitatifs que sont les barèmes, dont il faut rappeler qu'ils n'ont qu'une valeur indicative... et souligner qu'ils sont notoirement insuffisants dans le domaine des fonctions mentales, difficile à quantifier il est vrai. »<sup>36</sup>

En effet, un important dossier publié à la *Gazette du Palais* en 2015 plaidait en faveur d'une égalité de traitement des dommages psychiques et physiques dans la mesure où le dommage psychique fait partie du dommage corporel. L'un des intervenants constatait que les barèmes d'évaluation actuels étaient totalement obsolètes en matière de dommages psychiques<sup>37</sup>.

5/ Le barème du FIVA (fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante) illustre le fait que les barèmes ont souvent vocation à se rapporter à un contentieux particulier. Le barème établi par ce fonds ne concerne que les pathologies liées à l'amiante. Indépendant des barèmes utilisés dans le droit commun du fait de la nature spécifique des dommages liés à l'amiante, il dispose de nombreuses spécificités<sup>38</sup>. Les barèmes des fonds d'indemnisation des victimes pour l'amiante, les transfusions sanguines ou les aléas thérapeutiques entraînent une barémisation de fait pour ces victimes.

---

<sup>33</sup> P. Lucas (dir.), *Guide barème européen d'évaluation médicale des atteintes à l'intégrité physique et psychique*, 2<sup>e</sup> éd, Wavre, Anthemis, 2010, 116 p.

<sup>34</sup> L'Italie a aussi un guide-barème propose la première fois en 1996. M. Bargagna, M. Canale, F. Consigliere, L. Palmieri et G. Umani Ronchi, *Guida orientativa per la valutazione del danno biologico*, éd. Giuffrè, Milan, 1<sup>re</sup> éd, 1996, 3<sup>e</sup> éd, 2001.

<sup>35</sup> H. Groutel, *Un Guide barème médical européen*, Resp. civ. et ass. n°10, octobre 2006, repère 10.

<sup>36</sup> J-L. Truelle (entretien avec), à propos des outils d'évaluation dans l'expertise des traumatismes crâniens. Dossier cité : *les outils de l'indemnisation*, Gazette du Palais, n°314 à 315, p. 14 ; v. aussi : J-B. Prévost, *L'évaluation de la souffrance psychique et ses obstacles*, Gazette du Palais, 17 février 2015, n°48, p. 22 : « on s'étonnera toujours de ce que, dans l'évaluation de la souffrance, le corps a un privilège exorbitant par rapport à la psyché. La psyché souffrante ne bénéficie pas du même traitement que le corps souffrant. Cette asymétrie inexplicable, attestée par la faiblesse des cotations dans le domaine des souffrances psychiques, doit en tout cas être analysée ».

<sup>37</sup> G. Lopez, *Les barèmes d'évaluation actuels sont-ils obsolètes ?* Gazette du Palais, 17 février 2015, n°48, p. 19.

<sup>38</sup> <http://www.fiva.fr/fiva-pro/bareme-m.php>.

***La multiplicité des barèmes : un manque de lisibilité.*** Même si ces barèmes jouent un rôle prépondérant dans l'indemnisation des victimes d'un dommage corporel, des auteurs constatent que « les juristes, comme les victimes, sont quelque peu désorientés par la multiplicité des barèmes dans le temps (1980-1982, 1991-1993, 2000) dans l'espace (chaque pays a ses propres références médico-légales), et surtout dans l'hétérogénéité des disciplines (barèmes Sécurité sociale/accidents du travail, victimes de guerre, barèmes contractuels des assurances de personnes, etc.) »<sup>39</sup>.

La plupart de la doctrine plaide aujourd'hui pour l'utilisation d'un barème unique<sup>40</sup>.

On remarquera, grâce à quelques éléments de comparaisons entre les différents barèmes, que le choix d'un barème n'est jamais anodin et peut avoir des conséquences importantes. Un magistrat a relevé que les victimes ignoraient le plus souvent le barème utilisé alors même qu'ils sont sources d'inégalité entre celles-ci<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> Barème de la société de médecine légale, préc. Y. Lambert-Faivre, Préface, p. 11.

<sup>40</sup> « L'évaluation en droit commun ne peut en aucun cas s'accommoder de la subsistance des deux principaux barèmes médicaux officiels auxquels se réfèrent les médecins experts, qui reposent sur deux approches différentes (...). Le choix référentiel des experts est libre mais, en pratique, le barème du concours médical sert de référence dans 80 % des dossiers de réparation du préjudice corporel ». L'unification des autres outils de l'indemnisation, *Table ronde : L'unification des outils médico-légaux de l'évaluation*, Gazette du Palais, 24 décembre 2011 n° 358, p. 31.

<sup>41</sup> « Cette absence de contentieux autour du barème médico-légal employé s'explique par le fait que les parties ignorent le plus souvent le choix des experts puisque ces derniers ne mentionnent pas les outils qui leur ont permis de chiffrer le dommage. Cette situation est critiquable dans la mesure où ces barèmes sont sources d'inégalités entre les victimes. Peut-on imaginer que le juge se reconnaisse la possibilité d'obliger les experts à utiliser tel barème plutôt qu'un autre ? Nous ne le pensons pas car, outre le fait que les juges s'efforcent de ménager la susceptibilité des experts, qui sont relativement peu nombreux, les barèmes existants sont pour l'essentiel dépourvus de force normative ». T. Leleu, *Les outils d'appréciation médico-légaux dans le contentieux de la responsabilité publique*, art. préc.

|                                     | Le Concours Médical  | La Société de Médecine Légale   | Guide Barème Européen                          |
|-------------------------------------|--|---|--|
| Tétraplégie Basse                   | Non inférieur à 85%  | 75% à 85%   | 85%  |
| Amputation de l'avant-bras          | Dominant :<br>45% à 55%<br><br>Non Dominant :<br>35% à 45% | Dominant :<br>45%<br><br>Non Dominant :<br>40%                                  | Dominant :<br>50%<br><br>Non Dominant :<br>45% |
| Paralysie du nerf sciatique         | 40% à 45%  | 35% à 45%   | 35% à 45%                                      |
| Etat dépressif important            | Jusqu'à 20%  | Jusqu'à 30%   | 10 à 20%                                       |
| Epilepsies difficilement contrôlées | 15% à 35%  | 20% à 30%<br>jusqu'à 50%<br>(fréquentes et interdisant une activité régulière). | 15% à 35%                                      |
| Paralysie faciale unilatérale       | 5% à 15%   | Jusqu'à 8%  | 20%  |
| Paralysie du nerf tibial            | 20%  | 25%   | 22%  |

Les barèmes peuvent aussi montrer leurs limites dans certaines spécialités ; il existe une sous-évaluation des déficiences d'ordre mental par exemple au profit des déficiences physiques qui sont bien plus saisissables et quantifiables<sup>42</sup>. En somme, il convient de garder à l'esprit que ces barèmes ne sont que des outils ; ils ne proviennent pas de textes réglementaires et n'ont qu'une valeur officieuse<sup>43</sup>.

Par ailleurs, il existe aussi des barèmes de capitalisation qui prennent en compte des données économiques.

## b) Les barèmes de capitalisation

***Essai d'une définition d'un barème de capitalisation.*** La capitalisation est une problématique majeure qui associe des paramètres juridiques et économiques (un colloque a été consacré exclusivement à ce sujet<sup>44</sup>).

Les barèmes de capitalisation donnent le prix du franc de rente à un âge déterminé selon une équation basée sur un taux d'intérêt comme référence au calcul actuariel et l'espérance de vie pour chaque âge<sup>45</sup>. Ils permettent ainsi de définir le montant d'une rente attribuée à une victime en fonction de circonstances sociales et économiques : l'espérance de vie et le taux d'intérêt. Il s'agit ici de se rapprocher au mieux de la réparation intégrale avec des indicateurs généraux<sup>46</sup>.

Le mode de calcul est d'autant plus crucial qu'il évalue des postes importants comme la tierce personne.

Il existe dix barèmes de capitalisation<sup>47</sup> dont la plupart sont aujourd'hui obsolètes compte tenu des paramètres économiques et sociaux naturellement évolutifs<sup>48</sup> :

---

<sup>42</sup> J-L. Truelle (entretien avec), à propos des outils d'évaluation dans l'expertise des traumatismes crâniens, article cité, p. 15.

<sup>43</sup> C. Piedelièvre, *Barèmes médico-légaux et missions d'expertise : évolutions*, article cité, p. 18.

<sup>44</sup> « La capitalisation des préjudices futurs : quel taux ? Quelle mortalité ? » de l'Association Nationale des Avocats de Victimes de dommages corporels et l'école de formation du barreau, Mardi 16 avril 2013, Maison du barreau.

<sup>45</sup> J. Grimaldi, *Gazette du Palais*, 2003, n°168, p. 10.

<sup>46</sup> F. Planchet, *le point de vue de l'actuaire français*, colloque précité « la capitalisation des préjudices futurs : quel taux ? Quelle mortalité ?

<sup>47</sup> Dans le domaine administratif notamment : « Pendant longtemps, il a ignoré les barèmes actualisés au motif que « le barème annexé au décret du 8 août 1986 est applicable aux rentes allouées pour indemniser tout accident, quelle qu'en soit la cause » (CE, 25 juillet 2007, n° 277196, *CPAM de Montpellier-Lodève*, Lebon T. 950 ; AJDA 2009. 2321) qu'il a abandonné ce barème obsolète et adopté pour la première fois le barème de la Gazette du Palais 2004 (7-9 novembre 2004, p. 11). Depuis la sortie du barème de la Gazette du Palais 2013 (27-28 mars 2013, p. 22), le juge administratif l'utilise (TA, Paris, 31 mai 2013, n° 0907596/6-1 ; CAA, Paris, 17 octobre 2013, n° 12PA04899), à l'instar de son homologue judiciaire (CA, Douai, 27 juin 2013, n° 12/03540). Par conséquent, il serait opportun que le pouvoir réglementaire entérine cette nouvelle table de capitalisation et qu'il veille, à l'avenir, à la réévaluer régulièrement ». T. Leleu, *Les outils d'appréciation médico-légaux dans le contentieux de la responsabilité publique*, art. préc.

<sup>48</sup> Voir à ce propos : J. Grimaldi, *Réparation du dommage corporel : obsolescence des barèmes de capitalisation et liberté du juge*, art. précité.

1/ Le barème annexé au décret du 8 août 1986<sup>49</sup> concerne les modalités de conversion en capital d'une rente consécutive à un accident selon la loi du 5 juillet 1985, il est basé sur une table de mortalité 1960/1964 et un taux d'intérêt de 6.5%<sup>50</sup>.

2/ Le barème fiscal de 1995 est le barème de l'union notariale financière de crédit et de l'administration fiscale pour déterminer l'assiette de l'ISF (basé sur des tables de vie 1988/1990 et un taux d'intérêt de 4.5%).

3/ Le barème de la fonction publique de 1998 est utilisé pour les points d'indice<sup>51</sup> dans la fonction publique étatique, il est basé sur une table de mortalité 1988/1990 et un taux d'intérêt de 3%.

4/ Les barèmes de la sécurité sociale sont employés afin de calculer une créance. La sécurité sociale utilise deux barèmes différents pour capitaliser les rentes (barème de 1954) et les pensions (barème de 1962 : rentes d'invalidité et autres prestations sociales). Tables de mortalité spécifiques selon la population de référence : accidentés du travail, invalides ou malades mais le taux d'intérêt est identique pour les deux : 4.75%.

5/ Le barème de capitalisation des assureurs de 1996 est codifié à l'article A. 331-10 du Code des assurances, il régit les règles de provisionnement des rentes d'invalidité et d'incapacité. Il est obligatoire pour les assureurs car il fixe le montant minimal de la provision technique des rentes qu'ils doivent accumuler dans leurs comptes. Il est basé sur une loi de survie en invalidité (établie grâce à une table de mortalité de 1988/1990 et un taux technique de 3.5%).

6/ Le BCIV (Barème de Capitalisation pour l'Indemnisation des Victimes) a été déterminé par les assureurs en 2002. Ce barème s'appuie sur une table de mortalité 1988-1990 et prend, pour taux d'intérêt, la moyenne semestrielle (sur 6 mois) du TEC 10 (taux de capitalisation actualisé en fonction de la variation du Taux de l'Echéance Constante, sur 10 ans). Le premier BCIV a été publié en 2004 ; ce dernier est réévalué chaque année. Ainsi, les taux d'actualisation tendent à la baisse, entre 4.06 % en 2004, 3.26% en 2006, 2.97% en 2013<sup>52</sup>.

---

<sup>49</sup> Décret n°86-973 du 8 août 1986.

<sup>50</sup> Souvent utilisé, le barème de 1986 n'est pas du tout un barème de droit commun comme on a pu l'entendre.

<sup>51</sup> Décret n° 98-462 du 10 juin 1998 portant attribution à compter du 1<sup>er</sup> juillet 1998 de points d'indice majoré à certains personnels civils et militaires de l'État, des collectivités territoriales et des établissements publics d'hospitalisation.

<sup>52</sup> <http://www.aredoc.com/content/textes-de-reference>

**Des barèmes de capitalisation vieillissants.** La plupart de ces tables de capitalisation ont été rapidement jugées obsolètes, notamment par les juges qui ont vivement critiqué la caducité de tels outils<sup>53</sup>.

Autour des années 2000, on a proposé timidement (et sans grand succès) un barème plus actuel<sup>54</sup>.

Depuis, les publications d'un éditeur privé ont pris le relais pour actualiser ces outils.

*7/ Les barèmes de la Gazette du Palais 2004 et 2011* : En 2004, la *Gazette du Palais* a publié un barème de capitalisation actualisé pour faire suite aux préconisations du groupe de travail présidé par Mme Yvonne Lambert-Faivre en 2003.

Le nouveau barème de capitalisation a été publié en 2004, puis en 2011. Les barèmes de capitalisation sont fondés sur des espérances de vie plus récentes ainsi que sur un taux de capitalisation de 3.20% (en 2004), puis 2.35% (en 2011).

Compte tenu de la désuétude des anciens barèmes de capitalisation, le barème de la *Gazette du Palais* de 2004 est aujourd'hui largement utilisé dans l'attente d'un barème réglementaire. En effet, le barème de 2004 a été largement repris par les juridictions<sup>55</sup>. Celui de 2011 comprenait quelques imperfections, son utilisation fut, à ce titre, moins fréquente<sup>56</sup>. Il fut plus discuté en raison de l'absence de certification officielle par un actuinaire et l'utilisation de tables de mortalité non définitives et d'une confusion terminologique entre le terme échu de celui de 2004 et à échoir de 2011.

*8/ Le barème de la Gazette du Palais 2013* : En mars 2013 (n°86 à 87), la *Gazette du Palais* publia un nouveau barème de capitalisation qui ne souffrait pas des mêmes erreurs de 2011. En effet, il fut créé par Maxime Bareire, actuinaire-conseil, membre agrégé de l'Institut des actuaires et expert près de la cour d'appel de Versailles.

De plus, les tables utilisées sont définitives, issues de l'INSEE pour les années 2006-2008. Du point de vue économique, les taux d'emprunt d'Etat à 10 ans sont pris pour référence, avec déduction de l'inflation pour se rapprocher d'un taux net. Le taux est désormais de 1.20% alors qu'il était de 2.35% en 2011 et de 3.20% en 2004.

---

<sup>53</sup> M. Perier, J.-Cl., *Responsabilité civile et assurances, Régime de la réparation, modalités de la réparation*, Fasc. 202-20, 2001, n°138.

<sup>54</sup> M. Yahiel, *Vers la réparation intégrale des accidents du travail et des maladies professionnelles : éléments de méthode*, La Documentation Française, 2002, 55 p.

<sup>55</sup> « Le barème de la Gazette du Palais 2004 sera retenu dès lors que faisant une différenciation selon que la victime est un homme ou une femme, il se fonde sur des tables d'espérance de vie plus récentes et plus précises » (CA, Paris 19 septembre 2008, n°058/00603 ; CA, Paris, 1<sup>er</sup> septembre 2010, n°09/28468).

<sup>56</sup> Les cours d'appel appliquaient de plus en plus le barème de 2011 : CAA, Lyon, 22 septembre 2011, n°06LY01255 ; Il y a lieu de procéder à la capitalisation de la somme telle que « figurant dans le barème de capitalisation actualisé au mois de mai 2011, publié dans la Gazette du Palais, apparaissant le plus approprié actuellement ». (CA, Versailles, 3 novembre 2011 n°10/03558). Mais les quelques imperfections du barème de capitalisation faisaient obstacle à une application unanime. A ce titre, la cour d'appel de Paris refusait d'adopter le barème 2011 « lorsqu'elles sont nécessaires, les capitalisations seront opérées par application du barème publié par la Gazette du Palais des 7 et 9 novembre 2004 qui demeure le mieux adapté en l'espèce ». CA, Paris, Ch. 3, 4 juin 2012, n°09/14022.

L'ANADAVI s'est félicitée que ce barème soit déjà utilisé par les cours d'appel afin de liquider les préjudices futurs des victimes . Elle cite les premières jurisprudences en ce sens <sup>57</sup> : « c'est ainsi que précurseur, la CA Rouen, chambre de l'urgence et de la sécurité sociale<sup>58</sup> a jugé, à propos du déficit fonctionne permanent, que : « l'indemnisation par capitalisation doit prendre en compte l'espérance de vie actualisée avec un taux d'intérêt pertinent eu égard à l'évolution du loyer de l'argent ; que tel est le cas du barème publié par la *Gazette du Palais* le 27 mars 2013 qui se réfère à des données démographiques récentes et retient un taux d'intérêt de 1,2 % »<sup>59</sup>. Les juridictions administratives se sont elles aussi orientées en ce sens<sup>60</sup>.

*9/ Le barème de la Gazette du Palais 2016* : Un nouveau barème de capitalisation de la *Gazette du Palais* est sorti récemment en 2016. Actualisé selon les dernières données économiques, il a aussi été élaboré par Maxime Bareire et ne tardera sans doute pas à être repris par les juridictions<sup>61</sup> (lesquelles sont d'ailleurs libres dans le choix du barème de capitalisation<sup>62</sup>). Il est fort à parier que les professionnels se contenteront longtemps des barèmes de la *Gazette du Palais* dans l'attente d'un barème réglementaire.

Le choix d'un barème de capitalisation n'est pas anodin et soulève des différences plus marquées que pour les barèmes médico-légaux.

---

<sup>57</sup> [http://anadavi.com/Barème de capitalisation : le millésime 2013 : un cru déjà apprécié et à conserver !](http://anadavi.com/Barème_de_capitalisation_le_millésime_2013_un_cru_déjà_apprécié_et_à_conserver!)

<sup>58</sup> CA, Rouen, 19 juin 2013, n° 12/02276, n° 12/03652, n° 12/04576, n° 12/04827 (contentieux de l'amiante).

<sup>59</sup> Dans le même sens : CA, Douai, 3<sup>e</sup> ch., 27 juin 2013, n° 12/03540 ; CA, Versailles, 5<sup>e</sup> ch., 4 juillet 2013, n° 12/00935 ; CAA, Nantes, 3<sup>e</sup> ch., 3 octobre 2013, n° 13NT00882 ; CA, Poitiers, 3<sup>e</sup> ch., 9 octobre 2013, n° 12/03412. Mais aussi : CA, Paris, 8 septembre 2014, n°s 12/20668 et 12/21934.

<sup>60</sup> CAA, Paris, ch. 3, 17 octobre 2013, n° 12PA04899 ; TA, Paris, 31 mai 2013, n° 0907596/6-1 ; v. aussi : D. Philopoulos, *Les juges du fond commencent à appliquer le barème de capitalisation, millésime 2013, de la Gazette du Palais*, *Gazette du Palais*, 8 octobre 2013 n° 281, p. 20, CA, Versailles, 5<sup>e</sup> ch., 4 juillet 2013, n° 12/00935.

<sup>61</sup> *Gazette du Palais*, 26 avril 2016, n°262g5, p. 41.

<sup>62</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 15 décembre 2015, n°14-27243 et 14-27244 ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 10 décembre 2015, n° 14-24443 et 14-26726 ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 10 décembre 2015, n° 14-26122.

Tableau comparatif du montant de la rente viagère selon les différents barèmes de capitalisation et la situation de la victime

| Sur la base d'une heure à 20 €   | TEC 10/BCIV 2002 | Gazette du Palais 2004 | Gazette du Palais 2011 | TEC 10/BCIV 2013 | Gazette du Palais 2013 |
|--|------------------|------------------------|------------------------|------------------|------------------------|
| Femme de 48 ans<br><br>Aide d'une tierce personne à hauteur de 2 heures par semaine. | 42 226 €         | 44 730 €               | 46 007 €               | 44 276 €         | 49 865 €               |

**Des différences notables entre les barèmes des assureurs et ceux de la Gazette du Palais.** On constate une différence importante entre les barèmes publiés par la *Gazette du Palais* et ceux des assureurs ; le niveau du barème de 2013 BCIV est même inférieur à celui de la *Gazette du Palais* de 2004.

La base du calcul n'est pas la même pour les assureurs et les actuaires ; les premiers utilisent un taux sur dix ans, le TEC10, alors qu'il n'a jamais été utilisé par « aucun pays développé ayant confié le choix du taux d'un barème de capitalisation à des groupes de travail d'actuaires et d'économistes indépendants »<sup>63</sup>.

Les magistrats ne s'opposent généralement pas à utiliser un barème de capitalisation unique<sup>64</sup> qui disposerait de caractéristiques scientifiques suffisantes. Cependant, ces derniers restent libres d'utiliser le barème de leur choix.

L'office du juge ne saurait pleinement se développer sur un sujet qui relève plutôt d'un travail d'experts. En Angleterre, le département des actuaires du gouvernement a établi un barème de capitalisation à l'usage de la justice<sup>65</sup>.

<sup>63</sup> D. Philopoulos, *Gazette du Palais*, 7 juillet 2012 n° 189, p. 9.

<sup>64</sup> Comme proposé par une partie de la doctrine : J.-M. Sarafian et coll. , *Indemnisation du dommage corporel : préjudices futurs patrimoniaux et barèmes de capitalisation*, *Revue générale du droit des assurances*, n°5, 1<sup>er</sup> mai 2017, p. 296. Pour calculer le préjudice futur patrimonial, les auteurs proposent un barème de capitalisation commun pour éviter les différences de traitement.

<sup>65</sup> « Au Royaume-Uni, le Département des actuaires du Gouvernement a publié en 2007 la sixième édition d'un rapport comprenant des barèmes de capitalisation à l'usage de la justice pour l'indemnisation du dommage corporel : ce sont les célèbres tables d'Ogden, bien connues des actuaires à travers le monde. Ce rapport, rédigé par un groupe de vingt-et-unes personnalités, notamment des experts actuaires et comptables indépendants, contient les mêmes précisions relatives aux règles de base à respecter, ce « afin de fixer de manière conforme un taux réel corrigé de l'inflation pour la capitalisation d'une rente ». *ibid.*

Les tables de capitalisation trouvent un intérêt pour les préjudices dits futurs qui sont généralement les plus importants. La somme capitalisée peut être versée sous forme d'une rente mensuelle ou d'un capital sans omettre les arrérages (montants échus d'une pension de rente, soit la somme perçue entre la date de consolidation et la décision de justice effective).

Même si la victime peut indiquer une préférence, ce choix relève du pouvoir souverain des juges du fond qui décident ce qui convient le mieux pour la victime. Celle-ci demande le plus souvent une somme en capital mais rien n'empêche le juge de choisir l'une ou l'autre<sup>66</sup>. On estime parfois que l'indexation actuelle des rentes n'est pas satisfaisante et ne permet pas une réparation intégrale<sup>67</sup>.

Notons par ailleurs que la victime dispose librement de ses fonds.

Les barèmes médico-légaux ont le mérite de proposer un repère scientifique, lequel dépend bien souvent de l'appréhension de l'expert. A l'inverse, les référentiels indemnitaires sont plus contestés dans la mesure où ils empiètent directement sur le pouvoir décisionnel du magistrat en proposant des fourchettes monétaires.

### c) Les référentiels

***Essai d'une définition des référentiels indemnitaires.*** Les référentiels sont des systèmes de référencement dotés de valeurs moyennes indicatives. A un dommage correspond une somme.

« Un référentiel n'est pas un barème ; il propose seulement une aide méthodologique et des références d'indemnisation aux praticiens (magistrats et avocats) confrontés à l'indemnisation du dommage corporel » peut-on lire en introduction du référentiel inter-cours Mornet.

Les référentiels permettent de déterminer une indemnisation ; ce ne sont pas des barèmes même si on les associe à des barèmes d'indemnisation.

***Les prémices d'une référencialisation.*** L'idée d'une référencialisation n'est pas nouvelle et a été inspirée par la gestion des accidents de la circulation. En 1983, les organisations représentatives des compagnies d'assurance s'étaient organisées au sein de l'AGIRA (Association pour la Gestion et l'Information des Risques Automobiles).

---

<sup>66</sup> A. Turpin, *L'application du principe de réparation intégrale des préjudices par le juge administratif : rente ou capital, il faut choisir !*, Revue droit & santé n°30, juillet 2009, pp. 312 à 314 sous CE 10 avril 2009, req. n° 296630 : « Après avoir procédé à un pointilleux examen des différents chefs de préjudice subis par la plaignante et relevé le caractère évolutif de la pathologie dont cette dernière souffrait, la Haute juridiction administrative choisit... de fixer une indemnisation sous forme de capital, malgré les prétentions des parties ».

<sup>67</sup> C. Bernfeld, *présentation et introduction*, colloque précité « la capitalisation des préjudices futurs : quel taux ? Quelle mortalité ? ».

L'article 26 de la loi Badinter prévoyait que « sous le contrôle de l'autorité publique, une publication périodique rend compte des indemnités fixées par les jugements et les transactions »<sup>68</sup>. Le dispositif avait été confié à l'AGIRA mais celle-ci n'en a pas fait une priorité. Jusqu'en 2006, le fichier n'était disponible que sur minitel et les classifications présentées n'étaient ni fiables, ni exploitables.

Le rapport Lambert-Faivre<sup>69</sup> préconisait d'ailleurs en 2003 d'élaborer un référentiel indicatif, national, statique et évolutif, le RINSE, en abordant sans ambages la question épineuse de la normalisation du dommage corporel. La proposition a très vite suscité de vives critiques<sup>70</sup>.

La polémique n'a pas empêché les outils de se multiplier ; il existe aujourd'hui plusieurs référentiels, créés le plus souvent par des organismes publics ou des juridictions.

*1/ Le référentiel « indicatif » de l'ONIAM* : Cet organisme public agit selon le principe de la solidarité nationale. Placé sous la tutelle du Ministère de la santé, il est soumis à une gestion rigoureuse des fonds publics. Il adopte en 2005 son premier référentiel afin d'harmoniser la politique indemnitaire sur le territoire. Le référentiel est désigné comme indicatif.

Il est pourtant utilisé comme référence unique, ce qui contredit assez largement sa portée indicative<sup>71</sup>.

Par ailleurs, l'ONIAM n'hésite pas à en faire la publicité<sup>72</sup>. L'organisme fait valoir de manière automatique son référentiel pour justifier les indemnités allouées via la formule « en application de son référentiel, l'ONIAM considère que... »<sup>73</sup>.

Dès lors, les parties contestent légitimement le référentiel de l'ONIAM en relevant au besoin le fait qu'il est bien inférieur aux autres référentiels : « l'ONIAM demande que l'indemnisation se fasse sur la base d'un référentiel qu'il a établi, lequel prévoit des montants d'indemnisation très inférieurs à ceux prévus au référentiel établi par les cours d'appel qui est habituellement utilisé. Il ne sera dès lors pas fait application du référentiel produit par l'ONIAM »<sup>74</sup>.

Il n'en reste, l'ONIAM appréhende toujours les préjudices à l'aune du référentiel d'indemnisation<sup>75</sup>.

---

<sup>68</sup> Loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation.

<sup>69</sup> Rapport sur l'indemnisation du dommage corporel, Groupe de travail présidé par Yvonne Lambert-Faivre, remis en juillet 2003 au ministère de la justice, publié à la documentation française.

<sup>70</sup> C. Lienhard, *Réparation intégrale des préjudices en cas de dommage corporel : la nécessité d'un nouvel équilibre indemnitaire*, D. 2485.

<sup>71</sup> Par ailleurs, l'ONIAM dispose aussi d'un Référentiel indicatif d'indemnisation par l'ONIAM des dommages imputables à la contamination par le virus de l'Hépatite C.

<sup>72</sup> [www.oniam.fr](http://www.oniam.fr)

<sup>73</sup> CAA, Douai, 2<sup>e</sup> ch, 5 juillet 2011, n°09DA00989.

<sup>74</sup> Ibid.

<sup>75</sup> CAA, Nancy, 4<sup>e</sup> ch., 1<sup>er</sup> octobre 2012, n°11NC01806.

*L'utilisation du référentiel de l'ONIAM par le juge administratif.* Le juge administratif a repris ledit outil à son compte<sup>76</sup> alors même que la juridiction administrative n'a pas les mêmes attributions que l'ONIAM. En effet, une décision administrative engage, en matière médicale, plus rarement les fonds publics car les assureurs des hôpitaux (hors APHP-APHM<sup>77</sup>) sont les mêmes que ceux des cliniques.

L'ONIAM assure que l'outil se suffit à lui-même : « même si bien entendu le tribunal n'y est aucunement lié, l'ONIAM fera ci-dessous référence au référentiel d'indemnisation qui est le sien et qui constitue un outil qui lui est propre mais auquel bien sûr tout un chacun peut aussi se reporter. Le référentiel adopté en toute transparence par l'ONIAM constitue une référence à la fois pour sa pratique et pour l'évaluation de cette pratique et donc *in fine*, pour la clarté de sa politique indemnitaire qui doit s'appliquer, au titre de l'intérêt général, de façon uniforme sur l'ensemble du territoire tout en prenant bien entendu en compte les situations particulières. Ce référentiel a été construit à partir des travaux du Conseil d'orientation et du Conseil d'administration de l'ONIAM, tous deux composés de représentants des Associations des personnes malades et des usagers du système de santé ayant fait l'objet d'un agrément au niveau national, de personnalités qualifiées en matière de responsabilité médicale et de la réparation du risque sanitaire et de représentants de l'Etat »<sup>78</sup>.

On constate d'emblée que l'ONIAM propose des indemnisations préalablement barémisées par son référentiel. Pourtant, sa méthode d'élaboration basée sur une approche empirique, faite d'ajustements successifs et de vérifications croisées<sup>79</sup> paraît pour le moins obscure.

Ce référentiel est aussi susceptible d'évoluer sans que l'on sache exactement sur quels critères sont établies les réévaluations<sup>80</sup>. Ce référentiel indicatif tend pourtant à devenir une véritable norme. Son ancien directeur regrettait que ledit référentiel soit au cœur des débats<sup>81</sup>. Son existence au sein de l'ONIAM ne soulève pas de problèmes majeurs mais son usage par les juridictions administratives est autrement plus critiquable<sup>82</sup>.

---

<sup>76</sup> A en croire deux membres du Conseil d'Etat, le juge administratif ne dispose pas de référentiel propre et utilise de manière systématique celui de l'ONIAM : C. Maugué et J.-P. Thiellay, *La responsabilité du service public hospitalier*, Paris, LGDJ, 2010, p. 145.

<sup>77</sup> M. Richard-Piauger, C. Buffet et F. Roussel, *L'expertise en responsabilité hospitalière dans le secteur public : l'exemple de l'AP-HP*, in *Médecine & Droit*, n°140, septembre-octobre 2016, p. 125.

<sup>78</sup> [www.oniam.fr/IMG/.../referentiel%20vhc%2001%2009%2011.pdf](http://www.oniam.fr/IMG/.../referentiel%20vhc%2001%2009%2011.pdf)

<sup>79</sup> Rapport d'activité de l'ONIAM [www.oniam.fr](http://www.oniam.fr)

<sup>80</sup> « Régulièrement actualisés, par délibération du conseil d'administration ». Site ONIAM.

<sup>81</sup> « Le référentiel de l'ONIAM est parfois pris en otage dans ce débat. Cependant, notre position reste claire et déterminée. Compte tenu de la nature d'établissement public national de l'Office et de ses missions de service public, il n'était pas pensable que nous ne nous dotions pas d'un tel outil. Pour autant, cet outil n'a aucune vocation à s'imposer en dehors du champ d'action de l'Office, même si, comme nous l'avons vu, il n'a aucune raison, contrairement à certains barèmes publics ou privés, à rester confidentiel ». D. Martin, *La politique d'indemnisation de l'ONIAM*, *Gazette du Palais*, 19 avril 2008, n° 110, p. 46.

<sup>82</sup> L. Wada, *Entre juge civil et administratif : les écarts se creusent*, *Les petites affiches*, 23 juillet 2013, n° 146.

Cette différence a d'ailleurs été dénoncée par la Cour des comptes : « le dispositif amiable d'indemnisation des victimes d'accidents médicaux n'apparaît pas plus avantageux aujourd'hui pour la victime que le droit commun devant les juridictions, non sans risque de poser la question de son bien-fondé »<sup>83</sup>.

Les juridictions ont pris exemple sur l'ONIAM en proposant leur propre référentiel.

2/ Les référentiels des cours d'appel : ils sont souvent utilisés dans les cours d'appel dont ils sont issus. « On ne peut pas faire d'indemnisation du préjudice sans référentiel. Il existe en principe un référentiel dans chaque cour d'appel, celui-ci pouvant être commun à plusieurs cours » affirmait le magistrat Benoît Mornet<sup>84</sup>. Il ajoute que « dans la plupart des cours d'appel, il existe un document tendant à harmoniser l'évaluation des préjudices par les magistrats des tribunaux et de la cour »<sup>85</sup>.

Citons les plus importants d'entre eux :

- Le référentiel Mornet : suite à la réforme du recours des tiers payeurs adoptée par la loi du 21 décembre 2006, un référentiel inter-cours à l'échelon régional a vu le jour. Le groupe de travail concernait initialement cinq cours d'appel : Agen, Bordeaux, Toulouse, Pau et Limoges. Ce travail touche aujourd'hui douze cours d'appel ; sept d'entre elles se sont ajoutées aux premières : Angers, Grenoble, Nîmes, Orléans, Poitiers, Versailles et Basse-Terre.

Ce référentiel reprend la nomenclature *Dintilhac* et suggère des méthodes de capitalisation basées sur les tables de capitalisation publiées dans la *Gazette du Palais*.

Ce référentiel est bien sûr indicatif et évolutif (la dernière version date de mars 2013, les ajustements sont liés à la jurisprudence de la Cour de cassation). Il s'agit, selon les termes du conseiller Benoît Mornet, à l'origine du référentiel, d'instaurer une confiance jurisprudentielle.

- Le référentiel de la cour d'appel de Paris : elle a créé son propre référentiel à l'initiative du premier président de la cour d'appel de Paris, Jacques Degrandi. Il est décrit comme un recueil méthodologique qui a vocation à faciliter le traitement du contentieux de la réparation du préjudice corporel. Sa dernière version date de décembre 2011.

---

<sup>83</sup> Cour des comptes, *L'indemnisation amiable des victimes d'accidents médicaux : une mise en œuvre dévoyée, une remise en ordre impérative*, Rapport public annuel 2017, p. 84 file:///C:/Users/L%C3%A9o/Downloads/02-indemnisation-amiable-accidents-medicaux-Tome-1.pdf ; L. Garniere, *L'ONIAM souffre de sa comparaison avec les tribunaux*, *Gazette du Palais*, mardi 21 février 2017, n°8, pp. 8-9.

<sup>84</sup> *Gazette du Palais*, n°357 à 358, p. 40.

<sup>85</sup> B. Mornet, *L'unification des outils de chiffrage des indemnités : les tables de capitalisation, les référentiels, la barémisation : le référentiel indicatif régional d'indemnisation du préjudice corporel*, *Gazette du Palais*, 24 décembre 2011 n° 358, p. 37.

- *Le référentiel inter-cours d'appel* : c'est un prolongement du référentiel Mornet. Le recueil méthodologique commun pour l'indemnisation des dommages corporels a été créé à l'initiative de magistrats, uniquement à leur usage. Le premier référentiel Mornet qui associait 5 cours d'appel s'est considérablement étendu avec ce référentiel à 24 cours d'appel. Cet outil, très apprécié par les magistrats selon Benoît Mornet<sup>86</sup>, est disponible sur le site de la cour d'appel de Paris – ARPEJ.

Cet outil a été le fruit d'un long consensus ; il a associé les présidents ou conseillers des cours d'appel d'Agen, d'Aix-en-Provence, d'Amiens, de Bordeaux, de Bourges, de Grenoble, de Nancy, de Paris, de Reims, de Rouen, de Saint-Denis-de-la-Réunion afin d'être généralisé à toutes les cours d'appel.

Ce référentiel cherche à « résoudre les questions et à répondre aux préoccupations des magistrats ayant à connaître du contentieux de la réparation du préjudice corporel, qu'ils soient novices ou spécialisés. Il tend à favoriser l'harmonisation des jurisprudences par la mise en œuvre de références communes et actualisées sur l'ensemble du territoire national. Uniquement indicatif et évolutif, il a pour objectif non pas d'uniformiser mais de contribuer à assurer la réparation intégrale du préjudice corporel des victimes à partir de données partagées par l'ensemble des cours d'appel »<sup>87</sup>.

On observe que le principe de la réparation intégrale est souligné en gras afin de rappeler que ce principe jurisprudentiel est important et qu'il n'est pas censé être remis en cause par cet outil assez complet et plutôt complexe. Ce dernier offre un apport méthodologique essentiel, au regard notamment de la mise en œuvre délicate du recours des tiers payeurs.

Comme tous les référentiels, il est supposé être évolutif même si les actualisations sont rares, pour ne pas dire inexistantes ; c'est ce qu'on constate pour les barèmes. L'avocate Gisèle Mor relevait que « dans la dernière version publiée (2003) les rédacteurs du barème du *Concours médical* affirmaient opérer un « toilettage de la définition d'incapacité permanente partielle » pour y intégrer la douleur, les séquelles psychologiques et l'atteinte à la qualité de vie. Pourtant, en y regardant de plus près, la méthode d'évaluation n'a guère évolué entre 1975 et 2003. La philosophie du *Concours médical* n'a pas changé, les barèmes médicaux n'ont pas été révisés après l'entrée en application de la loi de 2006 et la généralisation de la nomenclature *Dintilhac* »<sup>88</sup>.

---

<sup>86</sup> Selon le magistrat Benoît Mornet : « L'expérience semble faire ses preuves : le référentiel est actuellement diffusé dans une majorité de barreaux ; la très grande majorité des avocats, qu'ils soient avocat de victime ou d'assureur trouvent cet outil de travail pertinent (il est d'ailleurs utilisé dans les centres de formation des avocats) ; les conclusions sont plus facilement exploitables par les magistrats ; les assureurs connaissent son existence et savent que les propositions de transactions doivent s'inscrire dans le référentiel ». B. Mornet, *Le référentiel indicatif régional d'indemnisation du préjudice corporel*, p. 218 in « Le droit mis en barèmes ? » (Sous la dir. de I. Sayn), ouvrage. préc.

<sup>87</sup> Le référentiel est disponible sur la plupart des sites des cours d'appel.

<sup>88</sup> G. Mor, *Réparer la souffrance*, p. 18, art. préc.

Les associations de victimes et les avocats de l'ANADAVI n'ont pas manqué de réagir à la publication d'un référentiel inter-cours. Une publication de la *Gazette du Palais* intitulée *In Memoriam* a rendu hommage à la supposée disparition de la réparation intégrale entraînée par cet outil<sup>89</sup>.

Certes, ces outils – particulièrement les référentiels - ne sont pas exempts de critiques mais, comme nous le verrons, ils présentent aussi des apports intéressants sur le plan méthodologique.

C'est dire si la normalisation du dommage corporel soulève de plein droit la question de l'office du juge...

---

<sup>89</sup> « Des victimes et leurs familles, des associations de victimes, les avocats de l'ANADAVI ont la tristesse de vous faire part du décès programmé de la réparation intégrale survenu par adoption d'un référentiel barémique nationale des cours d'appel alors qu'une base de données aurait pu la sauver. Condoléances à adresser aux premiers présidents des cours d'appel ». C. Bernfeld, F. Bibal, *In memoriam*, *Gazette du Palais*, 16 février 2013 n°47, p. 3.

## B / Les outils du dommage corporel : la liberté du juge en question

« Le barème soulève la question de l'office du juge (...) il serait intéressant de préciser l'insertion procédurale du barème dans ce travail juridictionnel car cette insertion n'est pas dépourvue de conséquence. Le barème intervient-il au stade de l'opération de qualification, au stade de l'opération de décision, voire même aux deux, selon son objet propre, médical ou indemnitaire ? Le barème relève-t-il du fait ou du droit, est-il un fait documentaire ou une norme juridique » ? se demande à raison le Professeur Loïc Cadiet<sup>90</sup>.

Si la normalisation du droit est déjà établie dans bien des domaines (a), la normalisation du dommage corporel suscite un débat nouveau et difficile (b).

### a) La normalisation progressive du droit

La question de l'usage des barèmes a été l'objet d'un colloque très fourni<sup>91</sup>. La réflexion démontre que le débat a déjà eu lieu dans de nombreux domaines du droit<sup>92</sup>.

La doctrine s'intéresse assez peu à cette problématique qui relève surtout d'un usage pratique plus que d'un questionnement théorique sur le droit<sup>93</sup>.

***La nature juridique complexe des barèmes.*** La notion semble trop flexible, voire incertaine. Pourtant, l'usage de ces outils engage les grands principes du droit. Les barèmes constituent à n'en pas douter des objets juridiques non identifiés et ne bénéficient pas en ce sens d'une légitimité aux yeux des juristes. On peut avancer l'hypothèse que leur place est d'autant plus réduite dans ce champ disciplinaire que « ces outils, souvent de type « soft law », sont issus des praticiens et n'acquièrent pas une force obligatoire juridiquement sanctionnée. (...) Ils constituent pourtant un outil de référence extrêmement puissant et, une fois élaborés et diffusés, fournissent un modèle de raisonnement très utilisé par les acteurs.

---

<sup>90</sup> L. Cadiet, *Introduction*. Quatrième partie : des barèmes entre individualisation et standardisation des décisions, p. 186 in « Le droit mis en barèmes ? » (Sous la dir. de I. Sayn), ouvrage préc.

<sup>91</sup> Ibid.

<sup>92</sup> Ibid. p. 1.

<sup>93</sup> On peut toutefois noter qu'en novembre 2000, Gaëlle Dalbignat présente à la mission de recherche Droit et justice un rapport, effectué sous la direction de Loïc Cadiet, intitulé *L'emploi des barèmes dans la législation*. (G. Dalbignat, in L. Cadiet (dir.), *L'emploi des barèmes dans la législation codifiée*, rapport présenté à la mission de recherche Droit et justice, novembre 2000). Son travail a permis de recenser plus de deux cents occurrences du terme « barème » et l'auteur en a conclu que « la pauvreté de la doctrine ne refléterait pas le désintérêt du droit positif pour la technique » (p. 9). Cité in A. Gouttefangeas, *Des barèmes de calcul de la participation des familles au financement de l'hébergement des personnes âgées en institution*. p. 38 in « Le droit mis en barèmes ? », (Sous la dir. de I. Sayn), ouvrage préc.

Ces acteurs étant souvent des magistrats ou des auxiliaires de justice (entendu au sens large), ces outils se trouvent alors au cœur du système juridique et leur usage aboutit à remettre en cause la spécificité prêtée à la décision juridictionnelle »<sup>94</sup>.

Le fait est qu'il n'existe pas de définition du barème, de sorte qu'il est difficile d'en analyser les contours. Il n'y a pas non plus un régime juridique global des barèmes en droit positif car il n'y a pas d'interdiction de principe ni de restrictions d'utilisation<sup>95</sup> ; ces outils n'ont pas *a priori* de valeur juridique.

La normalisation du droit est déjà en marche dans bien des domaines.

***L'utilisation de plus en plus fréquente des barèmes dans les contentieux numériquement importants.***

On retrouve l'utilisation des barèmes dans des champs très précis comme la répartition de la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants entre parents séparés, la répartition des frais d'hébergement des personnes âgées bénéficiant de l'aide sociale, le calcul de la pension alimentaire<sup>96</sup> ou de la participation des familles au financement de l'hébergement de personnes âgées en institution<sup>97</sup>.

Ces spécialités concernent toutes des populations et des contentieux numériquement très importants<sup>98</sup>.

Les arguments sont les mêmes : la simplicité de la procédure, la réduction des coûts pour la justice<sup>99</sup>.

La rationalisation touche aussi des domaines du droit importants comme le droit du travail<sup>100</sup> ou le droit pénal. Dans le processus judiciaire pénal, l'utilisation des barèmes est quotidienne et ne fait que s'accroître<sup>101</sup>, d'autant plus qu'ils procurent une certaine sécurité à de jeunes magistrats, peu enclins à prendre des risques<sup>102</sup>.

Ces outils sont aussi le résultat d'un mouvement général de la justice marqué par une forte inflation législative qu'il est de plus en plus difficile à maîtriser.

---

<sup>94</sup> Ibid, p. 3.

<sup>95</sup> A. Gouttefangeas, *Des barèmes de calcul de la participation des familles au financement de l'hébergement des personnes âgées en institution*, p. 37 in « Le droit mis en barèmes ? » (Sous la dir. de I. Sayn), ouvrage préc.

<sup>96</sup> C. Bourreau-Dubois et B. Jeandidier, *Équité et barème de pension alimentaire pour enfants : une approche économique*, p. 30 in « Le droit mis en barèmes ? », ouvrage préc.

<sup>97</sup> A. Gouttefangeas, *Des barèmes de calcul de la participation des familles au financement de l'hébergement des personnes âgées en institution*, pp. 47 à 48 in « Le droit mis en barèmes ? », ouvrage préc.

<sup>98</sup> B. Munoz-Perez, *Introduction*, p. 22 in « Le droit mis en barèmes ? », ouvrage préc.

<sup>99</sup> Ibid.

<sup>100</sup> « Le barème instauré par l'article R .3252-2, pris en application de l'article L.3252 du Code du travail, intervient dans le cadre de la procédure de cession ou de saisie des rémunérations également réglées par le Code du travail. » (P. Soustelle, *Le barème permettant de déterminer la fraction cessible ou saisissable des rémunérations du travail*, p. 54 in *Le droit mis en barèmes ?* ouvrage préc ; même si « le texte semble bien laisser au juge un pouvoir d'appréciation ». *ibid.* p. 60

<sup>101</sup> C. Mouhanna, *Introduction de Deuxième partie : questions de gestion : des barèmes comme instruments de gestion de la justice pénale*. in *ibid.* p. 66.

<sup>102</sup> Ibid. p. 67.

**Les barèmes : des indicateurs précieux pour les magistrats.** Le magistrat, débutant ou confirmé, n'est jamais lié par ces outils mais il est toujours moins risqué de s'y conformer, si ce n'est plus confortable. C'est particulièrement le cas de la composition pénale où, comme en droit médical, il règne une grande hétérogénéité comme le souligne Vanessa Perrocheau<sup>103</sup>.

Elle ajoute que les barèmes permettent d'encadrer les délégués du procureur dans la démarche d'une justice plus rapide et moins coûteuse<sup>104</sup>. Par ailleurs, l'orientation du dossier pénal et de ses alternatives se font également au moyen de barèmes<sup>105</sup>.

De toute évidence, cette pratique ne laisse qu'une place résiduelle à l'individualisation ; le seul élément pris en compte se réduisant généralement au passé pénal de l'auteur<sup>106</sup> ; l'individualisation demeure résiduelle<sup>107</sup>.

Les auteurs concèdent que « l'introduction des barèmes n'augure pas une déformation radicale des pratiques pénales. Elle officialise l'existence d'une justice délictuelle partiellement tarifée, dont les mécanismes demeureraient jusqu'alors invisibles. Elle accentue indéniablement l'appauvrissement du processus d'individualisation des réponses pénales, mais pour des raisons qui ne tiennent pas nécessairement aux barèmes eux-mêmes »<sup>108</sup>.

**Les barèmes et la problématique de l'individualisation de la décision de justice.** Ce type d'outil soulève des interrogations au regard des exigences internationales, dont la convention européenne des droits de l'homme qui protège le droit à un procès équitable ou le principe de non-discrimination.

« Si pour déterminer l'étendue du dommage matériel, la Cour peut décider de faire appel à un expert, sans être liée par le résultat de cette expertise<sup>109</sup>, pour déterminer l'indemnisation à accorder pour le dommage moral, la possibilité de recourir aux barèmes se pose.

La question du recours aux barèmes dans cette hypothèse est d'autant plus sensible que la pratique suivie par la Cour a fait l'objet de nombreuses critiques »<sup>110</sup>.

On a souvent reproché à la Cour européenne des droits de l'homme de ne pas prendre parti sur le sujet et d'être assez souple sur l'individualisation du préjudice pour certains contentieux. Quant aux arrêts de la Cour elle-même, la doctrine observe qu'ils ne sont parfois guère motivés. Lesdits arrêts peuvent

---

<sup>103</sup> V. Perrocheau, *Une illustration du développement des barèmes dans la justice pénale : le cas de la composition pénale* in « Le droit mis en barèmes ? », ouvrage préc.

<sup>104</sup> Ibid. p. 81.

<sup>105</sup> Ibid. p. 83.

<sup>106</sup> V. Gautron, *La « barémisation » et la standardisation des réponses pénales saisies au travers d'une étude empirique de l'administration de la justice pénale*, p. 92 in *ibid.*

<sup>107</sup> Ibid. p. 93.

<sup>108</sup> Ibid. p. 97.

<sup>109</sup> S. Turgis, *Le recours aux expertises*, in J.-F. Flauss et E. Lambert Abdelgawad (dir.), *La pratique d'indemnisation par la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 113-125.

<sup>110</sup> S. Turgis, *Des barèmes devant la Cour européenne des droits de l'homme*. in « Le droit mis en barèmes ? », ouvrage préc., p. 127.

laisser penser qu'elle a recours à des barèmes préétablis dont ni les parties, ni les avocats, n'ont connaissance<sup>111</sup>.

Le juriste anglais Lord Woolf, dans son rapport sur l'étude des méthodes de travail de la CEDH publié en 2005, a soutenu qu'il serait « fort utile de publier un guide quant aux montants des indemnités allouées par la Cour. Pareille information n'est pas encore rendue publique. Elle permettrait aux Etats parties de se faire une idée des montants qui risquent d'être alloués dans une affaire et les encouragerait à régler les litiges au plan interne. Le tableau en question pourrait être publié sur le site Internet de la Cour et être librement accessible aux requérants potentiels comme aux Etats défendeurs »<sup>112</sup>.

De surcroît, cette analyse démontre combien il est difficile d'avoir une opinion tranchée sur la normalisation tant elle apparaît nécessaire dans certains domaines. En matière fiscale par exemple, les cas individuels à traiter sont trop nombreux et rendent l'usage d'un barème quasiment indispensable<sup>113</sup>. C'est aussi le cas du contentieux des accidents du travail et de la sécurité sociale où un barème est nécessaire pour fixer une créance<sup>114</sup>. Les barèmes y sont d'ailleurs depuis longtemps omniprésents. La normalisation du droit a des effets ambivalents puisqu'elle permet de faciliter le travail du magistrat tout comme elle implique de restreindre sa liberté et son sens critique. En droit du dommage corporel, elle nécessite davantage une réflexion approfondie.

---

<sup>111</sup> P. Tavernier, *La contribution de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative au droit de la responsabilité internationale en matière de réparation – une remise en cause nécessaire*, RTDH 2007. 961-962.

<sup>112</sup> Lord Woolf, *Rapport sur l'étude des méthodes de travail de la Cour européenne des droits de l'homme*, conseil de l'Europe, 2005, pp. 38-39 cité dans Sandrine Turgis, *Des barèmes devant la Cour européenne des droits de l'homme*, p. 128 in « Le droit mis en barèmes ? » (Sous la dir. de I. Sayn), ouvrage préc.

<sup>113</sup> S. Turgis, *Des barèmes devant la Cour européenne des droits de l'homme*. in *ibid*, p. 121 ; « Le Conseil constitutionnel a considéré que les articles 1728 et 1729 du Code général des impôts qui fixent des majorations fiscales sont conformes à la Constitution et notamment au principe d'individualisation de la peine ». Cons. Const 17 mars 2011, n°2010-104 QPC, Epoux B ; Cons. Const. 17 mars 2011, César S. et autres, n°2010-105/106 QPC ; M. Collet, *La question prioritaire de constitutionnalité en matière fiscale*, RJEP 2011, n°690, p. 3 cité dans *ibid*. p. 123.

<sup>114</sup> A. Bouilloux, *Histoire de la réparation des accidents du travail et des maladies professionnelles, le passage au forfait*, in « Le droit mis en barèmes ? » ouvrage préc. p. 164.

## b) La normalisation du dommage corporel en question

La plupart des ouvrages qui ont trait à la responsabilité médicale, avec une dimension souvent théorique, réserve une part minimale voire inexistante à la question des référentiels et des barèmes.

Pourtant, la controverse est au cœur de la matière. Elle avait d'ailleurs commencé dès les années cinquante à propos des accidents de la circulation lorsque le projet du Professeur Tunc avait soulevé de vives critiques<sup>115</sup>.

**Une problématique actuelle.** La discussion demeure sensible ; en 2006, la chancellerie a fait savoir qu'elle était « toujours attachée à défendre le principe de la réparation intégrale du dommage corporel. Pour cette raison, elle est fermement opposée à la mise en place d'un barème indemnitaire qui imposerait au juge une évaluation forfaitaire de l'ensemble des chefs de préjudice, au mépris de la singularité de la situation de chaque victime »<sup>116</sup>. C'est là une éternelle dispute qui ne fait pas l'unanimité en doctrine<sup>117</sup>.

En somme, le sujet est resté en suspens. En 2010, la Garde des Sceaux Christiane Taubira a annoncé que « la Chancellerie proposera un droit du dommage corporel rénové, qui pourrait consacrer plusieurs outils d'évaluation du dommage corporel commun à l'ensemble de ces dispositifs, tels qu'une nomenclature des postes de préjudices, un barème de capitalisation des rentes en capital, un barème médical d'invalidité unique, ou encore un référentiel indicatif national d'indemnisation élaboré à partir des décisions des juridictions »<sup>118</sup>.

Il nous semble qu'il n'est pas forcément pertinent d'élaborer un référentiel national généralisé qui serait, par la force des choses, contraignant. Nous trouvons plus judicieux de laisser la situation en l'état en y associant une banque de données évolutive et complète qui, à l'inverse de la proposition de loi Lefrand, ne prendrait en compte que les jurisprudences et non les transactions.

---

<sup>115</sup> « En 1965, le projet du professeur Tunc a suscité émotion et contestation en proposant que l'indemnisation des préjudices soit forfaitaire et établie selon un barème, et ce, quelle que soit la gravité de la faute dans les accidents relevant du droit de la circulation, préconisant, de surcroît, la suppression des préjudices moraux ». J-G. Moore, *La réparation du préjudice corporel : son évolution de 1930 à nos jours*, Gazette du Palais, 08 octobre 2013 n° 281, p. 5. ; A. Toulemon et J.-G. Moore, Gazette du Palais, Rec. 1966, I, doctr. p. 120 ; A. Toulemon et J.-G. Moore, *Le préjudice corporel et moral en droit commun*, éd. Sirey, 3<sup>e</sup> éd., 1965, p. 7 et s. ».

<sup>116</sup> Communiqué du 13 octobre 2006 après la réception de l'Association Victimes et Citoyens (AVEC) par Pascal Clément, ancien Garde des Sceaux.

<sup>117</sup> H. Groutel, *Réparation intégrale et barémisation : l'éternelle dispute*, Resp. civ. et ass. n°11, novembre 2006, repère 11 : « De toute évidence, les préjudices économiques ne supporteraient pas la barémisation. À maintes reprises, dans cette revue, nous avons écrit que la « réparation intégrale », ici, repose sur la croyance du juge, croyance selon laquelle la somme qu'il accorde répare intégralement le préjudice. Moyennant quoi, chacun a sa propre croyance - souveraine de surcroît - et, si le système est poussé à l'extrême, deux victimes ayant le même âge et le même taux d'incapacité permanente auront des valeurs du point différentes selon qu'elles sont jugées, l'une par le TGI de Bordeaux, l'autre par le TGI de Libourne (et, en caricaturant, selon que le président d'une chambre est de bonne ou de mauvaise humeur). Où est l'égalité ? Les juridictions sont si pénétrées de l'anormalité du système qu'elles se dotent d'un barème interne. Au moins l'égalité est-elle respectée à l'échelle de leur microcosme ».

<sup>118</sup> Répondant à une question d'Y. Krattinger, JO Sénat, 22 novembre 2012, p. 2636.

La nécessité d'une décision individualisée est au cœur du dommage corporel. Elle suppose que l'indemnité puisse répondre au cas d'espèce, selon les circonstances et les particularités de chacun (âge, loisirs, niveau de vie, environnement social, philosophie de vie). Aussi, le référentiel Mornet admet à titre introductif qu'« il est certain que chaque victime présente un cas particulier qui est fonction notamment de sa profession, de son âge, de l'incidence des faits sur ses revenus, etc... »<sup>119</sup>.

La cour d'appel de Paris note, elle aussi, dans son référentiel que l'usage d'un unique outil de référence est critiquable : « le barème qui est forfaitaire et abstrait est contraire à nos principes juridiques et notamment à l'indemnisation *in concreto*. Il subordonne le juge à l'expert alors qu'en droit français, les conclusions de l'expert ne sont qu'une aide à la décision du juge qui conserve sa pleine et totale liberté d'appréciation personnelle et n'est jamais lié par les conclusions de l'expert. En outre, le barème est rigide et figé et peut devenir obsolète ».

Aucune règle juridique n'impose l'utilisation d'un barème ou d'un référentiel ; le juge ne saurait être lié par un barème<sup>120</sup> (hormis le régime des accidents du travail et son barème indicatif d'invalidité qui lui est propre<sup>121</sup>, et la procédure devant les CRCI soumise au barème du concours médical)<sup>122</sup>. Théoriquement, la victime doit être replacée dans la situation où elle se trouvait avant la survenance du dommage sans s'enrichir, ni s'appauvrir.

La normalisation du dommage corporel est soumise au débat en France (1), comme à l'étranger (2). Il nous semble que cette réflexion devrait aboutir à promouvoir l'élaboration d'une banque de données (3).

### 1) *La normalisation du dommage corporel en France*

Différents arguments sont opposés :

#### **Selon les défenseurs d'un référentiel unique :**

- Un souci d'égalité (principe constitutionnel) : supprimer le caractère subjectif et aléatoire d'une réparation personnalisée, trop conditionnée par les circonstances et la juridiction. En effet, les juges du fond ont une appréciation souveraine et subjective d'une évaluation. Ainsi, ils n'ont pas tous une

---

<sup>119</sup> Introduction du référentiel inter-cour Mornet.

<sup>120</sup> « La cour d'appel, qui, par une décision motivée, sans être liée par un barème ni tenue de s'expliquer sur le choix des critères d'évaluation qu'elle retenait ou de suivre les parties dans le détail de leur argumentation, a souverainement apprécié l'existence et l'étendue des préjudices extra-patrimoniaux subis par Pierre X... ainsi que le montant des indemnités propres à en assurer l'entière réparation ». Cass. 2<sup>e</sup> civ, 21 avril 2005, n° 04-06.023, Bull. civ. II, n°112 ; « c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation de la valeur et de la portée des éléments de preuve qui lui étaient soumis que la cour d'appel a, par une décision motivée, sans être liée par un barème ni tenue de mieux s'expliquer sur la méthode d'évaluation qu'elle retenait, indemnisé comme elle l'a fait les souffrances endurées et le préjudice esthétique ». Cass. 2<sup>e</sup> civ, 8 avril 2010, n°09-11.634.

<sup>121</sup> Annexe du décret n°99-323 du 27 avril 1999.

<sup>122</sup> D. n°2003-314, 4 avril 2003.

perception identique d'une même évaluation ; d'où les différences dans les montants de l'indemnisation entre les cours d'appel qui révèlent des appréciations hétérogènes.

- Clarifier l'aspect indemnitaire : simplifier la matière afin que les professionnels et les justiciables ne se perdent pas dans les différents référentiels. Les juges sont confrontés durant leur carrière à différentes spécialités. Partant de ce constat, il est nécessaire de présenter une méthodologie pour ceux qui ne sont pas initiés comme le suggère le conseiller Benoît Mornet<sup>123</sup>.

Il déclarait à cet égard que « le juge n'évalue pas les préjudices en lisant dans une boule de cristal ; confronté à l'indemnisation du préjudice, le juge cherche des précédents. Et la recherche de précédents nous conduit nécessairement vers la notion de référentiel<sup>124</sup>. La question de l'évaluation du préjudice nécessite pour le juge d'avoir des repères, des références d'évaluation, au moins pour les préjudices extrapatrimoniaux, repères sans lesquels nous courrons à l'arbitraire du juge ; nous avons donc besoin d'un outil digne de confiance, lisible, respectable, souple, en d'autres termes, un référentiel indicatif d'évaluation »<sup>125</sup>.

Certains magistrats soutiennent la création d'un référentiel simplement méthodologique qui ne contiendrait pas de fourchettes<sup>126</sup>.

- La prévisibilité (sécurité juridique) : on évoque ici une référence commune grâce à laquelle les décisions de justice seraient moins aléatoires et donc déterminables en partie à l'avance. Cela permettrait aux assureurs de conserver une marge prévisionnelle et une visibilité.

- La nécessité de dé-judiciariser : il s'agit là d'éviter que les victimes exercent leurs actions devant une juridiction, en simplifiant la méthode, en favorisant les transactions : éviter bon nombre de procès selon les vœux du Président de la cour d'appel de Paris Jacques Degrandi<sup>127</sup> (seulement, il faut rappeler que le contentieux est toujours resté limité et cantonné aux préjudices les plus importants).

Les transactions pourraient être facilitées et plus justes si un outil existait, lequel constituerait une référence commune que pourrait utiliser une victime non assistée d'un avocat pour disposer de

---

<sup>123</sup> B. Mornet, *Pour un référentiel national d'indemnisation du dommage corporel*, Gazette du Palais, 3 juin 2010 n° 154, p. 8.

<sup>124</sup> B. Mornet, *Le référentiel indicatif régional d'indemnisation du préjudice corporel*, p. 214 in « Le droit mis en barèmes ? » ouvrage. préc.

<sup>125</sup> Ibid. p. 217.

<sup>126</sup> M-C. Lagrange (entretien avec), *Les référentiels d'indemnisation : un outil pertinent ?* Article cité, p. 24, Dossier cité : *les outils de l'indemnisation* : « Il ne s'agit pas d'être hostile par principe à un référentiel. Un tel outil me paraît intéressant s'il donne aux juges les bases de la méthode suivie par la cour d'appel dont ils relèvent pour procéder aux liquidations des postes de préjudice corporel, afin que soient évitées des erreurs techniques ou juridiques. Il doit alors s'agir d'un référentiel de méthodologie, d'une sorte de mini-manuel à l'usage de tous, des juges comme des avocats et des régleurs, qui doit faire l'objet d'une large diffusion auprès des acteurs de l'indemnisation. Dans ce cas, l'harmonisation des pratiques pourra être obtenue. Mais en aucun cas, ce ne doit et ne peut être un référentiel incluant des barèmes, même indicatifs, même sous forme de fourchettes ! ».

<sup>127</sup> Précité note 11.

repères<sup>128</sup>. On défend aussi le gain de temps important qui permettrait aux magistrats de rendre plus facilement compte de leur productivité<sup>129</sup>.

Pour toutes ces raisons, des auteurs considèrent que ce mouvement de normalisation ne doit pas être exclu de la responsabilité médicale, laquelle fait partie intégrante du droit commun de la responsabilité<sup>130</sup>.

Pour d'autres, la responsabilité médicale aurait une nature particulière. Cette différence est soulevée et assumée par ceux qui condamnent l'usage d'un référentiel unique.

### **Selon les détracteurs d'un référentiel unique :**

Décrit par les avocats des victimes comme une mine antipersonnel<sup>131</sup>, un référentiel unique pourrait selon eux présenter certains inconvénients :

- L'aspect forfaitaire qui s'oppose à la liberté d'appréciation du juge et à la réparation intégrale du préjudice : le juge ne deviendrait alors qu'un exécutant. Le juriste romain Ulpien voyait dans la symbolique du magistrat (un homme pas trop apprêté qui ne donne pas l'impression qu'on voit son corps propre), la recherche du juste et de la vérité<sup>132</sup>. La chose jugée était la façon apaisée de divulguer la vérité entre deux partis opposés.

Le référentiel indicatif national induit le développement d'une justice privée, considérablement simplifiée, dont le juge ne serait plus le régulateur naturel.

---

<sup>128</sup> H. Groutel, *Les barèmes d'indemnisation : échanges entre Hubert Groutel et Claude Lienhard*, Gazette du Palais, 10 avril 2010 n°100, p. 27 : « (...) La barémisation pourrait, dans certains cas, venir au secours de la victime, en ce sens que celle-ci serait préservée d'une transaction lésionnaire. On m'objectera qu'il faudrait que la transaction intervenue ait été dénoncée dans le délai de 15 jours, et qu'en pareil cas, faute d'être assistée par un avocat, la victime ne l'aurait pas fait. À quoi je répondrai : sans barème la situation serait la même. En revanche, avec un barème, il suffirait de modifier la loi pour que, d'une part, soit réputée, au sens de l'article L. 211-14 du Code des assurances, « manifestation insuffisante » l'offre inférieure à la limite basse du barème, d'autre part, le juge soit autorisé, dans cette hypothèse, à relever la victime de la forclusion de 15 jours. Puis on croiserait les doigts pour qu'un avocat passe par là et prenne enfin la situation en main ».

<sup>129</sup> *Le droit mis en barèmes ?* ouvrage préc, I. Sayn, *Les barèmes dans le fonctionnement du droit et de la justice*, p. 9 : De toute évidence, « Il n'est pas certain que cet outil soit effectivement un outil d'évitement du juge. Les données manquent pour répondre à cette question. Il est en revanche certainement conçu comme un outil mis au service du juge (notamment) pour lui faire gagner du temps, le recours à un barème devant lui permettre de décider plus rapidement sur les critères prédéterminés, et sous la réserve importante de la simplicité d'utilisation du barème. Ce possible gain de temps est d'autant plus apprécié des professionnels que la mise en place dans les juridictions des règles de management les contraint à rendre des comptes sur leur productivité ».

<sup>130</sup> S. Porchy-Simon, *L'utilisation des barèmes en droit du dommage corporel au regard des principes fondamentaux du droit de la responsabilité civile*, p. 204 in *ibid* : « La plupart des zéloteurs de la barémisation du dommage corporel s'appuie sur la spécificité des atteintes à la personne pour justifier une inflexion des principes directeurs de la responsabilité civile et légitimer, de façon corrélative, le principe de la barémisation. On remarquera donc que la réflexion s'inscrit dès le départ dans une démarche de rupture par rapport au droit commun de la responsabilité ».

<sup>131</sup> A. Boyer, *Référentiels d'indemnisation : des mines antipersonnel*, *Discours sur la méthode*, Gazette du Palais, 10 août 2010 n° 222, p. 5.

<sup>132</sup> France culture, *Le bien commun*, par Antoine Garapon, « L'office du juge », 7 juin 2012 - 15 : 00 avec le Professeur Boris Bernabé.

On favoriserait alors une justice réglée par les transactions afin d'éviter la menace du juge ; ce qu'on appelle parfois, et non sans aversion, le tranchant du droit. Cette démarche est inspirée d'un modèle contractuel plus proche des usages anglo-saxons. Paradoxalement, la magistrature a toujours mené « un combat séculaire mené sur le terrain pour déposséder le monarque de l'exercice de la justice, pour prendre en charge cette souveraine dette »<sup>133</sup>.

« Ne soyons pas aveugles : ces fourchettes et autres instruments constituent en eux-mêmes des barèmes avec tous les risques qu'ils impliquent, d'autant plus que la tendance future sera de ne disposer, sur tout le territoire national, que d'un seul référentiel ! Le risque le plus grave, à mon sens, est que les juges de première instance appliquent à la lettre les référentiels élaborés par la cour d'appel de leur ressort, et deviennent alors de simples juges de règlement, ce qui est strictement interdit par notre droit positif. Soit ils s'y conforment et la cour d'appel verra ses stocks se vider, soit ils résistent et alors la cour, qui statuera sur les appels interjetés, n'aura pas d'autre choix, sauf à se contredire, que d'appliquer son référentiel barémisant... Le juge perd son indépendance, qui lui est pourtant constitutionnellement garantie, et devient alors un gestionnaire de dossiers » met en garde un magistrat<sup>134</sup>.

- Un référentiel unique assécherait sa source : la jurisprudence : cette dernière se calquerait petit à petit sur le référentiel. De cette manière, la jurisprudence perdrait beaucoup de sa substance novatrice.

- L'intérêt des victimes : les référentiels revoient toujours à la baisse les postes de préjudice (surtout celui de l'ONIAM qui se généralise) tandis que la jurisprudence prend en compte les particularités de l'espèce afin de revaloriser certains postes.

Les arguments, régulièrement soulevés par les assureurs, malgré une coloration humaniste et irénique ont tout de même un objectif : au-delà d'une simple question de prévisibilité, il s'agit de réduire le montant des postes de préjudice.

Cette situation n'est favorable ni aux victimes, ni aux professionnels de santé. Les professionnels de santé doivent obligatoirement souscrire à une assurance. Il nous semble que la contrepartie de cette obligation est une indemnisation intégrale aux victimes des dommages occasionnés. A l'inverse, le secteur assurantiel (souvent associé au secteur bancaire) semble faire de l'assurance un produit spéculatif.

---

<sup>133</sup> J. Krynen, *L'idéologie de la magistrature ancienne : l'Etat de justice en France*, op. cité, p. 38.

<sup>134</sup> M-C. Lagrange (entretien avec), *Les référentiels d'indemnisation : un outil pertinent ?* Article cité, p. 24, Dossier cité : *les outils de l'indemnisation*.

En somme, cet outil devrait favoriser les transactions et les arrangements en privé<sup>135</sup>. Certes, la volonté d'éviter le procès par des procédures amiables peut sembler louable. Néanmoins, il ne faut pas perdre de vue que le procès, à l'inverse des transactions, apporte des garanties solides pour la victime<sup>136</sup>.

Il est aussi difficile de rendre compte de la souffrance<sup>137</sup> à travers une échelle qui se base uniquement sur des données objectives<sup>138</sup>.

Au philosophe Emil Cioran d'ajouter que « la souffrance n'est pas appréciable objectivement, car elle ne se mesure pas à une atteinte extérieure ou à un trouble précis de l'organisme, mais à la manière dont la conscience la reflète et la ressent. Or, de ce point de vue, toute hiérarchisation devient impossible »<sup>139</sup>.

- L'appréhension erronée de l'individu : Le philosophe Jean-Baptiste Prévost relève que « l'évaluation et la mesure ne sont jamais neutres, et gauchissent l'objet mesuré selon la nature même de l'outil d'évaluation et les différentes conceptions que l'on se faisait de cet objet ou du phénomène en question »<sup>140</sup>.

De sorte que la notion de victime moyenne est irréaliste et ne représente qu'un étalon vide car « le passage de la généralité d'une synthèse de cas à l'individu singulier, à la personne individuelle, est abusif et erroné »<sup>141</sup>.

Il précise que « c'est précisément parce que l'homme moyen est tout le monde, qu'il n'est personne. L'homme moyen, la victime moyenne est, au sens propre, personne. Une abstraction vide. Tout individu est nécessairement un écart singulier par rapport à cet homme moyen qui, à proprement parler, n'existe pas »<sup>142</sup>. Ainsi, il constate que « les impératifs de productivité et d'économie caractéristiques de l'idéologie gestionnaire, qui sont au fondement des barèmes, heurtent de front les principes séculaires qui régissent l'ordre juridique »<sup>143</sup> et regrette que « l'uniformisation du contentieux, sans doute pratique du point de vue comptable, se paye ainsi du risque de l'abstraction et de la rigidité. Le contentieux

---

<sup>135</sup> On est parfois en droit de se demander si l'assurance remplit toujours sa fonction de mutualisation des risques au profit d'une fonction de spéculation ; les activités bancaires et assurantielles se confondent aujourd'hui. De plus, ces dernières ne sont pas forcément sollicitées dans les grandes affaires de santé publique (sang contaminé, Médiateur...)

<sup>136</sup> F. Bibal, *transaction : le point de vue de l'avocat, L'indemnisation du dommage corporel : une réparation à géométrie variable, Compte-rendu du Colloque organisé par le Conseil national des barreaux le 28 novembre 2007*, Gazette du Palais, 19 avril 2008 n°110, p. 30.

<sup>137</sup> La souffrance, cette « région infiniment compliquée, d'une vertigineuse subjectivité » aurait dit Cioran ; *Sur les cimes du désespoir*, Paris, L'Herne, Le livre de poche, 1990, p. 11.

<sup>138</sup> G. Mor, *Réparer la souffrance*, p. 18, art. préc.

<sup>139</sup> E. Cioran, *Sur les cimes du désespoir*, op. préc.

<sup>140</sup> J-B. Prévost, *l'homme moyen ou l'étalon vide : réflexions sur la dérive gestionnaire des barèmes dans les outils de l'indemnisation* (dossier cité), Gazette du Palais, n°314 à 315, p. 8.

<sup>141</sup> Ibid.

<sup>142</sup> Ibid, p. 9.

<sup>143</sup> Ibid, p.7 ; très justement résumé par un avocat « je souhaite tordre le cou à ce serpent de mer qui consiste à dire que les jurisprudences sont hétérogènes, en matière d'indemnisation. La géométrie variable de l'indemnisation s'explique par une grande variation dans l'intensité du préjudice, pour un même traumatisme. L'instauration d'un barème serait la négation de la réparation intégrale. L'équité n'est pas l'uniformité ». M-A. Ceccaldi, *L'indemnisation du dommage corporel : une réparation à géométrie variable*, Gazette du Palais, 19 avril 2008 n° 110, p. 15.

devient alors un contentieux de masse, susceptible d'être soumis à une forme de standardisation et de taylorisation judiciaire »<sup>144</sup>.

Le barème repose aussi tout entier sur une appréciation qui n'est pas exempte de subjectivité. L'appréciation d'un 2/7 ou d'un 5/7 peut varier de manière importante d'un expert à un autre ; c'est au juge de trouver un point d'équilibre.

A la critique récurrente des écarts d'indemnisation entre les juridictions, il faut répondre que « les disparités dans le traitement indemnitaire des victimes ne sont rien moins que le corrélat logique de la disparité effective entre les préjudices endurés par les victimes, que le droit de la responsabilité a, faut-il le rappeler, vocation à réparer. On évoque ainsi la nécessité d'y mettre un terme à travers du droit mou défiant tout contrôle et toute légitimité (...) »<sup>145</sup>.

Pour conclure, une décision de justice est fondamentalement conçue comme une décision individualisée qui découle d'une règle générale et abstraite<sup>146</sup>. La vérité judiciaire est aussi « réductrice face à la multiplicité et à la diversité, au caractère ondoyant des hommes »<sup>147</sup>.

- L'expert pourrait devenir un juge : l'expertise jouerait un rôle prépondérant dans le cas où un référentiel unique serait applicable.

Le juge n'est pas en mesure de contester l'échelle donnée par un expert médical. Il transposera donc les données de l'expert au référentiel sans le filtre nécessaire entre l'expertise et la décision de justice.

En plus d'une sous-évaluation latente des préjudices, une marginalisation progressive de la place du juge est possible. La sujétion se déploierait d'une part à l'égard de ces outils mais aussi à l'égard du médecin expert dont la cotation serait déterminante.

La relation entre le juge et l'expert, si elle est subtile, pourrait être déséquilibrée dans le cas où un référentiel unique serait en usage. Le scientisme ainsi appliqué à la prise de décision trouverait un parallèle direct avec la cotation expertale.

- Les moyennes des référentiels sont subjectives : elles ne tiennent pas compte des minima et des maxima à l'appui d'un écrêtage.

---

<sup>144</sup> Ibid. p. 11.

<sup>145</sup> J-B. Prévost, *Justice de la justesse : à propos de la réparation du dommage corporel*, Gazette du Palais, 31 janvier 2009 n° 31, p. 6.

<sup>146</sup> « Le droit mis en barèmes ? », (Sous la dir. de I. Sayn), ouvrage préc., I. Sayn, *Les barèmes dans le fonctionnement du droit et de la justice*, p. 13.

<sup>147</sup> C. Grellier, P. Bilger, J. Vebret, *Le Besoin de justice*, Editions Plume, 1990, Paris, 197 p, p. 51.

- L'affaiblissement de la spécialisation du dommage corporel : les avocats spécialisés en dommage corporel interviennent dans un domaine très spécifique. Il faut prendre le temps de chiffrer et de justifier les préjudices subis. C'est un travail où la dimension humaine est très forte. Un référentiel unique pourrait remettre en cause la légitimité de ces derniers. Naturellement, ils s'inquiètent alors du devenir de la fonction même de conseil<sup>148</sup>.

Le débat sur la normalisation se cristallise davantage entre les avocats et les assureurs<sup>149</sup>.

Pourtant, les magistrats avaient, dans un autre domaine, montré une opposition assez nette envers un barème d'application obligatoire<sup>150</sup>.

***La question des référentiels : un problème épineux pour le législateur.*** La question d'un référentiel d'indemnisation national a été longuement débattue pendant les travaux préparatoires de la proposition de loi (n°2055 et 2297) de M. Guy Lefrand visant à améliorer l'indemnisation des victimes de dommages corporels à la suite d'un accident de la circulation.

Elle a été unanimement rejetée en première lecture pour les raisons précitées : « le dommage corporel, source d'un préjudice subi par une personne humaine, ne saurait faire l'objet d'un quelconque tarif ou barème. Même précédé d'un avertissement, un référentiel induirait l'idée que l'indemnisation doit se couler dans un moule. Dans l'économie générale de la présente proposition de loi, telle que l'ont voulue ses auteurs, l'élaboration d'un référentiel n'a donc pas sa place »<sup>151</sup>.

La problématique est réapparue lors de débats à propos de la loi dite Fourcade (loi n°2009-879 portant réforme de l'hôpital), concernant cette fois un barème. L'article 24 de ladite loi prévoyait en son article 24 la création d'un « un barème médical unique d'évaluation des atteintes à l'intégrité physique et psychique applicable à tout régime d'indemnisation intégrale au titre de la responsabilité civile fixé par décret ». Cet alinéa a fait l'objet d'une proposition d'amendement n°39 (rejetée) en deuxième lecture à l'Assemblée Nationale avant d'être censuré comme cavalier législatif. L'amendement exposait plusieurs raisons dans le sillage de celles que nous avons déjà avancées. Les arguments étaient tout à fait pertinents sur le fond mais ils opéraient encore une fois une confusion entre un barème et un référentiel.

---

<sup>148</sup> « Le droit mis en barèmes ? » (Sous la dir. de I. Sayn), ouvrage préc., I. Sayn, *Les barèmes dans le fonctionnement du droit et de la justice*, p. 10.

<sup>149</sup> *Accidents médicaux : Faut-il réformer la loi Kouchner ?* Le médecin de France, le journal de la CSMF, 31 mai 2009, n°1127, p. 11 : « C'est pourtant le principe même de référentiel que combat Bénédicte Papin, avocate, représentante de l'association nationale des avocats de victimes de dommages corporels. Pour elle, ce genre de barème viole le principe de la réparation intégrale du préjudice subi, méprise la singularité de la victime, fige les choses, et enserme la victime dans des limites très étroites. Les assureurs estiment au contraire qu'un tel référentiel a le mérite d'exister. Jean-Yves Nouy, directeur général de la société hospitalière d'assurance mutuelle (SHAM), reconnaît qu'il l'utilise. Pour Nicolas Gombault, directeur général du Sou médical, il donne une prévisibilité au malade, il est complet, et est de nature à apporter aux victimes une égalité de traitement au plan national.

<sup>150</sup> P. Ancel et B. Munoz-Peres, *Enquête sur les pratiques et opinions des juges aux affaires familiales en matière de fixation de la contribution à l'entretien de l'enfant*, in I. Sayn (dir.), « un barème pour les pensions alimentaires ? », Paris, La Documentation Française, Perspectives sur la justice, 2002.

<sup>151</sup> <http://www.assemblee-nationale.fr/13/amendements/3623/362300039.asp>

Selon les auteurs de l'amendement, un barème « paralyserait le juge (...), aboutirait à violer le principe fondamental de la réparation intégrale (...), aurait l'effet pervers de figer les données recensées et de contrarier tout le bénéfice de la base de données (...), serait trompeur pour les victimes qui, s'y référant à titre officiel, se dispenseraient de consulter un avocat spécialisé (...) »<sup>152</sup>.

Il nous semble que le danger ne provient pas tant d'une nomenclature ou d'un barème unique mais d'un référentiel national d'indemnisation avec des sommes chiffrées et déterminées à l'avance.

Le Professeur Stéphanie Porchy-Simon le concède : « on peut en effet appréhender que, sur le moyen terme, tout référentiel ne devienne, par la force des habitudes, un simple barème d'où le juge ne s'écartera que dans des circonstances tout à fait exceptionnelles »<sup>153</sup>.

A cette fin, on peut prendre quelques exemples de droit comparé (2) pour appuyer la nécessité en France d'une banque de données (3).

## 2) *La normalisation du dommage corporel : exemples de droit comparé*

Toutes les législations européennes connaissent, avec des formulations diverses<sup>154</sup>, le même principe de réparation intégrale à l'image de la résolution de 1975 adoptée par le comité des ministres du Conseil de l'Europe relative à la réparation des lésions corporelles et de décès.

Assurément, les dispositions générales rappellent ni plus, ni moins le principe de réparation intégrale que nous connaissons en France : « la personne qui a subi un préjudice a droit à la réparation de celui-ci, en ce sens qu'elle doit être replacée dans une situation aussi proche que possible de celle qui aurait été la sienne si le fait dommageable ne s'était pas produit ».

La controverse sur la normalisation du dommage corporel a eu lieu dans plusieurs pays.

Au Maroc, les préjudices sont définis de manière limitative par la loi ainsi que leur méthode d'évaluation<sup>155</sup>. Le constat est le même en Italie où, pour calculer l'indemnisation, les juges utilisent des tableaux qui ont désormais une diffusion nationale<sup>156</sup>. En Argentine, on déplore une certaine utilisation irrationnelle des barèmes compensatoires<sup>157</sup>.

---

<sup>152</sup> Ibid.

<sup>153</sup> S. Porchy-Simon, *L'utilisation des barèmes en droit du dommage corporel au regard des principes fondamentaux du droit de la responsabilité civile*, p. 211 in « Le droit mis en barèmes ? », ouvrage. préc.

<sup>154</sup> C'est ce qui ressort de l'ouvrage : *L'indemnisation*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Société de législation comparée, Journées Québécoises, Tome LIV / 2004.

<sup>155</sup> H. Besri, *Rapport marocain : le préjudice corporel*, p. 649 in « L'indemnisation », Travaux de l'Association Henri Capitant, op. cité.

<sup>156</sup> G. Visintini, *Rapport italien : le préjudice corporel*, p. 633 in ibid.

<sup>157</sup> H. P. Iribarne, *Le préjudice corporel : rapport argentin*, p. 511 in ibid.

Ce mouvement général est souvent justifié par des considérations économiques. Il devrait pourtant susciter une certaine inquiétude car le système de référentialisation, sous son apparente simplicité, n'est pas forcément plus satisfaisant.

***L'exemple espagnol.*** Le cas espagnol apporte un éclairage sur la normalisation du dommage corporel : le système évolue vers une barémisation obligatoire en matière d'accidents de la circulation<sup>158</sup>.

Les raisons sont similaires à celles que nous connaissons en France : la nécessité de simplifier le contentieux et d'accélérer le processus d'indemnisation sous la pression du secteur assurantiel.

La loi du 8 novembre 1995<sup>159</sup> établit en Espagne un système d'évaluation basé sur un barème unique applicable à la réparation des dommages corporels causés par les accidents de la route. On peut souligner la place centrale des assureurs dans l'élaboration de cette loi illustrée par leur dénomination de superviseur de ladite loi.

Par analogie, le barème est aujourd'hui applicable à tous les dommages occasionnés à la personne car il constitue un repère commode pour les tribunaux.

Les avocats utilisent eux-mêmes le barème aux fins d'établir leurs honoraires en fonction du chiffrage de leur dossier. Pourtant, l'instauration d'un tel barème donne à la société l'impression que le corps humain et ses fonctionnalités ont un prix fixe indépendamment du principe de dignité de la personne humaine<sup>160</sup>. Ainsi, les auteurs espagnols invitent leur législateur à trouver un meilleur équilibre<sup>161</sup>.

***Vers une réflexion à l'échelle européenne ?*** Il serait très intéressant de faire un travail de fond sur le dommage corporel à l'échelle européenne, sans entrer dans une uniformité généralisée qui ne sied pas à des systèmes juridiques très distincts. Des rapprochements peuvent être possibles, des perspectives au moins.

Par exemple, les systèmes français et anglais sont largement dominés par le principe de la réparation intégrale parfois critiquée, notamment au regard des préjudices non économiques. En Angleterre toutefois, l'évaluation des dommages-intérêts est un problème de droit (le législateur intervient parfois pour fixer lui-même certains chefs de préjudice).

En France, cette évaluation est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond<sup>162</sup>. On pourrait aujourd'hui songer à l'élaboration d'une banque de données afin de concilier les parties en présence.

---

<sup>158</sup> F. Mariscal, G. Gonzalez, *Les systèmes d'indemnisation des dommages corporels*, Gazette du Palais, 10 novembre 2012 n° 315, p. 25.

<sup>159</sup> L. n°30/1995, 8 novembre 1995, ley de ordenación y supervisión de los seguros privados.

<sup>160</sup> Ibid. p. 30.

<sup>161</sup> Ibid. p. 30.

<sup>162</sup> G. Viney et B. Markesinis, *La réparation du dommage corporel. Essai de comparaison des droits anglais et français*. In « Revue internationale de droit comparé ». Vol. 38 N°3, Juillet-septembre 1986. pp. 997-999. Commentaire du Professeur Georges Durry.

### 3) *La normalisation du dommage corporel : la nécessité d'une banque de données.*

La banque de données est un ensemble d'informations organisées et classées informatiquement, elle concerne le plus souvent des jurisprudences<sup>163</sup>.

Elle nous semble un complément pertinent pour une individualisation approfondie car elle permet une réflexion plus large associée à différents cas d'espèces. Un référentiel est impersonnel, neutre, limité ; il y a simplement un chiffrage qui n'est pas relié à un cas concret. Un référentiel ou un barème peut vite être dépassé alors qu'une banque de données est un outil dynamique<sup>164</sup>.

Un tel projet a déjà été évoqué dans le passé à propos des accidents de la circulation<sup>165</sup>.

***La banque de données : un outil intermédiaire ?*** Selon l'avocat Frédéric Bibal : « la base de données renseigne, informe, développe le sens critique, replace un choix indemnitaire dans son véritable contexte jurisprudentiel. L'opposition base de données/référentiel exprime au fond, sur la question des instruments de chiffrage, toute la différence entre les partisans d'un droit vivant et les nostalgiques de la normalisation désindividualisée »<sup>166</sup>.

Le débat sur les barèmes a d'ailleurs déjà eu lieu en droit de la famille ; des auteurs ont préconisé (sans succès) cet outil pour fixer la prestation compensatoire<sup>167</sup>.

En droit médical, une banque de données unique avec toutes les jurisprudences des cours d'appel peut parfaitement donner des indications précises et nourrir la réflexion du juge. Des tables de jurisprudences peuvent aussi être établies à titre comparatif.

La banque de données JURICA (édition Dalloz) contient plus de 500 000 décisions de cours d'appel. Un tel volume permet d'éviter une sélection intéressée des arrêts et d'obtenir une vision beaucoup plus large des espèces déjà traitées<sup>168</sup>.

---

<sup>163</sup> Exemple : La base JuriCA regroupe l'intégralité des arrêts de cour d'appel depuis 2008 voir 2005 selon l'éditeur (Dalloz).

<sup>164</sup> C. Cousin, *Le débat sur le référentiel indicatif de l'indemnisation du préjudice corporel des cours d'appel à l'heure des bases de données*, JCP G, n°17, 24 avril 2017, p. 483. Les bases de données « en plus d'apporter une solution, démontrent que ce débat va prochainement être dépassé ».

<sup>165</sup> J-G. Moore, *Gazette du Palais*, 19 avril 2008 n° 110, p. 35 : « Le projet de constituer une banque de données globale n'est pas nouveau. Il figurait déjà dans la loi de 1985. À la suite de cette loi, la banque de données a été créée. Elle a d'ailleurs été publiée pendant plusieurs années dans les colonnes de la *Gazette du Palais* mais, faute de précisions sur l'incidence professionnelle de l'IPP par exemple, cette banque s'est révélée inefficace et dépourvue d'intérêt ».

<sup>166</sup> F. Bibal, *Gazette du Palais*, n°357 à 358, pp. 45-46.

<sup>167</sup> Certains ont évoqué la possibilité d'instituer des barèmes nationaux uniques d'évaluation de la prestation compensatoire afin d'uniformiser les décisions d'une juridiction à l'autre. Cette proposition a été rejetée (Rép. min. n°70605, JOAN 8 avril 2002, p. 1920).

<sup>168</sup> « Le droit mis en barèmes ? », ouvrage préc., I. Sayn, *Les barèmes dans le fonctionnement du droit et de la justice*, p. 5 : « la création de la base JURICA, qui contient l'ensemble des décisions rendues par les cours d'appel, facilite ce type de démarche en permettant des recherches sur les pratiques habituelles observées dans les arrêts, comme le rappelle M. Dintilhac. Mais encore faut-il se donner des moyens de recherches suffisants, susceptibles de produire des connaissances statistiquement fiables de ces usages ».

De plus, l'élaboration de cet outil par un éditeur privé évite le risque de l'impartialité car ne sont pas des jurisprudences préalablement sélectionnées par les associations d'avocats ou les assureurs<sup>169</sup> (l'ANADAVI dispose déjà de sa propre banque de données à titre de référence<sup>170</sup>).

Le Professeur Stéphanie Porchy-Simon considère à ce titre que « le besoin de référence du juge n'en demeure pas moins une réalité et le développement de réelles banques de données, sous l'égide des pouvoirs publics, pourrait sans doute constituer une réponse à cette nécessité, en harmonie avec les principes directeurs animant cette matière »<sup>171</sup>.

Si une banque de données voit le jour, elle devra impérativement être basée sur les décisions de justice et non sur les transactions comme le préconisait la loi Lefrand<sup>172</sup>. Les magistrats disposent déjà de ressources intranet pour consulter les décisions de justice<sup>173</sup>.

Le mérite d'une banque de données est de donner du sens à un cas particulier grâce à la pluralité des exemples. Au philosophe Ludwig Wittgenstein de rappeler que « seuls des faits peuvent exprimer un sens (...) il est dans la nature de la proposition de pouvoir nous communiquer un sens nouveau »<sup>174</sup>.

L'usage d'une banque de données ne doit pas pour autant éclipser le problème de la formation initiale qui constitue la source principale des savoirs professionnels<sup>175</sup>.

***La banque de données : un outil qui préserve la dynamique jurisprudentielle.*** La banque de données est un outil équilibré qui limite les risques de scléroser la jurisprudence comme le défend le magistrat Marie-Christine Lagrange : « les outils mis à sa disposition sous la forme de référentiels permettent une homogénéisation des méthodes mais ont de graves conséquences dès lors qu'ils risquent de figer la jurisprudence et d'uniformiser, sans aucune individualisation, l'indemnisation des victimes.

---

<sup>169</sup> D. Tapinos, *L'appréhension du dommage corporel par la doctrine juridique*, Gazette du Palais, 2013, n°46 à 47, p. 25 : « il reste qu'il serait illusoire de croire qu'une doctrine unique puisse se dégager de groupes d'intérêts aussi divergents que le sont ceux des victimes ou des assureurs. Ainsi, selon qu'elles auront été sélectionnées par l'ANADAVI ou l'AREDOC, il est fort à parier que non seulement les décisions de justice risquent de ne pas être les mêmes, mais que leur analyse et leur interprétation varient également ».

<sup>170</sup> C. Bernfeld, F. Bibal, Gazette du Palais, 31 janvier 2009 n° 31, p. 20 : « en l'absence d'une base de données nationale fiable, l'ANADAVI a conçu, en interne, une base de données regroupant les décisions obtenues par ses membres, outil qui, par nature, ne peut être mis à la disposition du public ».

<sup>171</sup> S. Porchy-Simon, *L'utilisation des barèmes en droit du dommage corporel au regard des principes fondamentaux du droit de la responsabilité civile*, p. 211 in « Le droit mis en barèmes ? », ouvrage. préc.

<sup>172</sup> B. Mornet, *Le référentiel indicatif régional d'indemnisation du préjudice corporel*, p. 218 in « Le droit mis en barèmes ? », ouvrage. préc : « On sait que les transactions représentent 95% des dossiers de dommages corporels, mais seulement 55% des indemnités versées, ce qui signifie *a contrario* que les 5% traités par la justice représentent 45% des indemnités payées ».

<sup>173</sup> V. Lamanda : « C'est dans les juridictions du premier et du second degré que vit la loi, telle qu'elle est appliquée au quotidien pour nos concitoyens. Longtemps, les juges ont été privés de la consultation exhaustive des décisions rendues dans des litiges comparables à ceux dont ils étaient saisis. Cette lacune est désormais comblée. La base de données Jurica, que gère notre Cour et qui est alimentée quotidiennement, réunit la quasi-totalité des arrêts civils des cours d'appel, soit environ 180 000 par an. Elle sera prochainement étendue au domaine pénal. Tous les magistrats ont vocation à l'interroger sur le site intranet de la Cour de cassation ».

[http://www.courdecassation.fr/cour\\_cassation\\_1/occasion\\_audiences\\_59/debut\\_annee\\_60/discours\\_m.\\_lamanda\\_14858.html](http://www.courdecassation.fr/cour_cassation_1/occasion_audiences_59/debut_annee_60/discours_m._lamanda_14858.html)

<sup>174</sup> L. Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus*, Paris, Gallimard, Tel, 2001, 128 p, p. 42 et p. 54.

<sup>175</sup> Article cité, *les outils de l'indemnisation*, Gazette du Palais, n°314 à 315, p. 6 : si « les conditions de l'élaboration d'une base de données publique sont simples et peu coûteuses (...) mais aussi performants et maniables soient-ils, ces outils ne remplaceront jamais la source première de tout savoir professionnel : les formations initiales et continues (...) ». La formation en dommage corporel est réalisée sur quelques jours à l'ENM.

En complément de cette méthodologie, seule une base de données jurisprudentielle la plus complète possible devrait permettre de garantir le respect du principe de la réparation intégrale des dommages corporels. (...) C'est d'autant plus vrai dans le cas des dossiers d'indemnisation : chaque victime est différente et les conséquences de ses préjudices sont donc différentes de celles d'une autre victime, quand bien même elle aurait les mêmes cotations expertales »<sup>176</sup>.

Ce travail d'envergure appelle un consensus et une large diffusion<sup>177</sup>. Le sujet de la normalisation du dommage corporel est encore loin de susciter l'assentiment général car la doctrine n'est pas unanime. Ces dissensions illustrent combien il est aujourd'hui nécessaire de trouver un outil pertinent.

La doctrine doit occuper une place de premier plan dans la conceptualisation du dommage corporel. Reste que pour celle-ci, le phénomène de régulation du dommage corporel se limite souvent à une éternelle dispute<sup>178</sup>.

*L'existence d'un débat doctrinal entre les tenants d'une appréciation subjective ou objective du préjudice.* Certains auteurs sont pragmatiques : « il faut déterminer si l'on est plutôt favorable à une appréciation objective du préjudice, où égalité rime alors avec uniformité, ou bien si l'on est favorable à une appréciation subjective du préjudice, en fonction des particularités de chaque situation dommageable » annonce Laurent Neyret<sup>179</sup>.

D'autres contributions prennent position, le Professeur Geneviève Viney affirme que « pour les préjudices purement moraux, il me paraît en revanche inévitable de faire une place aux barèmes, avec des nuances »<sup>180</sup>.

A l'inverse, la plupart des avocats demeurent hostiles à une normalisation du dommage corporel : « l'abaque du Le Roy schématisait la jurisprudence existante qui reflétait la réalité des dossiers soumis au juge, tandis que les grilles actuelles sont faites en amont et veulent imposer une adaptation de la jurisprudence. On a ainsi glissé insidieusement d'un mécanisme d'observation à un formatage. Ne serait-il pas temps de revoir en profondeur notre réflexion sur le sujet ? Ne convient-il pas d'associer les représentants des victimes à l'élaboration d'outils en se gardant de tout scientisme ? » se demande Dominique Arcadio<sup>181</sup>.

---

<sup>176</sup> M-C. Lagrange (entretien avec), *Les référentiels d'indemnisation : un outil pertinent ?* Article cité, p. 22.

<sup>177</sup> Ibid. p. 24 : L'auteur précise « qu'à la cour d'appel de Paris, l'élaboration d'un référentiel en 2011 correspondait également au souci d'améliorer la productivité des magistrats dans le cadre des impératifs de gestion des tribunaux ».

<sup>178</sup> H. Groutel, *Resp. civ. et. assur.* n°11, novembre 2006, repère 11.

<sup>179</sup> L. Neyret, *Une évaluation à dimensions variables*, *Gazette du Palais*, 2006, n°42, p. 16.

<sup>180</sup> G. Viney, *Gazette du Palais*, 2007, n°42, p. 51.

<sup>181</sup> D. Arcadio, *Gazette du Palais*, 2011, n°337, p. 10.

***La prudence des cours suprêmes dans l'usage de référentiels.*** La doctrine est le miroir de la confusion qui règne au sein du contentieux, que ce soit devant la Cour de cassation ou le Conseil d'Etat<sup>182</sup>.

La Cour de cassation affiche des opinions très feutrées en admettant qu'une « telle harmonisation est cependant plus complexe à mettre en œuvre dans la mesure où elle ne doit pas porter atteinte à l'office du juge consistant à déterminer dans les différentes situations qui lui sont soumises l'étendue du préjudice effectivement subi par chaque victime afin d'en assurer une réparation intégrale. L'évaluation des préjudices ne peut donc reposer sur la seule application d'un barème ; les incidences économiques d'une même atteinte corporelle variant, à titre d'exemple, suivant l'activité exercée »<sup>183</sup>.

La question, il est vrai, n'est pas prise à bras-le-corps et personne ne connaît véritablement la portée juridique de ces outils. C'est le fameux « pas vu pas pris » qui prévaut pour l'utilisation de ces derniers comme le soulignait le Professeur Laurent Bloch dans son article au ton ironique : « barèmes et tables de référence : chut... c'est interdit ».

Les barèmes n'ont pas, en principe, de valeur juridique ; ils peuvent « être insérés dans la catégorie des petites sources : ils orientent le sens d'une règle, régulent les pratiques d'un secteur donné et viennent prolonger ou suppléer les dispositions juridiques »<sup>184</sup>.

***La prohibition de principe de l'usage exclusif d'outils de chiffrage pour évaluer le préjudice.*** On sait pertinemment que les magistrats en font déjà usage mais il s'agit d'être discret, de ne pas indiquer ostensiblement que l'on délaisse son appréciation à la lumière des outils existants.

Les cours d'appel ont permis, non sans maladresse, de donner aux détracteurs des barèmes, un argument de taille en indiquant qu'elles se sont prononcées exclusivement sur la base d'un tel outil. La Cour régulatrice a indiqué, par principe, qu'elle s'opposait à l'utilisation exclusive de tels outils<sup>185</sup>. Il apparaît donc nécessaire de jouer la carte de l'hypocrisie<sup>186</sup>.

---

<sup>182</sup> « En définitive, la situation manque de transparence, et ce d'autant plus qu'elle échappe au contrôle du Conseil d'Etat. En droit privé, la situation n'est guère différente puisque la Cour de cassation tolère l'utilisation discrète des référentiels mais censure les arrêts qui en font une mention expresse (Cass 2<sup>e</sup> civ, 22 novembre 2012, n° 11-25.988, D. 2013. 2658, obs. S. Porchy-Simon ; v. sur ce point, L. Bloch, *Barèmes et tables de référence : chut... c'est interdit*, RCA 2013. Alerte 41) ».

<sup>183</sup> Rapport annuel de la Cour de Cassation dédié à la santé 2007, troisième partie, p. 278.

<sup>184</sup> « Le droit mis en barèmes ? » ouvrage préc, I. Sayn, *Les barèmes dans le fonctionnement du droit et de la justice*, p. 13.

<sup>185</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 22 novembre 2012, n° 11-25.988 : JurisData n° 2012-026770 ; Resp. civ. et ass. 2013, comm. 50 ; Resp. civ. et ass. 2013, repère 2, H. Groutel.

<sup>186</sup> Resp. civ. et ass. 2013, repère 2, H. Groutel : « En l'état, la France joue la carte de l'hypocrisie. Les barèmes existent, ceux des magistrats, ceux des assureurs, ceux des associations de victimes, ceux des avocats... Ils existent mais il ne faut pas s'en servir, du moins il ne faut pas le dire. À défaut, les imprudents, qui osent le faire, ne manqueront pas de subir les foudres des Hautes juridictions. Cette aventure est arrivée à une cour d'appel qui avança sans fard que « que la perte d'un être cher n'a pas de prix car aucune valeur monétaire ne peut remplacer une vie ni qualifier des souffrances morales ; qu'il convient de rester dans les limites de certains barèmes car toute indemnisation a ses limites, en tenant compte, à la fois, des circonstances particulières de la disparition de M. E. et des barèmes existants ».

Plus récemment, la cour d'appel d'Angers<sup>187</sup> a, dans un autre domaine, tenté d'utiliser une table de référence. L'arrêt fut cassé par la Cour de cassation qui jugea que les circonstances de l'espèce n'avaient pas été prises en compte<sup>188</sup>.

La position de la Cour de cassation nous semble justifiée et on peut regretter certaines formulations des juges du fond, à savoir que l'indemnisation doit être limitée selon des barèmes.

La Cour de cassation ne condamne pas l'usage de référentiels, à condition que l'évaluation ne repose pas exclusivement sur eux<sup>189</sup>.

De l'aveu de certains magistrats, « il n'est pas possible de nier l'existence de certaines disparités d'appréciation au sein du monde judiciaire en ce qui concerne l'évaluation des différents chefs de préjudice »<sup>190</sup>.

Peut-on alors soutenir que l'hypocrisie est réelle ? La Cour régulatrice protège l'office du juge, les juges du fond essayent tant bien que mal de trouver des modes de calcul satisfaisants quitte à utiliser des motifs critiquables. Les magistrats ne sauraient renoncer à leur pouvoir d'appréciation en soumettant leur décision à une norme nouvelle mais peuvent s'appuyer sur un barème pour prendre leur décision. Par exemple, « justifie sa position la cour d'appel qui, pour évaluer le taux d'incapacité permanente partielle subie par une victime, à la suite d'un accident, fait état d'un barème dès lors qu'en procédant ainsi elle ne s'est nullement prononcée par voie de disposition générale et réglementaire mais a, au contraire, tenu compte des données concrètes de l'espèce auxquelles elle s'est expressément référée »<sup>191</sup>.

Il est préférable que le législateur n'intervienne pas pour délimiter un cadre trop restreint ; tous les outils sont évolutifs : la nomenclature, les barèmes, les référentiels.

Si ces différents arrêts sont symptomatiques d'une confusion ou d'un tâtonnement dans la liquidation du préjudice corporel, la Cour de cassation n'a jamais manqué de rappeler, dans ce bric-à-brac d'outils et de méthodes, que les grands principes qui ont trait à l'office du juge doivent toujours prévaloir.

Pour autant, le choix d'un référentiel n'est pas sans conséquences ; une comparaison pourra illustrer cette affirmation. Avant de faire cette comparaison, nous proposons de définir les six postes de préjudices de la nomenclature *Dintilhac* que nous allons comparer.

---

<sup>187</sup> CA, Angers, 13 février 2012, n° 10/03130.

<sup>188</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 23 octobre 2013, n° 12-25.301, FS-P+B+I : JurisData n° 2013-023208.

<sup>189</sup> C. Corgas-Bernard, *Les barèmes, un instrument pertinent d'harmonisation du droit de la réparation du dommage corporel ?* RGDM, n°31, juin 2009, p. 173.

<sup>190</sup> Ibid, p. 174, citant S. Stankoff, *la réparation du préjudice corporel par le juge judiciaire*, in « l'Indemnisation du dommage corporel : une réparation à géométrie variable », précité.

<sup>191</sup> Crim. 26 juin 1984, Bull. crim, n°243.

### Comparatif chiffré des référentiels

Définition des postes comparés selon le rapport annuel de 2007 de la Cour de Cassation dédié à la santé<sup>192</sup>.

- Pour la victime directe

Pour les préjudices patrimoniaux temporaires :

**Le déficit fonctionnel permanent** : résulte du taux d'incapacité fonctionnel et indemnise le déficit physiologique définitif de la victime, la douleur permanente qu'elle ressent, la perte de la qualité de vie et les troubles dans les conditions d'existence qu'elle rencontre au quotidien après sa consolidation, la perte d'autonomie personnelle qu'elle vit dans ses activités journalières ainsi que tous les déficits fonctionnels spécifiques qui demeurent même après la consolidation.

Il est possible d'indemniser ce préjudice au moyen d'un capital ou d'une rente indexée affectée d'une clause de révision.

**Le préjudice esthétique permanent** : répare les atteintes physiques et plus généralement les éléments de nature à altérer l'apparence physique de la victime tels que les cicatrices. Il est en principe évalué par les experts selon une échelle de 1 à 7, allant de très léger à très important.

Pour les préjudices extrapatrimoniaux temporaires :

**Les souffrances endurées** : peuvent être des souffrances physiques et psychiques ou des troubles associés subis par la victime.

**Le déficit fonctionnel temporaire** : correspond à l'incapacité fonctionnelle totale ou partielle subie jusqu'à la consolidation. Il traduit la perte de qualité de vie, des activités et des joies usuelles de la vie courante notamment lors de l'hospitalisation.

---

<sup>192</sup> [http://www.courdecassation.fr/publications\\_26/rapport\\_annuel\\_36/rapport\\_2007\\_2640/](http://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2007_2640/)

- Pour la victime indirecte en cas de décès de la victime

Pour le préjudice extra-patrimonial :

**Le préjudice d'affection** : répare le préjudice moral subi par certains proches à la vue de la déchéance et de la souffrance de la victime directe ainsi que le retentissement pathologique avéré qu'il peut entraîner. En pratique, les préjudices d'affection des parents les plus proches sont indemnisés quasiment automatiquement. Il appartient aux personnes dépourvues de lien de parenté d'établir par tout moyen l'existence d'un lien affectif réel avec la victime.

| Poste de préjudice             | Evaluation                           | Référentiel ONIAM      | Référentiel « Mornet »                        | Référentiel Cour d'appel de Paris                     | Référentiel Inter-cours d'appel   | Juris-prudence  |
|--------------------------------|--------------------------------------|------------------------|---|---|---|---|
| Souffrances endurées           | 7/7                                  | 25 585 –<br>34 615 €   | 35 000€<br>et +                               | 45 000 –<br>70 000 €                                  | 45 000 –<br>70 000 €<br><br>Peut aller au-delà si souffrances tout à fait exceptionnelles | 75 000 €<br><br>CA Versailles<br>08/09/2011<br>n°08/01737 |
| Déficit fonctionnel temporaire | Par mois et en fonction du déficit   | 300 - 500 €            | 690 €   | 500 - 800 €   | 500 - 900 €   | 700 €<br><br>CA Aix<br>04/04/2012<br>n°07/12077           |
| Déficit fonctionnel permanent  | 75% pour un homme âgé de 20 à 30 ans | 234 170 -<br>268 792 € | 286 500 €<br><br>Soit 3 820 € /<br>point de % | 375 000 €<br><br>CA Paris<br>14/02/2011<br>n°07/03505 | 417 000 €<br><br>Soit 5 560 € /<br>point de %   | 337 500 €<br><br>CA Nancy<br>12/09/2011<br>n°09/01476     |

| Poste de préjudice             | Evaluation                                 | Référentiel ONIAM  | Référentiel « Mornet »   | Référentiel Cour d'appel de Paris                 | Référentiel Inter-cours d'appel  | Juris-prudence  |
|--------------------------------|--|--|--|---|--|---|
| Préjudice Esthétique permanent | 4/7  | 5 930 - 8 022 €  | 6 000 - 10 000 €   | 8 000 - 12 000 €                                  | 6 000 - 15 000 €   | 8 000 – 15 000 €<br><br>Selon âge, séquelles, circonstances<br>...<br>CA Poitiers, 15/02/2011 n°10/0024 |
| Préjudice d'affection          | Pour un parent lorsque l'enfant est décédé | <u>Enfant mineur :</u><br>15 000 - 25 000 €<br><br><u>Enfant majeur vivant au foyer :</u><br>12 000 – 20 000 €<br><br><u>Ou vivant hors foyer :</u><br>4 000 - 6 500 € | <u>Enfant vivant au foyer :</u><br>20 000 - 30 000 €<br><br><u>Ou vivant hors foyer :</u><br>15 000 - 20 000 € | 30 000 € sans distinctions d'âge, de résidence... | <u>Enfant mineur vivant au foyer</u><br>25 000 – 30 000 €<br><br><u>Enfant majeur vivant au foyer :</u><br>15 000 – 25 000 €<br><br><u>Ou vivant hors foyer :</u><br>11 000 – 15 000 € | 22 000 - 25 000 €<br><br>CA Nancy 27/07/2011 n°09/02412<br><br>CA Versailles 01/07/2010 n°09/02767      |

Ce tableau appelle quelques observations :

Le référentiel de l'ONIAM tend à s'imposer alors que ce dernier propose les sommes les plus faibles à l'appui, notamment, de différenciations à la baisse. Par exemple, si un parent perd un enfant de 17 ans, il aura une somme plus importante que si ce dernier a 18 ans. Si l'enfant majeur ne vit pas au foyer, le parent ne pourra espérer, au maximum, qu'une somme de 6500 € tandis que les autres référentiels accordent au minimum 15000 €, voire 30000 € pour cette même situation. L'outil évolutif de l'ONIAM n'a depuis, pas évolué. Depuis sa création, ce sont les mêmes sommes qui sont proposées.

De cette manière, une somme accordée en moyenne par la jurisprudence peut être jusqu'à 6 fois supérieure à la somme accordée par l'ONIAM (si on prend l'exemple du préjudice d'affection dans le cas du majeur décédé hors foyer : 4000 € au minimum pour l'ONIAM, 22000-25000 € pour la jurisprudence). Pour le poste du préjudice esthétique permanent et pour une échelle de 4/7, on peut passer du simple (8000 €) au double (15000 €) entre le référentiel de l'ONIAM et la jurisprudence. Pour résumer, un préjudice imputable à un aléa thérapeutique est moins indemnisé devant l'ONIAM (pour ne pas dire beaucoup moins) qu'un préjudice imputable à une faute devant une juridiction pour un même degré de souffrance.

Le référentiel de la cour de Paris est celui qui se rapproche le plus des données jurisprudentielles. La jurisprudence s'adapte aux circonstances de l'espèce en tenant compte du principe de réparation intégrale qui impose l'indemnité appropriée au cas d'espèce.

De même, le dernier référentiel inter-cours se rapproche beaucoup de la jurisprudence puisqu'il puise sa source dans celle-ci. Il rappelle d'ailleurs que « ces données ne relèvent que de moyennes jurisprudentielles et n'ont qu'une valeur strictement indicative ».

De manière générale, les référentiels font fi, dans certains postes, d'éléments comme l'âge pour apprécier par exemple un préjudice esthétique permanent. Est-ce à dire qu'une cicatrice au visage sur une jeune femme de 20 ans a le même impact psychologique que sur une femme de 75 ans ? sans compter que la femme de 20 ans souffrira de ce préjudice sur une période plus longue. A contrario, l'âge prend toute son importance dans le poste de préjudice du déficit fonctionnel permanent, il permet de mesurer la valeur du point selon le taux d'incapacité permanente.

Cet exemple pratique illustre le fait que ce ne sont pas tant les barèmes de capitalisation et le barème médico-légal qui sont contestés mais bien les barèmes d'indemnisation qui sont « certes souhaités par les assureurs, mais certainement pas par les représentants de victimes, ni leurs avocats, leur pertinence faisant largement débat pour les professeurs de droit.

Actuellement, la Cour de cassation casse les arrêts se référant à de tels outils. Trancher sur l'évaluation chiffrée relève sans nul doute de l'office des juges du fond dont les seules limites sont la demande de la victime et l'offre de l'assureur »<sup>193</sup>.

C'est ce que résume en substance le Professeur Philippe Brun, même si ces outils lui semblent interdépendants<sup>194</sup>.

---

<sup>193</sup> C. Bernfeld, *Rapport Terré : feu la réparation intégrale*, JCP éd. G, n°1, 9 janvier 2012, 30. Elle ajoute aussi dans son article que « 26 95% des dossiers sont réglés en transaction selon les chiffres des assureurs en affirmant ainsi que le dommage corporel est le règne de la transaction : S'agissant du barème de capitalisation dénommé également table de conversion. Il s'agit d'un outil actuariel permettant de calculer l'indemnisation des préjudices futurs. Si aujourd'hui le juge peut choisir « le barème de capitalisation qui lui paraît le plus opportun, ces tables sont élaborées par des actuaires et personne ne conteste qu'il faille un barème de capitalisation pour calculer des préjudices futurs. Le barème médico-légal est un instrument de l'expertise médicale. Il permet aux médecins de déterminer le taux d'incapacité de la victime après consolidation. Ce barème n'est donc utilisé que pour un poste de préjudice (et même en réalité une partie de ce poste). Sa refonte est souhaitée par tous les acteurs du dommage corporel. L'utilisation par les médecins conseils et médecins experts d'un tel document n'est pas jugée choquante par l'ensemble des praticiens. En effet, ce barème est nécessaire au juge, non-médecin, pour prendre la mesure de l'importance de l'invalidité de la victime. Ce barème doit cependant rester indicatif ce qui n'est nullement le cas du barème médico-légal prévu à l'article 56 de la proposition Terré ».

<sup>194</sup> P. Brun (entretien avec), *De la relativité des outils d'évaluation*, Gazette du Palais, 10 novembre 2012 n° 315, p. 31. Dossier cité : les outils de l'indemnisation. : « bien entendu, nul ne songerait à contester l'utilité de ces instruments médico-légaux d'évaluation que sont les barèmes dits « médicaux », dès lors qu'il faut bien, en amont de l'analyse juridique des chefs de préjudice éprouvés en suite de l'atteinte à la personne, mesurer médicalement les contours d'une telle atteinte. Le problème est que si, en théorie, les deux aspects sont distincts, ils sont en pratique largement interdépendants ».

## Conclusion du chapitre 1

Le combat contre les référentiels semble un peu suranné ; bon nombre d'entre eux sont déjà appliqués<sup>195</sup>. Si un référentiel inter-cours est relativement bien accueilli par les magistrats, il gagnerait à être associé à une banque de données assez complète, et régulièrement enrichi afin de pallier les défauts d'un référentiel unique. Il s'agit ici d'assurer la pérennité des grands principes qui animent le contentieux du dommage corporel.

La difficulté d'harmoniser la matière sans limiter l'office du juge est palpable, comme le note le Professeur Philippe Brun : « toute la difficulté est d'arriver à organiser une information d'ordre statistique offrant des données chiffrées, sans dériver vers un système de forfaits rampants. Force est en tout cas de constater que le système actuel, qui voit éclore, ici un référentiel d'assureur, là le barème d'une cour d'appel, n'est pas très satisfaisant »<sup>196</sup>.

Il reconnaît que « certes, nous avons eu raison de rappeler que les pseudos barèmes bricolés à l'échelle d'une juridiction sont sans doute un remède pire que le mal. Nous avons besoin d'un outil référentiel national fiable. Ce n'est pas faire une concession que de prévoir cet outil simplement indicatif. (...) Un tel référentiel bien alimenté serait efficace »<sup>197</sup>.

Le tiraillement provient de la diversification des outils qui rend difficile une cohérence d'ensemble<sup>198</sup>. La matière est en pleine effervescence et les rapports nombreux<sup>199</sup>. La recherche d'un équilibre entre l'office du juge et les besoins de simplification de la matière doit faire sens.

---

<sup>195</sup> M-C. Lagrange (entretien avec), *Les référentiels d'indemnisation : un outil pertinent ?* Article cité, p. 24, Dossier cité : *les outils de l'indemnisation* : « Je crains, en tout état de cause, qu'il soit trop tard pour revenir en arrière dès lors que ces référentiels sont publiés et incitent donc les acteurs de l'indemnisation à leur donner désormais une application implicite, au détriment de l'individualisation de la réparation intégrale. »

<sup>196</sup> P. Brun (entretien avec), *De la relativité des outils d'évaluation*, article cité, p. 32.

<sup>197</sup> P. Brun, *Synthèse*, Gazette du Palais, 10 avril 2010 n°100, p. 31.

<sup>198</sup> L. Neyret, *Synthèse*, Gazette du Palais, 16 juin 2012 n° 168, p. 40 : « L'outil, quel qu'il soit, doit s'appuyer sur une nomenclature unique des postes de préjudice, en l'occurrence la nomenclature Dintilhac d'ores et déjà largement admise, qui devrait s'accompagner d'une table de capitalisation unique et actualisée chaque année. (...) Ensuite, l'outil de normalisation doit rester indicatif, en ce sens que s'il donne des repères au juge ou au régleur, il ne doit pas prendre la forme d'un barème enfermant, pas plus qu'il ne doit empêcher de procéder à une évaluation différenciée si le cas le justifie. (...) Enfin, l'outil de normalisation doit être évolutif, c'est-à-dire qu'il doit pouvoir être enrichi et affiné avec le temps ».

<sup>199</sup> C. Lienhard, *Réparation intégrale des préjudices en cas de dommage corporel : la nécessité d'un nouvel équilibre indemnitaire*, art. préc : « la matière du dommage corporel est en pleine effervescence. Les rapports se succèdent (...) La jurisprudence évolue concernant les barèmes de capitalisation alors que les assureurs sont tentés de proposer des référentiels par ailleurs critiqués. Toutes ces évolutions impliquent de nouvelles habitudes. Toutes ces avancées, qui s'inscrivent dans le souci toujours renouvelé d'une juste réparation intégrale, impliquent que le processus de réparation soit marqué du sceau de la nécessité d'un nouvel équilibre indemnitaire aussi bien en matière transactionnelle que judiciaire ».

L'office du juge dépend beaucoup des parties elles-mêmes. Les avocats doivent soutenir et étayer leurs demandes. Bref, délivrer le juge de ses automatismes ; ce qui permettra aux magistrats d'aller au-delà des fourchettes proposées.

Quelles que puissent être les raisons de créer un référentiel unique, cette réflexion renvoie à un débat de fond sur l'organisation de la justice. La politique budgétaire ne permet pas forcément de mener à bien une bonne justice : le nombre de magistrats en France par habitant est l'un des plus faibles d'Europe.<sup>200</sup> Les solutions simplistes et mécaniques apparaissent trop souvent comme un succédané à l'office du juge<sup>201</sup>. Le président Draï le disait : « juger, ce n'est pas juger comme d'habitude, dans le train-train monotone et mécanique d'une noria de dossiers qui se gèrent et qui, un jour, s'évacuent et si le procès constitue un mal qu'il ne faut pas entretenir, car il relève d'une forme de pathologie par les tourments, les haines et les débordements qu'il suscite, le débat judiciaire, lui, constitue la forme du débat nécessaire à la vie et à la survie de nos démocraties »<sup>202</sup>.

Le magistrat nous enseignait que « si vous avez à prendre une décision judiciaire difficile (...) montez vers les principes, ne descendez pas vers les pratiques »<sup>203</sup>.

Une communication du Ministère de la Justice datée du 10 septembre 2014 affirmait que « dans certains contentieux civils (pension alimentaire, prestation compensatoire, indemnisation du préjudice corporel...) des informations sur les décisions habituellement rendues par les juridictions au niveau national seront mises en place sans pour autant limiter la libre appréciation du juge au regard de la singularité de chaque affaire. Elles seront mises à disposition du public grâce au portail internet Portalis »<sup>204</sup>. Aussi est-il encore permis d'espérer.

S'il y a bien un principe important qui est régulièrement soulevé pour contester l'usage de référentiels, c'est bien celui de la réparation intégrale.

---

<sup>200</sup> Conseil de l'Europe CEPEJ rapport 2010 de J-P. Jean (données 2008) basé sur 16 pays d'Europe, 28 novembre 2010. Le nombre de magistrats par habitant est l'un des plus faibles d'Europe : 10,9 pour 100 000 habitants (à titre de comparaison : 17 pour la Finlande, 19,9 pour l'Autriche, 24,5 pour l'Allemagne, 25,9 pour la Pologne. Si on prend en compte le personnel des tribunaux, l'écart est plus saisissant : 29,1 en France pour 100 000 habitants tandis que ce chiffre atteint 70 en Allemagne, 84 en Pologne et 101 en Espagne.

<sup>201</sup> « Le droit mis en barèmes ? », ouvrage. préc, I. Sayn, *Les barèmes dans le fonctionnement du droit et de la justice*, p. 15 et p. 16 : « Le développement de barèmes et plus largement d'outils d'aide à la décision semble s'inscrire dans un mouvement de rationalisation et de quantification de l'activité juridictionnelle. (...) Cette approche par le management conduit à estomper la distinction savante entre administrations et juridictions, en justifiant l'introduction d'outils propres à la gestion de contentieux de masse, de même que l'administration doit se confronter à la gestion de décisions en masse – et utilise pour ce faire des outils de type barème. (...) Reste l'enjeu considérable de l'information des parties sur l'existence de ces barèmes dans le raisonnement des juges et celui corrélatif de leur mise en débat, que ce soit à l'occasion du débat judiciaire, dans une autre instance décisionnelle ou à l'occasion de la fabrication de ces outils ».

<sup>202</sup> Allocution de M. Pierre Draï, ancien Premier Président Honoraire de la Cour de Cassation (Panthéon, 13 janvier 1998), cahiers naturalistes, 1998, p. 18.

<sup>203</sup> Cité par F. Johannès, *Pierre Draï, grand magistrat et ancien président de la Cour de cassation est mort*, in *Le Monde*, 18 avril 2013.

<sup>204</sup> <http://www.justice.gouv.fr/publication/j21-actions.pdf>

## Chapitre 2

# DE L'ÉQUITÉ À TRAVERS LA RÉPARATION INTÉGRALE : UN PRINCIPE À DÉFENDRE

Lors d'une oraison funèbre remarquable, on se souvient qu'Anatole France, à la mémoire d'Emile Zola, avait loué « cette âme de la France, qui dans les siècles passés, enseigna le droit à l'Europe et au monde ! La France est le pays de la raison ornée et des pensées bienveillantes, la terre des magistrats équitables et des philosophes humains ».

Si l'équité paraît aux yeux des écrivains une qualité naturelle de la justice, la notion est plus discutée par les juristes<sup>205</sup>.

Le droit est par essence philosophique, il repose sur des axiomes, des présupposés abstraits qui concrétisent des valeurs dont l'équité. L'équité n'est ni plus ni moins qu'une égalité circonstancielle au-delà de l'égalité mathématique ; la décision de justice est un choix casuel intrinsèquement arbitraire.

L'équité, c'est donc avant tout un principe (A), qui trouve néanmoins à se concrétiser dans certains domaines plus que dans d'autres. En droit du dommage corporel, le principe jurisprudentiel de la réparation intégrale permet indirectement d'appliquer le principe d'équité (B).

---

<sup>205</sup> « Le problème de l'équité dans le droit est à la fois trop profond et trop complexe pour qu'il soit concevable de réaliser jamais l'unanimité sur tous les points qu'il implique ». L. Graulich, *A propos du gouvernement des juges*, RTD. civ. 1932, p. 84.

## A / Le principe de l'équité

Ce principe de l'équité, bien que très ancien, demeure aujourd'hui rétif à toute tentative de définition arrêtée (a). C'est la raison pour laquelle il ne se pose pas comme une règle juridique mais plutôt un idéal à suivre ; ce qui constitue sa force et sa limite (b).

### a) Un principe ancien et indéfini

Equité, ce seul mot évoque, pour beaucoup de citoyens, les finalités de la justice<sup>206</sup> ; la balance de la justice « image simplificatrice et immédiatement perceptible de l'Equité, de la Loi, du Pouvoir » en témoigne<sup>207</sup>.

Pourtant, « la culture juridique française est bien à tort considérée comme ce qui permet de frauder la loi, comme si faire prévaloir son droit était insolent. On le voit dans le déroulement d'un procès civil ou pénal. On refuse le débat sur le fond, sur l'équité, sur le juge, pour nourrir la procédure de questions dites préjudiciales. On souhaite que le procès s'arrête à des questions de procédure et n'aille pas au fond » remarque le magistrat Claude Grellier<sup>208</sup>.

De sorte que, penser l'équité, est plutôt l'apanage de la doctrine, des philosophes, voire des religions qui évoquaient jadis le mystère de l'iniquité.

Les articles qui traitent du sujet sont légion ; la majorité d'entre eux démontrent le caractère ambigu et incertain de l'équité. Le sujet est donc à traiter avec précaution.

***De la difficulté de définir l'équité.*** La première difficulté, et non des moindres, provient du fait qu'il est très difficile de définir le mot équité.

Le dictionnaire Dalloz soutient qu'en droit général « l'équité est la réalisation suprême de la justice, allant parfois au-delà de ce que prescrit la loi. Amour et vérité se rencontrent ; justice et paix s'embrassent. Ps. 84-II »<sup>209</sup>. C'est une définition qui convient surtout à sa conception historique<sup>210</sup> alors que, dans son sens actuel, les définitions sont multiples<sup>211</sup>.

---

<sup>206</sup> « Le sentiment de l'équité demeure cependant dans le cœur des hommes ; moins sensible à ses dangers, la masse des citoyens voit dans l'équité la composante essentielle de toute solution de justice », R. David, *La doctrine, la raison, l'équité*, RRJ, 1986-1, p. 137.

<sup>207</sup> M. Larocque, *Le symbole de la balance*, Paris, La Pensée Universelle, 1991, p. 85 ; C-N. Robert, *La balance de l'équité*, pp. 85-97 in « L'équité du juge », *Revue Histoire de la Justice*, AFHJ, 1998, n°11, 336 p.

<sup>208</sup> P. Bilger, C. Grellier, J. Vebret, *Le Besoin de justice*, Paris, Editions Plume, 1990, 197 p, p. 17.

<sup>209</sup> S. Guincharde (sous la dir. de) *Lexique des termes juridiques 2013*, 20<sup>e</sup> éd, Paris, Dalloz, 968 p, p. 390.

<sup>210</sup> A. Dessens, *Essai sur la notion d'équité*, th. Toulouse, 1934, spéc. p. 17 et s.

<sup>211</sup> De trois : A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 4<sup>e</sup> éd., 1932, Alcan, p. 213 à six ; G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 8<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, Quadrigue, 2007, p. 367.

**Une notion issue de l'antiquité.** La notion est ancienne, elle nous vient du terme grec *epieikeia* proposé par Aristote comme un correctif à la justice légale<sup>212</sup>.

Le lien d'équité *Vinculum Aequitatis* se caractérisait en droit romain par « l'obligation naturelle par opposition à l'obligation civile »<sup>213</sup>.

De cette façon, les parlements de l'Ancien Régime se reconnaissaient le droit de juger en équité en soutenant que leur origine royal les plaçait au-dessus de la loi.

Les plaideurs se méfiaient de l'équité des parlements.

Notre droit du dommage corporel, tel que nous le connaissons aujourd'hui, puise ses sources dans la jurisprudence des parlements de l'Ancien Régime ; celle-ci distinguait déjà les différents postes de préjudice à l'appui de l'équité. Le principe prétorien de la réparation intégrale s'inscrit donc dans la droite ligne de cette jurisprudence.

**L'équité est-elle un principe arbitraire ?** L'équité est d'un maniement délicat, il exige une grande attention à toutes les circonstances de la cause (c'est ce qu'on pourrait penser dans notre domaine).

Mais l'équité française, renfermée dans les parlements ne connut jamais la dimension qu'elle eut à Rome avec le préteur ou en Angleterre avec les juridictions d'*equity*<sup>214</sup>.

Historiquement, l'équité se confond avec la justice et donne au juge une plénitude d'action dans la recherche d'une bonne justice. On retrouve aujourd'hui de nombreux articles sur cette idée de modération<sup>215</sup> de la justice, d'interprétation<sup>216</sup> et de correction de la loi par l'équité considérée comme l'âme de la loi<sup>217</sup>, sans oublier son aspect supplétif<sup>218</sup>.

---

<sup>212</sup> « La nature de l'équité, c'est précisément de redresser la loi là où elle se trompe, à cause de la formule générale qu'elle doit prendre ». Aristote, *Éthique à Nicomaque*, Paris, LGF, 1992, p. 231.

<sup>213</sup> H. Roland, L. Boyer, *Locutions latines du droit français*, Paris, Litec, 4<sup>e</sup> éd, 1998, 566 p, p. 507.

<sup>214</sup> Ibid ; v. aussi : A. Tunc, *L'équité en droit anglais et en droit américain*, Justice, n°9, pp. 123-129.

<sup>215</sup> V. Agostini, *l'Équité*, D. 1978, chr. p. 7.

<sup>216</sup> « L'équité n'est qu'une autre manière de désigner la faculté d'interprétation des magistrats ». (O. Beaud, *La puissance de l'Etat*, Paris, PUF, Leviathan, 1994, 512 pages, p. 192) ; « on avancera, sans trop d'audace, que tout jugement, même très motivé en droit, est d'abord un verdict d'équité » (J.-D. Bredin, *La loi du juge*, Mél. Goldman, 1982, Litec, p. 15, spéc. p. 19) ; F. Zenati : « aucun système juridictionnel... n'a jamais pu en faire totalement l'économie », *Le juge et l'équité*, Annales de la faculté de droit de Lyon, L'Hermès, n°4, p. 90 .

<sup>217</sup> Marie-France Renoux-Zagamé a montré combien dans les harangues qu'ils prononçaient au Palais les orateurs louaient eux aussi l'équité judiciaire comme « l'esprit des lois », comme « l'âme de toutes les lois ». M.-F. Renoux-Zagamé, *Royaume de la loi : équité et rigueur du droit selon la doctrine des parlements de la monarchie*, Justice, 9 (1998), p. 35.

<sup>218</sup> V. l'article Article 700 du Code de procédure civile qui autorise le juge à condamner la partie perdante d'un procès à payer à l'autre une indemnité qui couvre les frais non compris dans les dépens afin d'assurer un équilibre économique entre les plaideurs. Le juge a donc la faculté d'apprécier la situation en équité. L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, 5<sup>e</sup> éd., 2006, Litec, n° 51 ; F. Arbellot, *Frais irrépétibles en matière civile Article 700 du nouveau Code de procédure civile*, BICC n°610, 15 décembre 2014.

Ce principe a été défendu à toutes les époques par des philosophes et de grands juristes.

Le doyen Carbonnier expliquait que le droit dépassait ses sources formelles à travers ces « jugements que l'équation classique laisse en dehors des sources formelles et qui sociologiquement, pourtant, font partie de l'ordonnement juridique. Ils constituent du droit, quoiqu'ils ne créent pas de règles de droit »<sup>219</sup>. En suivant cette réflexion, il considérait le jugement d'équité comme « le jugement à l'état pur, un jugement qui, lui-même, ne croit pas pouvoir devenir règle (...). Ce jugement n'en crée pas moins du droit, non pas une règle générale, mais une solution individuelle. Solution d'un litige, apaisement d'un conflit : faire régner la paix entre les hommes est la fin suprême du droit, et les pacifications, les accommodements, les transactions sont du droit, bien plus certainement que tant de normes ambitieuses »<sup>220</sup>.

Pourtant, les révolutionnaires ambitionnaient d'établir un système purement légaliste via le seul prisme de la loi<sup>221</sup>. L'équité fut combattue dès l'Ancien Régime par une ordonnance qui fit interdiction aux Parlements de s'y référer.

De nos jours, le système français repose sur la loi et les derniers juges de paix pouvant se prononcer en équité ont disparu. L'équité demeure en filigrane dans les arrêts des juges du fond quand elle ne ressurgit pas explicitement<sup>222</sup>.

La notion est utilisée différemment selon les contentieux, il est donc difficile d'employer des adjectifs généraux pour déterminer son impact : la partialité supposée du juge n'est-elle pas un moyen d'améliorer les décisions de justice en fonction des circonstances de l'espèce ?

L'équité renvoie aussi au questionnement sur le gouvernement des juges<sup>223</sup>.

***L'équité est-elle l'autre versant du droit naturel ?*** Cette notion a toujours eu des accointances particulières avec le droit naturel<sup>224</sup>, depuis cette locution latine notamment : « *Jure naturae aequum est nemine cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiores* » : d'après le droit naturel il est équitable que nul ne s'enrichisse injustement au détriment d'autrui »<sup>225</sup>.

---

<sup>219</sup> J. Carbonnier, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 2001, p. 22.

<sup>220</sup> J. Carbonnier, *Droit civil*, T.1, Paris, PUF, Quadriga, Manuels, 1496 p, p. 53.

<sup>221</sup> A. Girardet, D. Salas, *La question de l'équité : métamorphose d'une ancienne querelle*, in « L'équité du juge », Revue Histoire de la Justice, op. précité, p. 13 : « par sa volonté de rupture avec l'arbitraire des juges, la Révolution voulut attacher totalement le juge à la loi. A cette exigence correspond notamment le référé législatif et le système des peines fixes du code pénal de 1791 ».

<sup>222</sup> H. Roland, L. Boyer, *Adages du droit français*, op. cité, p. 165.

<sup>223</sup> Nous renvoyons au célèbre article de J. Rivero, *Le huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir*, D. 1962, chron., p. 37.

<sup>224</sup> R. Savatier, « L'équité n'est pas autre chose que le droit naturel interprété par le juge », *Cours de droit civil*, T. I, 2<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 1947, n°22, p. 15.

<sup>225</sup> H. Roland, L. Boyer, *Adages du droit français*, op. cité, p. 371.

On ne peut véritablement réduire le droit à une science, à un ordonnancement de règles et de méthodes, une dogmatique indépendamment de son but. De la mise en œuvre du droit découle aussi un art, celui de légiférer, de rendre un jugement ou de le rédiger, d'interpréter un texte. « Les magistrats commencent par dégager la solution humainement désirable à leurs yeux et remontent ensuite à la norme qui peut servir de revêtement juridique »<sup>226</sup>.

***L'omniprésence de l'équité en droit de la responsabilité médicale.*** Le champ jurisprudentiel du juge administratif a été irrigué tout au long de sa formation par l'équité<sup>227</sup>.

C'est ce qui ressort aussi très nettement des écrits des commentateurs<sup>228</sup> qui évoquent la responsabilité hospitalière comme le terrain privilégié de la responsabilité d'équité de la puissance publique<sup>229</sup>. Il en résulte qu'on a pu évoquer une responsabilité d'équité de la puissance publique<sup>230</sup>, voire l'équité prétorienne du Conseil d'Etat<sup>231</sup>. A l'inverse, la notion demeure controversée en droit civil bien que la Cour de cassation « tranche dans le même esprit »<sup>232</sup> que le Conseil d'Etat.

L'ancien président de chambre honoraire à la Cour de cassation Dintilhac affirmait sans ambages que « cette nécessité, particulièrement importante lorsqu'il s'agit de réparer des atteintes corporelles, soulève de nombreuses questions morales, juridiques, médicales et économiques. Mais, quelle que soit l'approche, un principe domine : celui d'équité. L'équité commande que la réparation soit juste et complète, ce qui doit se traduire par la recherche d'une réparation non seulement intégrale pour chacune des victimes, mais aussi égale dans toutes celles qui se trouvent dans une situation identique »<sup>233</sup>.

---

<sup>226</sup> Ibid. p. 377.

<sup>227</sup> M. Deguerge, *Des influences sur les jugements des juges*, troisième partie : trancher, in L'office du juge, Colloque organisé par le Professeur Gilles Darcy, le Doyen Véronique Labrot et Mathieu Doat, Paris, Palais du Luxembourg les 29 et 30 septembre 2006, [http://www.senat.fr/colloques/office\\_du\\_juge/office\\_du\\_juge\\_mono.html](http://www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge_mono.html) : « Il est avéré que maints commissaires du gouvernement près le Conseil d'Etat s'y sont référés pour convaincre du bien-fondé de l'élargissement continu de la responsabilité sans faute de la puissance publique (Jean Romieu dans l'affaire Cames et encore tout récemment M. Devys qui, dans ses conclusions sur l'arrêt GIE Axa Courtage, a expliqué que l'état actuel de la jurisprudence était à double titre inéquitable pour les victimes et incompréhensible pour le public). C'est encore par des considérations d'équité que le Conseil d'Etat a décidé de moduler l'effet rétroactif de ses annulations contentieuses, lorsque cet effet emporterait « des conséquences manifestement excessives ».

<sup>228</sup> AJDA 1991. 126, chron. J-P. Jouguelet et F. Loloum : En effet, la solution « guère contestable sur le plan de l'équité, ne peut être réduite aux cas déjà ouverts de responsabilité sans faute de la puissance publique » ; par son ésotérisme et son inspiration d'équité, elle constitue une bonne illustration des méthodes du juge administratif en matière de responsabilité hospitalière (...) face à cette situation, le juge ne peut appliquer, sans les infléchir, les solutions générales qu'il a forgées (AJDA 1989, p. 406, note J. Moreau) ; M. Combarrous, *L'équité et le juge administratif*, Justices n°9, janvier-mars 1998, pp. 77-85.

<sup>229</sup> C. Chaussard, *La jurisprudence Bianchi appliquée au donneur d'organes*, AJDA 2007, p. 319.

<sup>230</sup> J.P. Gilli, La responsabilité d'équité de la puissance publique, D. 1971, chr. p. 373.

<sup>231</sup> P-A. Lecocq, *L'équité prétorienne du Conseil d'Etat* in « Revue Histoire de la Justice », op. précité, pp. 99-140.

<sup>232</sup> Selon les termes de M. Deguerge, *Des influences sur les jugements des juges*, article cité. Elle ajoute que « C'est par souci d'équité envers les victimes d'accidents médicaux qu'elle a fait produire un effet rétroactif à l'obligation d'information pesant sur les médecins, afin probablement de pallier les conséquences inéquitables de son refus de faire entrer l'aléa thérapeutique dans les rapports contractuels existant entre un médecin libéral et son patient ».

<sup>233</sup> Préf J. P. Dintilhac, p. XII in M. Le Roy, J-D. Le Roy, F. Bibal, *L'évaluation du préjudice corporel*, 20<sup>e</sup> éd, Paris, LexisNexis, 2015, 578 p.

Aux Professeurs Cornu et Foyer de rappeler hier que les principes directeurs du procès « ont pour ambition, plus haute encore, si possible, de soumettre le procès civil à un idéal de justice. Elles tendent à y faire régner l'équité »<sup>234</sup>.

En revanche, toutes ces considérations ne font pas de doute sur le fait que l'équité ne soit pas un principe juridique de premier plan mais une valeur qui oriente l'application du droit.

## b) Un principe juridiquement secondaire

Ce principe est limité ; il ne peut asseoir seul une motivation<sup>235</sup>. Il doit trouver appui sur un texte ou être son prolongement. A cette fin, la Cour de cassation souhaitait rappeler, avec un *obitem dictum*, que l'équité n'est pas une source du droit<sup>236</sup>. Le principe découle, selon un auteur, des fondements constitutionnels de la réparation du préjudice corporel que sont les principes d'égalité, de dignité humaine, de solidarité et de sécurité juridique<sup>237</sup>.

Gare aux juridictions de fond qui ne se fondent que sur l'équité en s'affranchissant de la règle de droit : la Cour de cassation condamne systématiquement cette pratique<sup>238</sup>, et ce d'autant plus qu'il arrive fréquemment que le fondement juridique ne soit pas mentionné<sup>239</sup>.

***L'équité : un principe complémentaire.*** La Cour de cassation ne condamne que son recours exclusif. Au Professeur Nicolas Molfessis de résumer avec finesse que « c'est l'équité *Cerebrina*, que souhaite chasser la Cour de cassation, d'une formule on ne peut plus légaliste. Tout l'art de l'équité est en effet de n'apparaître toujours que sous les habits d'une autre qu'elle - loi, coutume, principes généraux du droit... - ou bien encore de se glisser dans des méthodes et raisonnements qui permettent de ne pas la

---

<sup>234</sup> G. Cornu, J. Foyer, *Procédure civile*, Paris, PUF, Thémis, 1958, 780 p, p. 435.

<sup>235</sup> V. Agostini, *l'Equité*, D. 1978, chr. p. 7, p. 11 : « L'équité est « impuissante à asseoir une motivation, et c'est par accident que certaines décisions ont usé du mot alors que leur fondement était étranger à la chose ».

<sup>236</sup> Cass. Soc. 4 décembre 1996, Bull. civ. V, n° 421 ; JCP 1997. I. 4064, n° 11, obs. L. Cadiet.

<sup>237</sup> D. Le Prado, *Les fondements constitutionnels et juridiques d'un droit à la réparation du préjudice corporel* in Cour de cassation, Séminaire « risques, assurances, responsabilités, Conférence du 5 décembre 2006 : *L'équité dans la réparation du préjudice*, [https://www.courdecassation.fr/venements\\_23/colloques\\_4/2006\\_55/assurances\\_responsabilites\\_9427.html](https://www.courdecassation.fr/venements_23/colloques_4/2006_55/assurances_responsabilites_9427.html) : « On a vu que la notion d'équité ne pouvait, à elle seule, constituer un fondement juridictionnel d'un droit à réparation du préjudice corporel. C'est donc dans d'autres principes qu'un tel fondement pourrait être recherché. Trois principes seront évoqués successivement : le principe d'égalité, le principe de la dignité humaine, et le principe de solidarité. Mais il est un autre principe, même si sa portée est plus réduite, qui pourrait être mis en œuvre et qui permettrait de garantir aux victimes, qui ont d'ores et déjà droit à l'indemnisation de leur préjudice, un traitement plus conforme à leur attente : il s'agit du principe de sécurité juridique. »

<sup>238</sup> Civ. 16 mars 1937, S. 1937. I. 184 ; Soc. 23 janvier 1948, JCP 1948. II. 4229 ; Crim. 24 juillet 1967, JCP 1968. II. 15399 ; Cass. 3<sup>e</sup> civ, 22 mars 1995, n° 93-14.590, Bull. civ. III, n° 78, Procédures 1995. Chron. 1, obs. R. Perrot, Gazette du Palais, 1996. I. Somm. 244, obs. H. Croze et C. Morel ; Cass. 2<sup>e</sup> civ, 9 décembre 2003, n° 02-30.804 ; Soc. 13 février 2007, n° 05-41.055.

<sup>239</sup> Il y a d'abord « une certaine inquiétude, tant est important le nombre d'arrêts où la Cour de cassation est contrainte de rappeler au juge du fond qu'il ne doit pas statuer en équité ou qu'il doit indiquer le fondement juridique retenu ». C. Bléry, *Office du juge : entre activité exigée et passivité permise – Réflexions à partir de la jurisprudence récente sur l'article 12 du Code de la procédure civile*, Procédures 2012, étude 6.

nommer. Eminence grise du droit, elle est soumise à un principe de discrétion qui lui impose, pour jouer son rôle, de ne prétendre jamais à l'avant-scène. Tout jugement peut bien inspirer de l'équité mais à la condition de n'expirer que du droit. (...) En rappelant que l'équité n'est pas une source du droit, on croirait alors volontiers que la Cour de cassation entende se disculper d'en avoir fait un de ses plus beaux instruments, pour rappeler à l'ordre ceux qui en abuseraient sans son accord. On verrait aussi, dissimulée derrière une formule qui fait consensus, cette autre vérité : c'est pour mieux transformer l'équité en règle de droit que la jurisprudence se doit, dans un système légaliste, de lui dénier le statut de source »<sup>240</sup>.

En théorie, le juge doit statuer selon les règles de droit (dont l'équité ne fait pas partie).

Pour preuve, le respect du syllogisme juridique qui impose en principe de rechercher le texte applicable (la majeure) puis les faits (la mineure) afin de prononcer la conclusion adéquate<sup>241</sup>. Or, la doctrine contemporaine a remarqué que rien n'empêchait le juge d'employer cette structure tout en suivant un cheminement intellectuel différent<sup>242</sup>.

En effet, le juge peut partir de la solution qui lui paraît équitable tout en employant le raisonnement syllogistique traditionnel pour élaborer sa décision<sup>243</sup> afin de réduire les risques de censure<sup>244</sup>.

En cela, le droit se rapproche de la science qui, selon les termes d'un scientifique, « nous apparaît comme une construction de l'esprit qui vise à dire le monde de la façon la plus juste possible, plus que comme un discours disant la vérité atteinte. Elle peut aussi être vue comme une construction sociale, contingente et provisoire »<sup>245</sup>.

A ce propos, les discours de rentrée à la Cour de cassation<sup>246</sup> laissent toujours planer une volonté de juger humainement et en équité. Ce principe n'est pas une source de droit mais on le retrouve dans plusieurs textes législatifs, tant dans le domaine du droit des contrats que du droit de la famille<sup>247</sup>.

---

<sup>240</sup> N. Molfessis, *L'équité n'est pas une source du droit*, RTD Civ. 1998, p. 221.

<sup>241</sup> H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, 1948, Sirey, n° 49, p. 48.

<sup>242</sup> Sur cette idée de cheminement intellectuel du juge : C. Puigelier, *De la conscience de la science par le droit*, RGDM, n°11, décembre 2003, pp. 197 à 226, pp. 223-224 : « mais à bien y regarder, le juge statue en équité – hormis les cas où la loi l'y autorise comme, par exemple, au sein des articles 1135 et 1244-1 du Code civil – tout en ne le disant pas. Quand le juge veut adopter une solution en équité, il peut le faire sans pour autant le mentionner, c'est-à-dire qu'il peut simplement raisonner en équité. A l'instar des notions de bonne foi, d'apparence, de raisonnable, etc., l'équité est abondamment utilisée par le juge pour éviter que la règle juridique devienne inutile ou injuste, tout comme elle peut être rejetée par ce dernier pour aboutir, d'ailleurs, au même dessein ».

<sup>243</sup> J. Van Compernelle, *Vers une nouvelle définition de l'office de juger : du syllogisme à la pondération des intérêts*, Mél. Rigaux, 1993, Bruxelles, Bruylant, p. 502.

<sup>244</sup> J. Carbonnier, *Droit civil*. Introduction, 27<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2002, n° 9, p. 36.

<sup>245</sup> F. Grison, *Que retenir de la construction scientifique ?*, in « Les sciences autrement », Versailles Cedex, Editions Quæ, 2011, pp. 97-98.

<sup>246</sup> Mais aussi ceux devant les cours d'appel, v. J.-C. Farcy, *Magistrats en majesté. Les discours de rentrée aux audiences solennelles des cours d'appel (XIX<sup>e</sup> – XX<sup>e</sup> siècles)*, Paris, CNRS Editions, 1998, 794 p.

<sup>247</sup> Nous renvoyons aux articles 270, 1194, 565, 815-13 et 1579 du code civil.

**Le sentiment d'équité.** Cette absence de définition juridique induit une certaine méfiance quant à l'arbitraire que ce concept pourrait entraîner. Imprécis, il semble s'opposer à la prévisibilité que l'on peut raisonnablement attendre de la matière juridique.

On se souvient de cette formule restée célèbre issue de l'Ancien Régime « que Dieu nous garde de l'équité des parlements » lorsque les parlements pouvaient juger en équité en s'exposant aux critiques contre un principe jugé arbitraire.

L'équité incarne une certaine idée de l'absolu et le sens de la justice dépend naturellement de celui qu'on lui donne. On ne saurait alors contester l'aspect politique de la notion comme l'avait évoqué John Rawls : « il faut garder à l'esprit que la justice comme équité est une conception politique de la justice, au sens où elle est envisagée pour le cas spécifique de la structure de base de la société et où elle n'est pas conçue comme une doctrine morale englobante »<sup>248</sup>.

C'est peut-être d'ailleurs cette dimension politique que les justiciables espèrent trouver dans le procès comme le relevait le Professeur Perrot<sup>249</sup> ; une suite naturelle à leurs espérances.

Il faut donc rester prudent ; le Professeur François Terré rappelait que « ce qui est équitable pour l'un ne le sera pas forcément pour l'autre ; deux cas identiques pourraient recevoir des solutions différentes en fonction du sentiment personnel que le juge se fait de l'équité »<sup>250</sup>.

Le risque de l'équité est donc d'être une notion conjoncturelle<sup>251</sup> ou « trop large pour n'être pas dangereuse »<sup>252</sup>.

**Le principe d'équité : le voile invisible de la responsabilité médicale.** En droit de la responsabilité médicale, l'article L. 1141-1 du code de la santé publique prévoit que les professionnels de santé sont responsables en cas de faute. Théoriquement complet mais lacunaire sur le plan pratique, cet article laisse aux magistrats le soin de mettre en œuvre cette responsabilité et l'indemnisation qui en découle.

---

<sup>248</sup> J. Rawls, *la justice comme équité, une reformulation de la théorie de la justice*, Paris, La Découverte, 2008, 288 p., p. 40.

<sup>249</sup> R. Perrot, *Le rôle du juge dans la société moderne*, Gazette du Palais, 1977, T.1, pp. 91-99, p. 92 : « La Révolution française, qui préférerait la stricte égalité à l'équité, nous a légué une justice de sécurité à base de raison, beaucoup plus qu'une justice d'équité à base de sentiment. Les juristes savent bien que l'on ne peut s'abandonner sans péril aux mirages d'une sentimentalité changeante et arbitraire. Mais le plaideur, face à ses problèmes concrets, comprend mal cette différence (...) Voilà pourquoi le juge apparaît aux yeux de l'opinion publique comme un homme rigide, inhumain, insensible, comme un « technicien du Droit » et, qui plus est, comme un technicien spécialisé ; cas, pour faire face à une législation abondante et complexe, on tend de plus en plus à enfermer le juge dans un domaine bien circonscrit ».

<sup>250</sup> F. Terré, *Introduction générale au droit*, 7<sup>e</sup> éd., Paris, 2006, Précis Dalloz, n° 325 ; l'auteur rappelle qu'il ne faut pas confondre égalité et équité car le second a un caractère éminent subjectif, c'est ainsi que c'est « dans le sens d'une subjectivisation que se réalise à notre époque, par le truchement du juge, une résurgence de l'équité ». F. Terré, *Réflexions sur un couple instable : égalité et équité*, Archives Phil. dr. t.<sup>o</sup> 51, 2008, p. 25.

<sup>251</sup> « Du tout au tout suivant les individus, et se modifie chez une même personne suivant les impressions et les dispositions d'esprit du moment ». M.-P. Fabreguette, *La logique judiciaire et l'art de juger*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 1926, p. 402.

<sup>252</sup> Le doyen J. Carbonnier (*Les obligations*, t. 4, 21<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, n° 312, p. 549) à propos de la théorie de l'enrichissement sans cause.

On peut penser que ce texte fait partie de ceux où « seul le mot équité manque, mais la chose y est »<sup>253</sup> (c'est beaucoup plus clair pour le principe jurisprudentiel de la réparation intégrale).

Ici, il ne faut pas prendre l'équité dans son sens premier, à savoir la possibilité de résoudre un litige en s'affranchissant des règles de droit, mais comme la possibilité pour le juge d'adapter la règle de droit aux circonstances de l'espèce<sup>254</sup>, par touches successives<sup>255</sup> visant la pondération des intérêts<sup>256</sup> en présence. Cette boussole du juriste qui est « ce qu'est le nord au navigateur » selon la formule du doyen Cornu<sup>257</sup>.

L'équité reste donc une notion centrale en droit de la responsabilité médicale<sup>258</sup>, qu'elle soit civile ou administrative. Désormais, l'équité n'est plus cette passade de jurisprudence que décrivait le doyen Gény<sup>259</sup>.

On peut penser que l'équité trouve son prolongement concret dans le principe jurisprudentiel de la réparation intégrale car le principe a un versant pratique ; « l'équité, ce n'est pas ce qui résiste à la théorie, c'est plutôt l'expression de notre résistance à trop théoriser »<sup>260</sup>.

---

<sup>253</sup> P. Foriers, *Réflexions sur l'équité et la motivation des jugements*, in « La pensée juridique de P. Foriers », 1984, Bruxelles, Bruylant, p. 225.

<sup>254</sup> « Les lois écrites légifèrent en général, mais elles ne sauraient prévoir tous les cas particuliers... Il y a donc un point à partir duquel le législateur ne peut plus déterminer exactement la diversité individuelle : en ce point commence l'Equité » Jankelevitch, *Traité des Vertus, Les Vertus de l'Amour*, Paris, Bordas, coll. « Etudes supérieures », 1970, p. 744.

<sup>255</sup> « A un droit précis, normatif et rigoureux, générateur de prévisibilité et de sécurité se substitue, par touches successives, un droit du possible, de l'éventuel, de l'incertain. Impuissant à traduire la justice, le législateur impose au juge de rechercher l'équité ». D. Martin, *Le droit de l'indivision*, D. 1977, Chr. XXX, n°20, p. 224.

<sup>256</sup> J. Compernelle, *Vers une nouvelle définition de la fonction de juger : du syllogisme à la pondération des intérêts*, in « Mélanges, F. Rigaux », Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 495.

<sup>257</sup> G. Cornu, *Introduction, Les Personnes, Les Biens*, 9<sup>e</sup> éd, Montchrestien, 1999, p. 637, n°1667.

<sup>258</sup> Et en droit dans sa globalité, v. le travail très complet de C. Albiges, *De l'équité en droit privé*, Bibliothèque de droit privé tome 329, Paris, LGDJ, 2000, p. 383.

<sup>259</sup> F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, LGDJ, 1919, ch. II. « Une passade de jurisprudence : le phénomène Magnaud ». (pp. 291 et 303).

<sup>260</sup> D. Gutmann, *Le juge et l'équité : enjeux philosophiques*, in « Revue Histoire de la Justice », op. cité, p. 156.

## B / L'application de l'équité en droit de la responsabilité médicale : la réparation intégrale

La doctrine privatiste et publiciste aime à rechercher les fondements philosophiques de la responsabilité civile<sup>261</sup> depuis que Boris Starck proposa un nouveau paradigme en faisant de la victime le fondement de la condamnation de l'auteur du fait dommageable<sup>262</sup>.

Cette pensée suit de près les changements de l'époque, à commencer par la mise en place d'un système de protection sociale pour prendre en charge les accidents de la vie ainsi qu'une législation de plus en plus protectrice du corps humain<sup>263</sup>. La victime devint alors un soubassement important de la notion de responsabilité<sup>264</sup>.

***De la recherche des fondements axiologiques du principe de la responsabilité.*** Selon l'œuvre de Boris Starck, il existe un droit subjectif à la sécurité qui se traduit par un droit « à la vie humaine, l'intégrité corporelle et celle de ses biens, sa tranquillité, son honneur »<sup>265</sup>. Les plus curieux auront remarqué que ce dernier a conceptualisé sa théorie à partir « du seul examen expérimental dont dispose la science du droit, celui de la jurisprudence »<sup>266</sup>.

La pierre angulaire de cette conception est donc la victime qui est au centre de la responsabilité (et non l'auteur du dommage comme on le concevait traditionnellement pour la faute et la théorie du risque). « Une telle conception de ce droit correspond parfaitement à une demande sociale de prise en charge systématique du préjudice corporel » note à raison le Professeur Luc Grynbaum<sup>267</sup>.

Cette analyse s'est renforcée dans le temps avec la mise en place d'un système assurantiel obligatoire et la création de nombreux fonds de garantie (mais aussi un régime d'indemnisation de plein droit pour les

---

<sup>261</sup> C. Radé, *Liberté, égalité, responsabilité*, Cahiers du Conseil Constitutionnel n°16 (Dossier : le Conseil constitutionnel et les diverses branches du droit) – juin 2004.

<sup>262</sup> B. Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, L. Rodstein éd., Paris, 1947, préf. M. Picard.

<sup>263</sup> Loi n°94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain.

<sup>264</sup> « La responsabilité au lieu de remonter à ses causes ne s'inspire plus que de ses résultats. Elle ne part plus du responsable, mais de la victime ». R. Savatier, D. 66 chron. p. 149.

<sup>265</sup> B. Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, op. précité, p. 42 ; Le Professeur C. Radé parlait plus récemment d'un droit à la sûreté : *Réflexions sur les fondements de la responsabilité civile. 2. Les voies de la réforme : la promotion du droit à la sûreté*, D. 1999. Chron. 323, spéc. p. 324.

<sup>266</sup> Ibid. p. 50.

<sup>267</sup> L. Grynbaum, *La responsabilité du fait des choses inanimées*, Répertoire de droit civil, Dalloz. 24.

infections nosocomiales). La solidarité nationale et la mutualisation des risques concrétisent cet ère de l'indemnisation<sup>268</sup> en faisant justement, du droit du dommage corporel, un droit rebelle<sup>269</sup>.

Le perfectionnement des objets et leur consommation a sans doute beaucoup pesé sur les attentes de chacun à la protection de son intégrité corporelle. La société du bien-être<sup>270</sup>, c'est aussi l'idée que l'homme est devenu une marchandise qui vend sa force de travail et de réflexion.

Comme l'a bien montré Gilles Lipovetsky<sup>271</sup>, les idéologies modernes du progrès ont renforcé l'idée d'un hédonisme universel où la jouissance du temps présent est l'élément le plus déterminant de la réalisation de l'individu. Le préjudice d'agrément et sexuel procèdent sans doute de cette idée. Ce n'est pas une mauvaise chose en soi puisque l'homme est quelque part victime du modèle existentiel proposé par la société ; lequel peut être une source de nombreuses frustrations.

Le préjudice esthétique, c'est le délitement de soi à travers le regard des autres. En ce sens, le droit médical implique une logique d'humanisation qui est nécessaire à une époque individualiste qui paradoxalement, sous le prisme du bien-être et d'une surexposition des corps, peut générer de la souffrance.

Le principe de la réparation intégrale découle de cette même logique ; le cadre indemnitaire, une fois le principe de la responsabilité posé, dépend largement des préjudices subis par la victime et du retentissement de ces derniers dans son existence.

Dans son fondement, ce principe péremptoire brille par sa clarté et son objectivité apparente (a). Cependant, on remarque que sa pratique n'est pas évidente car le principe a une portée subjective (b).

#### a) Un principe objectif

Ce principe de la réparation intégrale fait aujourd'hui figure de règle élémentaire du droit de la responsabilité civile ; on s'est même interrogé sur sa portée constitutionnelle.

La jurisprudence du Conseil constitutionnel ne semble pas lui avoir accordé cette valeur comme le soutient le Professeur Christophe Radé<sup>272</sup> : « le Conseil n'a donc pas consacré le principe de réparation intégrale, défini comme le principe imposant la réparation intégrale de chaque chef de préjudice. Seul a

---

<sup>268</sup> Selon la formule de L. Grynbaum, *Ibid.* 26.

<sup>269</sup> J. Bourdoiseau, *L'influence perturbatrice du dommage corporel en droit des obligations*, Paris, LGDJ, Thèses, Bibliothèques de droit privé, T. 513, 2010, 550 p.

<sup>270</sup> A. García Calvo, *La société du bien-être*, Vierzon, éd. Le pas de côté, 2014, 120 p.

<sup>271</sup> G. Lipovetsky, *L'ère du vide : essais sur l'individualisme contemporain*, Paris, Gallimard, Folio essais, 1989, 328 p.

<sup>272</sup> C. Radé, *Liberté, égalité, responsabilité*, Cahiers du Conseil Constitutionnel n°16 (Dossier : le Conseil constitutionnel et les diverses branches du droit) – juin 2004. 31.

été consacré un principe de portée moindre que l'on pourrait qualifier de principe de la *réparation de l'intégralité des préjudices* ».

Si cette obligation de réparation intégrale a bien été évoquée (et qu'elle semble inéluctable<sup>273</sup>), elle n'était pas fondée sur le principe de réparation pour faute mais sur l'égalité devant les charges publiques ou le droit de propriété<sup>274</sup>.

En revanche, le Conseil a bien mentionné qu'il existe une exigence constitutionnelle dans le principe de responsabilité pour faute<sup>275</sup>.

A dire vrai, « le principe de responsabilité en matière civile a au contraire toujours été affirmé avec prudence ; il est depuis 2005<sup>276</sup> assorti de la précision qu'il ne s'oppose pas à ce que le législateur aménage les conditions dans lesquelles la responsabilité peut être engagée »<sup>277</sup> (sous réserves de répondre à un motif d'intérêt général et de respecter une certaine proportionnalité).

On soulignera enfin que le Conseil de l'Europe avait mis l'accent sur ce droit à réparation dans sa résolution 75 du 14 mars 1975 *relative à la réparation des dommages en cas de lésions corporelles et de décès* ; elle a été interprétée par une doctrine éminente comme un rappel heureux au principe de la réparation intégrale<sup>278</sup> ; lequel est d'ailleurs partagé en Europe<sup>279</sup> (et dans le monde avec des pratiques différentes)<sup>280</sup>.

---

<sup>273</sup> J-B. Prévost, *L'inéluctabilité de la réparation intégrale*, Gazette du Palais, 21 décembre 2010, n°355, p. 18.

<sup>274</sup> C'est ce que démontre P. Deumier et O. Gout, *La constitutionnalisation de la responsabilité civile*, Cahiers du Conseil constitutionnel n°31 (Dossier : le droit des biens et des obligations) – mars 2011. V. leur note 24 : Décision 89-256 DC du 25 juillet 1989, *Loi portant dispositions diverses en matière d'urbanisme et d'agglomérations nouvelles*, cons. 19 ; décision 82-139 DC du 11 février 1982, *Loi de nationalisation*, cons. 23 ; décision 85-198 DC du 13 décembre 1985, *Loi modifiant la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 et portant diverses dispositions relatives à la communication audiovisuelle*, cons. 16 ; Cons. const., 29 juillet 1998, n° 98-403 DC, AJDA 1998. 739 ; ibid. 705, note J.-E. Schoettl ; D. 1999. 269, note W. Sabete ; ibid. 2000. 61, obs. J. Trémeau ; RDSS 1998. 923, obs. M. Badel, I. Daugareilh, J.-P. Laborde et R. Lafore ; RTD civ. 1998. 796, obs. N. Molfessis ; ibid. 1999. 132, obs. F. Zenati ; ibid. 136, obs. F. Zenati, *Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions*, cons. 33. : même si on se rapproche d'un principe général : Cons. Const, décision n°2010-8 QPC du 18 juin 2010, *Epoux L* ; J-P Teissonnière, *la décision du conseil constitutionnel du 18 juin 2010 : et après ?* Gazette du Palais, 21 décembre 2010, n°355, p. 9.

<sup>275</sup> Cons. const, 19 juin 2008, n°2008-564 DC, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, cons. 39.

<sup>276</sup> Cons. const., 22 juillet 2005, n° 2005-522 DC, D. 2006. 826, obs. V. Ogier-Bernaud et C. Severino.

<sup>277</sup> P. Deumier et O. Gout, *La constitutionnalisation de la responsabilité civile*, art. précité.

<sup>278</sup> Le professeur A. Tunc, *La réparation des dommages corporels ; une résolution du Conseil des ministres du Conseil de l'Europe*, Revue internationale de droit comparé, 1975, vol. 27, n°4, pp. 911-913. On y voit un guide précieux « pour les tribunaux qui admettent le principe de l'indemnisation intégrale ».

<sup>279</sup> P. Brun, *synthèse*, Gazette du Palais, 10 avril 2010 n° 100, p. 31 : « Le rapport belge, par exemple, nous a montré combien la résolution de 1975 n'avait pas du tout été vécue comme une révolution du côté de Bruxelles, dans la mesure où la pratique judiciaire avait déjà intégré pour l'essentiel les dispositions préconisées. Ainsi a-t-on appris également qu'en Angleterre, on ne nous a pas attendus pour décider que l'équivalent de notre recours des tiers payeurs s'opère poste par poste ».

<sup>280</sup> D. Gardner, *La réparation : le point de vue du Nord-Américain*, [http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/288/288517\\_dgardner.pdf](http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/288/288517_dgardner.pdf) ; l'exemple américain est intéressant avec ce principe de réparation intégrale « to make the plaintiff whole » et la possibilité d'avoir recours à un jury : F. McGovern, *The Assessment and Equalization of damages for personal injuries in the United States* in Cour de cassation, Séminaire risques, assurances, responsabilités, Conférence du 5 décembre 2006, colloque précité : « Le principe de la réparation intégrale du préjudice est commun à la plupart des pays occidentaux, avec l'exception notable de la Nouvelle-Zélande. Dans les autres pays, les termes *restitutio in integrum* sont utilisés pour rendre compte du principe ».

Le principe de réparation intégrale est quasiment aussi ancien que l'équité (en latin *parare* qui veut dire justement remettre en l'état<sup>281</sup>). En droit romain, le principe *in integrum restitutio* (rétablissement dans la situation primitive) était une « mesure exceptionnelle prise principalement par le préteur (praetor) en vue d'anéantir les effets d'un acte ou d'une opération, valable selon le droit civil ; le préteur impose la restitution réciproque des prestations »<sup>282</sup>.

On songe aussi au principe *Restitutio in integrum* (Restitution en entier) : « remise des choses dans leur état antérieur à l'acte ou au fait juridique qui avait conduit à la situation actuelle »<sup>283</sup>. Dans cette conception d'intégralité, il y a encore aujourd'hui l'idée d'épuiser les fondements de la plainte<sup>284</sup> ; est intégral ce qui s'opère sans restriction et qui réalise pleinement une qualité.

**La réparation intégrale ou le principe d'une réparation sans perte, ni profit.** Le principe de la réparation intégrale est toujours un « principe de la responsabilité civile, dit indemnitaire, en vertu duquel le dédommagement dû par le responsable doit couvrir tout le dommage et uniquement le dommage, sans qu'il en résulte ni appauvrissement, ni enrichissement de la victime. C'est pourquoi l'indemnité est calculée sur la valeur au jour du jugement, permettant ainsi de tenir compte de la variation intrinsèque du dommage, de la hausse du coût de la vie ou de la dépréciation de la monnaie survenues depuis le jour du dommage »<sup>285</sup>.

Ce principe n'a jamais été contesté par la doctrine, bien au contraire<sup>286</sup>.

La réparation intégrale n'est pas propre au dommage corporel<sup>287</sup> mais elle prend dans ce domaine une résonance particulière du fait de la complexité du corps humain et de ses atteintes, tant physiques que psychologiques. « C'est ici que l'équité joue un rôle central. Les décisions les plus lourdes humainement

---

<sup>281</sup> J-B. Prévost, *L'évolution du préjudice en droit du dommage corporel : entre décision et calcul*, p. 190 in « Le droit mis en barèmes ? », op. cité : « réparer vient du latin *parare* qui veut dire précisément remettre en l'état, remettre en ordre. De surcroît cette réparation est qualifiée d'intégrale, et on fera observer que la redondance du syntagme n'est pas anodine, loin d'être une tautologie disgracieuse et inutile, elle renforce en effet cette idée de réinstauration *totale* d'un ordre indûment détruit. Rien que le dommage, mais *tout* le dommage, selon la formule consacrée ».

<sup>282</sup> J-P. Dunand, P. Pichonnaz, *Lexique de droit romain*, Genève, Bruylant, Schulthess, 2006, 173 p, p. 74.

<sup>283</sup> H. Roland, L. Boyer, *Locutions Latines Du Droit Français*, 4<sup>e</sup> éd, Paris, 1998, 566 p, pp. 435-436.

<sup>284</sup> F. Ewald, *Qu'est-ce qu'une juste indemnisation ? Un point de vue archéologique*, in Cour de cassation, Séminaire « risques, assurances, responsabilités, Conférence du 5 décembre 2006 : *L'équité dans la réparation du préjudice*, [https://www.courdecassation.fr/venements\\_23/colloques\\_4/2006\\_55/assurances\\_responsabilites\\_9427.html](https://www.courdecassation.fr/venements_23/colloques_4/2006_55/assurances_responsabilites_9427.html) : « L'idée de « l'intégral » : on vous doit tout ce que vous avez perdu, mais pas au-delà. Quand tout sera réparé, vous n'avez plus à vous plaindre. Epuisement de la plainte. Dans l'idée de l'intégral, il y a à la fois le principe d'une illimitation de la réparation (la plainte est infinie) et sa limite nécessaire. Intégral ne se mesure pas d'abord sur le dommage, mais sur le problème de l'Etat, assurer la paix civile. De ce point de vue, ce qu'on répare, c'est toujours aussi un trouble à l'ordre public ».

<sup>285</sup> Sous la dir. de S. Guinchard, *Lexique des termes juridiques*, 20<sup>e</sup> éd, Paris, 2013, 2012, Paris, 968 p, p. 789.

<sup>286</sup> M. Perier, *Régime de la réparation, Evaluation du préjudice corporel : Atteintes à l'intégrité physique, Principes généraux*, Juris-Casseur : Responsabilité civile et Assurances ; R. Savatier, notes sous Cass. 2<sup>e</sup> civ, 28 octobre 1954, JCP. 1955, II, 8765.

<sup>287</sup> Elle s'impose pour tous les préjudices indépendamment de leur nature : Cass 3<sup>e</sup> civ, 8 décembre 2016, n°15-24547 ; Cass. Soc. 14 décembre 2016, n°15-22.244 ; Pour de nombreux exemples de l'emploi de ce principe dans d'autres domaines : A-C. Monge, F. Nési, *Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation – Troisième chambre civile*, D. 2010, p. 2608 ; P. Jourdain, *Le manquement au devoir de conseil du notaire sanctionné par la réparation intégrale du préjudice subi*, RTD Civ. 2014, p. 893 sous Cass. 1<sup>re</sup> civ, 2 juillet 2014, n°13-17. 599 ; P. Malinvaud, *Du principe de la réparation intégrale appliqué aux désordres de construction*, Cass. 3<sup>e</sup> civ, 27 mars 2012, n°11-11.798, *Epoux Steineck c/ Soc.Deleage et a*, Revue de droit immobilier, 2012, p. 352.

qu'ait à prendre un juge ne doivent que peu de choses au droit. Il s'agit avant tout de jugements évaluatifs qui puisent leur source dans l'équité », considèrent certains auteurs<sup>288</sup>.

Quand on lit les interventions d'un important colloque dédié à l'équité, on observe que la majorité d'entre elles traitent directement ou indirectement du dommage corporel<sup>289</sup>. L'équité est de ce fait, le premier fondement qui vient à l'esprit dans le domaine du dommage corporel ; la loi pose un principe mais n'a pas vocation à appréhender concrètement la souffrance.

Le principe de réparation intégrale, bien connu du droit privé et du droit public<sup>290</sup>, n'est d'ailleurs pas propre à la France<sup>291</sup>. La Cour régulatrice veille à la bonne application de ce dernier.

Les juridictions du fond, dans les limites des conclusions des parties, doivent évaluer l'étendue des préjudices qu'elles reconnaissent. C'est un droit et une limite pour la victime puisque les dommages-intérêts doivent réparer le préjudice subi sans qu'il en résulte ni perte ni profit pour la victime et qu'à ce titre, on ne peut indemniser deux fois le même préjudice<sup>292</sup>.

De cette manière, les organismes sociaux qui sont tenus de servir les prestations peuvent faire valoir leur créance sur les indemnités allouées à la victime (c'est une application un peu différente et *a posteriori* de la réparation intégrale<sup>293</sup>).

Aussi faut-il préciser que « le principe de la réparation intégrale n'implique pas de contrôle sur l'utilisation des fonds alloués à la victime qui conserve leur libre utilisation »<sup>294</sup>.

De plus, les juges doivent procéder à une évaluation *in concreto* ; c'est-à-dire à partir des seules conséquences réellement subies par la victime. Cela implique que le juge du fond dispose d'un pouvoir souverain d'appréciation.

---

<sup>288</sup> A. Girardet, D. Salas, *La question de l'équité : métamorphose d'une ancienne querelle*, in « L'équité du juge », Revue Histoire de la Justice, op. précité, p. 10.

<sup>289</sup> Cour de cassation, Séminaire « risques, assurances, responsabilités, Conférence du 5 décembre 2006 : *L'équité dans la réparation du préjudice*, [https://www.courdecassation.fr/venements\\_23/colloques\\_4/2006\\_55/assurances\\_responsabilites\\_9427.html](https://www.courdecassation.fr/venements_23/colloques_4/2006_55/assurances_responsabilites_9427.html)

<sup>290</sup> « En effet, si le principe d'engagement de la responsabilité publique est le domaine d'élection du contrôle de l'erreur de droit, l'évaluation du dommage et du préjudice relève essentiellement de l'appréciation souveraine des juges du fond, le contrôle de cassation se bornant à sanctionner, par exemple, la méconnaissance de grands principes comme celui de la réparation intégrale (CE, 30 juillet 1997, n° 133577, *M<sup>me</sup> Mendes*, Lebon T. 1040 ; D. 1997. 212) ». T. Leleu, *Les outils d'appréciation médico-légaux dans le contentieux de la responsabilité publique*, AJDA 2014, p. 1816.

<sup>291</sup> F. Leduc et P. Pierre (dir.), *La réparation intégrale en Europe*, Bruxelles, Larcier, 2012, 505 p.

<sup>292</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 8 décembre 2016, n°13-22961.

<sup>293</sup> J. Bourdoiseau, *Perte de chance et recours des tiers payeurs*, Les Petites Affiches, 31 octobre 2013, n°218, p. 43 : « En droit du recours des tiers payeurs, l'objet de la réparation intégrale est compris différemment. La réparation ne serait à proprement parler intégrale qu'à partir du moment où le tort effectivement subi par la victime, abstraction faite de toute autre considération, est réparé. F. Leduc, *La conception générale de la réparation intégrale*, in « La réparation intégrale en Europe », Larcier, 2012, p. 31, spéc. p. 43. J. Bourdoiseau, note préc. sous Cass. 2<sup>e</sup> civ., 13 janvier 2012. Ceci posé, l'intéressée souffrirait donc d'une indemnisation partielle toutes les fois qu'on lui oppose une cause de minoration de l'indemnité allouée. C'est là une nouvelle division du droit civil ».

<sup>294</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 8 juillet 2004, n°02-20.199.

En revanche, ils ne peuvent statuer de manière forfaitaire<sup>295</sup> ou selon des règles préétablies<sup>296</sup>.

**La portée pratique du principe de réparation intégrale.** En pratique, les juges du fond, souverains dans leur appréciation du préjudice, jouissent d'une certaine liberté pour mettre en œuvre ce principe<sup>297</sup> (sous réserve de ne pas dénaturer les pièces du dossier<sup>298</sup>). Le principe est aussi protecteur dans le temps puisque la victime peut faire une nouvelle demande si elle a subi une aggravation<sup>299</sup>.

A l'inverse, une amélioration ne peut remettre en cause l'évaluation initiale du préjudice en vertu du principe de l'autorité de la chose jugée.

Ce principe de la réparation intégrale est, à raison, une valeur souvent évoquée pour s'opposer à une automatisation de la liquidation du préjudice<sup>300</sup>. C'est ainsi qu'un magistrat a rappelé qu'il « s'oppose à ce que le juge soit limité dans l'indemnisation en fonction d'un barème, car le corollaire de ce principe c'est celui de l'individualisation de la réparation ».

**La réparation intégrale : un visa de principe.** Le juge a fait de la réparation intégrale son axiome puisqu'il s'agit d'un visa de principe<sup>301</sup>. Un principe général du droit qui ne figure pas dans la loi<sup>302</sup>

---

<sup>295</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 20 novembre 2014, n°13-21250 : « Viole le principe de réparation intégrale sans perte ni profit pour la victime, la cour d'appel qui affirme que le préjudice lié à l'incidence professionnelle et à la perte de revenus futurs est un préjudice qui doit être évalué forfaitairement ; » ( Cass. 2<sup>e</sup> civ., 10 septembre 2015, pourvoi n°14-24447) ; « Il doit procéder à sa propre évaluation du préjudice » Cass. 2<sup>e</sup> civ, 9 avril 2009, n°08-16.210.

<sup>296</sup> V. J. Mazars, *La Cour de cassation et l'indemnisation des préjudices*, [https://www.courdecassation.fr/formation\\_br\\_4/2005\\_2033/cour\\_cassation\\_indemnisation\\_prejudices\\_8064.html](https://www.courdecassation.fr/formation_br_4/2005_2033/cour_cassation_indemnisation_prejudices_8064.html) ; Crim. 4 février 1970, D. 1970, p. 333 : les juges « ne sauraient se référer, dans une espèce déterminée, à des règles établies à l'avance pour justifier leur décision ».

<sup>297</sup> Notamment sur le choix entre l'allocation d'un capital ou d'une rente (Cass. 2<sup>e</sup> civ, 19 avril 1958, Bull. civ. II, n° 264. - Cass. 2<sup>e</sup> civ, 19 mars 1997, n° 93-10.914, Bull. civ. II, n° 86) ; en ce qui concerne les rentes ; J. Lellouch, *choisir entre capital et rente : la pratique du juge judiciaire en matière de dommage corporel*, Gazette du Palais, 26 janvier 2012 n° 26, p. 11.

<sup>298</sup> Une cour d'appel a dénaturé les pièces qui lui étaient soumises en énonçant que les factures produites ne correspondaient pas aux demandes présentées par la victime au titre de frais divers, alors qu'elles étaient libellées non en euros mais en francs ; qu'aucune explication, ni justificatif n'était fourni sur la réalité et le mode de calcul d'une perte économique, alors que des avis d'imposition antérieur et postérieur étaient produits ; et qu'aucun décompte précis des rentes perçues n'était produit alors qu'était présentée une lettre indiquant qu'aucune prestation n'avait été versée ». (Cass. 2<sup>e</sup> civ, 28 février 2013, n°11-27651 ; note A. Renelier, Gazette du Palais, juin 2013, n°172-173, p. 36).

<sup>299</sup> Une nouvelle demande peut être formée nonobstant le jugement ou la transaction si l'état de la victime a subi une aggravation (Cass. 2<sup>e</sup> civ, 9 décembre 1999, n°98-10.416, Bull. civ. II, n°188). « L'amélioration ne peut remettre en cause l'évaluation initiale du préjudice » (Cass. 2<sup>e</sup> civ, 12 octobre 2000, n°98-20.160, Bull. civ. II, n°141 ; RTD civ 2001. 158, obs. Jourdain ; RCA 2000, n°361, 1<sup>re</sup> esp, obs. Groutel ; Cass. 2<sup>e</sup> civ, 12 octobre 2000, n°99-14.172, Bull. civ. IV, n°181, 192 ; D. 2002.325 et 2112).

<sup>300</sup> C. Bernfeld, *Rapport Terré – Feu la réparation intégrale*, JCP éd. g, n°1, 9 janvier 2012, 30.

<sup>301</sup> « Les visas de principe. Dans le domaine du pouvoir créateur de la règle de droit, le visa de principe mérite un examen tout particulier. Les visas de principe se réfèrent, dans les visas en tête d'arrêts de cassation, à « un principe » ou des « principes » extracontractuels, et non à un texte. Apparus à partir de 1948, les visas de principe ont aujourd'hui tendance à se multiplier. Ils sont révélés par des formules comme « vu le principe de... », « vu le principe selon lequel... », « vu le principe régissant... », ou « vu la règle... ». Sous la direction de C. Puigelier, *La loi : bilan et perspectives*, Paris, Etudes juridiques, Economica, 415 p, 2005, « La maxime Nul n'est censé ignorer la loi » C. Puigelier, pp. 370-371.

<sup>302</sup> G. Salem, *Etat des lieux sur la réparation du dommage corporel*, Revue droit & santé n°17, mai 2007, pp. 336 à 339. : « La réparation du dommage corporel est dominée par un principe jurisprudentiel introduit par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation de 1955, celui de la réparation intégrale ».

(même si on le retrouve dans les textes régissant les fonds de garantie ou d'indemnisation) ; fruit de l'héritage « qu'une chaîne séculaire de magistrats a auparavant alimentée »<sup>303</sup>.

Dans le silence de la loi, le juge n'hésite pas à affirmer un certain nombre de principes généraux et impersonnels qu'il fait mine de découvrir, un peu à l'image du droit anglais.

Le juge donne alors l'impression d'avoir dégagé une nouvelle source du droit pour pérenniser sa création jurisprudentielle. Cette pratique est fréquente chez le juge administratif (fleur de l'œuvre prétorienne du juge administratif<sup>304</sup>) ou constitutionnel. Ces derniers ont rapidement découvert respectivement des principes généraux du droit<sup>305</sup> ou des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République<sup>306</sup>. Le juge européen s'en est aussi fait une spécialité<sup>307</sup>.

La Cour régulatrice s'est aussi engouffrée dans l'entrebâillement<sup>308</sup> de l'article 4 du Code civil.

Elle a dégagé certains principes comme la responsabilité des choses que l'on a sous sa garde, la responsabilité du fait d'autrui, ou conceptualisé l'enrichissement sans cause, souvent sous couvert du principe d'équité. La doctrine a bien expliqué ce mouvement<sup>309</sup>.

Le principe de la réparation intégrale est normalement associé à une norme textuelle (notamment l'article 1382 du Code civil<sup>310</sup> devenu article 1240) car il ne figure pas dans le Code civil. Cependant, il arrive parfois qu'il soit utilisé dans un visa unique<sup>311</sup>.

Le Conseil d'Etat, comme les juges du fond<sup>312</sup>, n'est pas en reste puisqu'il entend régulièrement s'assurer de l'effectivité du principe<sup>313</sup>.

---

<sup>303</sup> Nous renvoyons à l'article très complet du Professeur P. Morvan sur les visas de principe : P. Morvan, *Les principes généraux du droit et la technique des visas dans les arrêts de la Cour de cassation*, n° 4 et 5 ; Cycle droit et technique de cassation, 2005-2006, 5<sup>e</sup> conférence, 4 avril 2006, [https://www.courdecassation.fr/IMG/File/intervention\\_morvan.pdf](https://www.courdecassation.fr/IMG/File/intervention_morvan.pdf)

<sup>304</sup> J. Krynen, *L'emprise contemporaine des juges : l'Etat de justice en France, XIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*, T.2, op. cité, p. 340.

<sup>305</sup> CE, 26 octobre 1945, *Amaru* et 22 mai 1946, *Maillon* : S. 1946, 3, 52.

<sup>306</sup> Décision n°71-44 DC du 16 juillet 1971.

<sup>307</sup> J. Krynen, *L'emprise contemporaine des juges : l'Etat de justice en France*, op. cité, p. 340 : « la mise au jour prétorienne de principes généraux du droit, le juge communautaire s'en est fait une spécialité. Forgés par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (ex-Cour de justice des Communautés européennes), sise à Luxembourg, les principes généraux du droit communautaire constituent aujourd'hui une super-légalité européenne dont cette juridiction impose le respect aux institutions de l'Union comme aux Etats membres ».

<sup>308</sup> « A partir de 1848, à son tour, la Cour de cassation s'est arrogée (p. 339) le pouvoir de viser des dizaines de principes non écrits, et ce dans des branches du droit privé abondamment codifiées. Là encore, le recours aux principes généraux n'a pas résulté de la nécessité de combler les lacunes de la loi ». (...) « Il leur arrive de l'écrire, comme ce premier président de la Cour de cassation reconnaissant que le juge parvient à « se substituer en quelque sorte au législateur, tantôt par une interprétation hardie des textes en vigueur, tantôt même en faisant abstraction des textes ». Cité par P. Morvan, *Principes*, DCJ, p. 1203. *ibid.*

<sup>309</sup> M. Gobert, *La jurisprudence, source du droit triomphante mais menacée*, RTD civ. 1992, p. 344 : « L'article 4 ne justifiait pas un tel envol ».

<sup>310</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 30 juin 2016, n°15-23.543 ; Cass. 2<sup>e</sup> civ, 29 septembre 2016, n°15-24.541 ; Cass. 2<sup>e</sup> civ, 14 avril 2016, n°15-16.697.

<sup>311</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 19 juin 2008, n°07-14865 ; Cass. soc, 14 décembre 2016, n°15-22.244 ; Cass. 2<sup>e</sup> civ, 3 mars 2016, n°15-16.271 ; Cass. 2<sup>e</sup> civ, 24 mars 2016, n°15-15.349.

<sup>312</sup> CAA, Marseille, 14 mai 2012, n°08MA00671 – Note P. Graveleau, *Gazette du Palais*, Rec. 2012, jur. p. 3064.

<sup>313</sup> CE, sect., 15 décembre 2000, *M. Castanet*, *Les Petites Affiches*, 2002, n° 164, p. 3, note Guettier. – CE, 12 novembre 2001, *Min. Défense c/ M. Carnu*, req. n° 223504 ; v. aussi CE, Ass. 4 juillet 2003, n°211106.

A la fois « symbole et norme opératoire<sup>314</sup> », la réparation intégrale est un prolongement concret de l'équité. Le principe ne souffre d'aucune ambiguïté. Toutefois, il a été étendu à des cas moins évidents ; ce qui pose un questionnement sur le versant subjectif de cette norme.

## b) Un principe subjectif

La réparation intégrale est l'abstraction la plus heureuse du droit médical mais demeure un principe ondoyant<sup>315</sup>. C'est un remarquable principe de justice qui relève plus d'un idéal à suivre qu'une réalité mathématique. Une utopie constructive, selon les termes du président Dintilhac<sup>316</sup>.

« À défaut d'être traduisibles en tout point et en réalité, ils ont au moins le mérite d'exprimer un but, de fournir un repère (...) Mais pour inventives qu'elles puissent être, les fictions demeurent telles et un logement adapté ne remplace pas parfaitement de bonnes jambes » résume le Professeur Philippe Brun<sup>317</sup>.

***Le principe de la réparation intégrale : un idéal à suivre.*** Il est difficile de mesurer la vie<sup>318</sup> et les éléments qui l'accompagnent ; le principe a intrinsèquement une marge d'erreur. En effet, il se présente comme un élément de liaison entre différents stades de la vie : ce que faisait la victime avant le préjudice, ce qu'elle a vécu temporairement lors de l'atteinte, ce qu'elle conservera de manière permanente.

Il y a une marge d'appréciation et d'erreur à chacun de ces stades qui est due à la diversité des intervenants : une victime pourrait oublier de faire valoir certains postes du fait le plus souvent de son avocat, l'expert peut très bien minorer un poste, voire oublier une aide nécessaire (d'où la pratique intéressante des dires), le juge conserve lui aussi une marge d'appréciation. Par ailleurs, les assureurs essaient dans le même temps de limiter l'indemnisation.

L'aspect prospectif est donc particulièrement important<sup>319</sup>, comme incertain.

Force est de remarquer que ce principe va intellectuellement dans le sens de la victime, son intégrité physique au premier rang. C'est ainsi que la Cour régulatrice soutient régulièrement que le refus délibéré

---

<sup>314</sup> P. Brun, *Repertoire de droit civil*, Responsabilité du fait personnel, section 2 – Réparation, 156.

<sup>315</sup> *Etats généraux du dommage corporel, la réparation intégrale : mythe ou réalité ?* Gazette du Palais, 10 avril 2010 n° 100, p. 6.

<sup>316</sup> J.-P. Dintilhac, Colloque CNB 23 novembre 2006, *La réparation du dommage corporel*, Gazette du Palais, 11-13 février 2007, n°42-44.

<sup>317</sup> P. Brun, *synthèse*, Gazette du Palais, 10 avril 2010 n° 100, p. 31.

<sup>318</sup> J.-B. Prévost, *La difficile mesure de la perte de qualité de vie*, Gazette du Palais, 16 juillet 2011, p. 22, n° I6535 ; qui plus est en matière de dommages psychiques : E. Schortgen, D. Yakouben, *Le besoin en tierce personne en matière psychiatrique*, Gazette du Palais, 30 juin 2015 n° 181, p. 16.

<sup>319</sup> « Que la souffrance ait été temporaire ou qu'elle reste au titre des préjudices permanents, il ne saurait y avoir de réparation en pareille matière – encore moins de réparation intégrale. La souffrance, c'est le tragique de la vie en action, et prétendre débarrasser un être humain de sa souffrance vécue, c'est le menacer au plus profond de son humanité. Il y a une thermodynamique de la souffrance humaine à laquelle il serait simplement indécent de prétendre résister : même lorsqu'il a une issue favorable pour la victime, le procès n'est pas une machine à remonter le temps. (...) » M. Girard, *La souffrance dans le paysage médical*, 8<sup>e</sup> Etats généraux du dommage corporel, Gazette du Palais, 15 février 2014, n°46, p. 13.

d'une victime de se soumettre à des traitements médicaux qui pourraient améliorer son état de santé ne pouvait conduire à la perte ou à la diminution de son droit à indemnisation de l'intégralité des préjudices<sup>320</sup>.

Quand bien même la position peut sembler radicale<sup>321</sup>, la Cour de cassation a choisi, sous couvert du principe de réparation intégrale, une position claire.

L'obligation de minimiser son dommage peut être ici « un engrenage dans lequel on peut hésiter à mettre le doigt »<sup>322</sup>. Aussi la Cour de cassation a précisé en appliquant ce principe que « le droit de la victime à obtenir l'indemnisation de son préjudice corporel ne saurait être réduit en raison d'une prédisposition pathologique lorsque l'affection qui en est issue n'a été provoquée ou révélée que par le fait dommageable »<sup>323</sup>.

Sur un autre versant, il y a donc une ambivalence du principe que l'on peut considérer comme un progrès ou comme un excès au service de l'idéologie de la réparation<sup>324</sup>.

On peut concéder que le principe de la réparation intégrale, si péremptoire dans son essence, n'a pas une portée pratique évidente<sup>325</sup>. L'idée qu'il faille indemniser tout et rien que le préjudice laisse naturellement en suspens la question de l'étendue de ce qui est préjudiciable<sup>326</sup>.

***Les limites de la réparation intégrale : la conscience du préjudice.*** Une question de droit particulièrement épineuse illustre les difficultés pratiques. Que peuvent prétendre les patients placés dans un état végétatif chronique ?

Leur absence de conscience fait-elle obstacle à l'indemnisation d'un préjudice moral ? Le débat est ancien en droit privé entre subjectivistes et objectivistes qui font, ou non, de la conscience une condition

---

<sup>320</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 15 janvier 2015, n°13-21180 ; Crim., 27 septembre 2016, n°15-8330 : note de J. Landel, *Revue générale du droit des assurances*, n°11, 1<sup>er</sup> novembre 2016, p. 525.

<sup>321</sup> A. Guégan-Lecuyer, *Quand la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable*, D. 2013, p. 415 : « On pourra certes regretter les conséquences d'une position aussi radicale. D'ailleurs, le nombre d'arrêts de censure dans ce domaine laisse penser que les juges du fond ne sont pas convaincus de son bien-fondé. Cependant, l'espèce montre bien que l'obligation de minimiser est un engrenage dans lequel on peut hésiter à mettre le doigt » sous cass. 2<sup>e</sup> civ, 25 octobre 2012, n°11-25.511 : « Attendu que l'auteur d'un accident doit en réparer toutes les conséquences dommageables ; que la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable ».

<sup>322</sup> Ibid ; v. aussi : Cass. Crim., 27 septembre 2016, n°1583309, note M. Bouchet, *Obligation de minimiser le dommage et refus de soins*, Recueil D, n°44, 29 décembre 2016, p. 2612 : « entre l'obligation de suivre un traitement médical, qui pèserait sur la victime afin de préserver la société d'un coût inutile, qui n'est consacrée par aucun texte, et le droit de refuser des soins médicaux, que tout patient tient de l'article 16-3 du code civil, on comprend que la chambre criminelle ait naturellement privilégié le second au détriment de la première ».

<sup>323</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 19 mai 2016, n°15-18784.

<sup>324</sup> L. Cadiet, *Les faits et les méfaits de l'idéologie de la réparation*, in « Mélanges P. Draï », Dalloz, 1999 p. 495 et s.

<sup>325</sup> C. Lienhard, *Réparation intégrale des préjudices en cas de dommage corporel : la nécessité d'un nouvel équilibre indemnitaire*, D. 2006, p. 2485.

<sup>326</sup> Par exemple : C. Bernfeld, *La réparation intégrale de la victime peut inclure l'acquisition d'un logement adapté*, Gazette du Palais, 11 juillet 2009 n° 192, p. 15 sous CA, Rennes, 31 octobre 2007 : Fabiola A. c. CPAM du Morbihan et autres – RG n° 06-04229.

de l'indemnisation<sup>327</sup>. La Cour de cassation a décidé que « l'état végétatif d'une personne humaine n'excluant aucun chef d'indemnisation, son préjudice devait être réparé dans tous ses éléments »<sup>328</sup>.

Un annotateur relève l'emploi de l'adjectif « humaine » pour l'associer à une personne qui « reste un être humain, fût-elle gravement atteinte »<sup>329</sup>. D'autres ont évoqué des considérations d'équité et d'humanité<sup>330</sup>.

Quant aux scientifiques, ils ne prenaient pas de risques en soutenant que les patients en état végétatif ne pouvaient en principe pas ressentir de douleurs<sup>331</sup>. Une position remise en question par une recherche récente qui met en avant des réactions neuronales du réseau de traitement de la douleur pour ces patients<sup>332</sup>. Il y a une difficulté supplémentaire pour l'office du juge quand il n'y a pas de consensus scientifique. Le juge administratif a longtemps considéré que les personnes en état de coma végétatif n'étaient privées que de leur intégrité physique<sup>333</sup> avant de rejoindre, dix ans plus tard, la position du juge judiciaire<sup>334</sup>.

Le juge administratif suit ici un raisonnement en équité comme l'indiquaient les conclusions du rapporteur public Terry Olson en précisant que « sur une telle question, il nous semblerait particulièrement souhaitable que votre jurisprudence soit en convergence avec celle du juge judiciaire »<sup>335</sup>. Cette différence de jurisprudence entre établissement privé d'hospitalisation et hôpitaux aurait été à raison très mal comprise par les victimes et leurs proches.

On comprend donc que le principe de la réparation intégrale est à géométrie variable puisqu'il est étroitement lié à la notion de préjudice. Néanmoins, certains auteurs n'hésitent plus à dénoncer les excès dans l'indemnisation eu égard au principe de la réparation intégrale<sup>336</sup>.

---

<sup>327</sup> Pourtant, la conscience n'est-elle pas justement au cœur de notre existence ? T. Mann, *La montagne magique*, Paris, Le Livre de Poche, 1991, 979 p, p. 49 : « l'homme ne vit pas seulement sa vie personnelle comme individu, mais consciemment ou inconsciemment il participe à celle de son époque et de ses contemporains ».

<sup>328</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 22 février 1995, Déchant, n° 92-18.731, D. 1996. 69, note Y. Chartier.

<sup>329</sup> Y. Chartier, note, D. 1996. 69.

<sup>330</sup> Y. Dagorne-Labbe, note, JCP 1996. II. 22570, p. 44.

<sup>331</sup> Cranford RE, Smith DR, consciousness: the most critical moral (constitutional) standard for human personhood, *American Journal of Law and Medicine*, 1987.

<sup>332</sup> A. Markel, T. Yu, D. Vogel, F. Müller, B. Kotchoubey, *Brain processing of pain in patients with unresponsive wakefulness syndrome*, *Brain and Behavior*, V.3, issue 2, March 2013, pp. 95-103.

<sup>333</sup> CAA, Nantes, 10 février 1994, *Cts Alix et CHR de Rennes*, req. n°91NT00695 et 91NT00750, AJDA 1994. 847.

<sup>334</sup> CE, 24 novembre 2004, *Mme Maridet*, req. n° 247080, AJDA 2005. 336, concl. Olson.

<sup>335</sup> AJDA 2005. 336, concl. Olson.

<sup>336</sup> V. Heuzé, *Une reconsidération du principe de la réparation intégrale*, [https://www.courdecassation.fr/colloques\\_activites\\_formation\\_4/2005\\_2033/reparation\\_integrale\\_8065.html](https://www.courdecassation.fr/colloques_activites_formation_4/2005_2033/reparation_integrale_8065.html) : « Parce que c'est le principe de la réparation intégrale qui commande d'abandonner au juge du fond l'essentiel des questions relatives à l'indemnisation des dommages, on ne peut concevoir aucun remède efficace aux incertitudes qui en sont la conséquence sans remettre en cause ce principe même. (...) Mais déjà, cette simple inflation continue des chefs de préjudice suscite le doute à propos de la cohérence de notre système d'un double point de vue. D'abord, celui-ci n'était pas moins censé hier respecter le principe de la réparation intégrale qu'il ne l'est aujourd'hui, alors pourtant qu'il ne distinguait pas certains dommages qui donnent désormais lieu à une indemnisation spéciale ».

## Conclusion du chapitre 2

Au fil du temps, la réparation intégrale s'est autonomisée pour devenir un principe général, visé conjointement avec d'autres textes, notamment l'article 1147 du Code civil lorsque l'origine du dommage est contractuelle, comme en matière d'accidents médicaux.

La réparation intégrale doit demeurer un principe cardinal qui impose une individualisation de l'indemnité. Ce principe est le prolongement d'un autre principe bien connu des juristes, celui de l'équité qui ambitionne d'établir une égalité de circonstances. Tantôt loué, tantôt redouté pour sa subjectivité, l'équité est le voile invisible du jugement. Le juge, à travers l'application d'une loi, défend un idéal de justice.

Nous pensons avoir pu démontrer dans la partie dédiée à la normalisation du dommage corporel que « l'arbitraire n'a rien de péjoratif. Au contraire, c'est même une sorte d'hommage rendu à l'office du juge », pour reprendre les mots du Professeur Claude Lienhard<sup>337</sup>.

Une décision de justice est le fruit d'une réflexion et non l'expression d'une seule volonté.

Le juge dispose d'un fonds jurisprudentiel pour comparer les sommes allouées. Celui-ci va d'ailleurs analyser les sommes demandées par les parties et leurs argumentations respectives. Son raisonnement est donc basé sur des données croisées<sup>338</sup>. Il faut ici s'inscrire en faux contre l'emploi abusif du terme arbitraire qui ne renvoie pas du tout au travail du juge<sup>339</sup>.

Au doyen Carbonnier de conclure que « la doctrine et la jurisprudence ont formulé [les] principes généraux. Mais elles ne les ont pas créés. Elles les ont trouvés en suspension dans l'esprit de notre droit, tel que semblaient le leur révéler certains textes fragmentaires »<sup>340</sup>.

Une fois ce principe bien établi, on peut songer à unifier le contentieux lié aux préjudices corporels dans un souci de clarté.

---

<sup>337</sup> C. Lienhard, *Gazette du Palais*, 10 avril 2010, n°100, p. 23.

<sup>338</sup> Pour reprendre le philosophe Jacques Derrida, pour qu'une décision soit juste « il faut que dans un moment propre s'il y en a un, elle soit à la fois réglée et sans règle, conservatrice de la loi et assez destructrice ou suspensive de la loi pour devoir à chaque cas la réinventer, la re-justifier, la réinventer au moins dans la réaffirmation et la confirmation nouvelle et libre de son principe ». J. Derrida, *Force de loi, Le fondement mystique de l'autorité*, Paris, Galilée, 1994, p. 51.

<sup>339</sup> B. Penaud, *Le juge irresponsable ? Mythes et réalités judiciaires*, *Gazette du Palais*, 15 mars 2011, n°74, p. 11.

<sup>340</sup> J. Carbonnier, *Droit Civil. Introduction*, 1<sup>re</sup> éd, Paris, PUF, Thémis, 1955, n°29, p. 101.

## Chapitre 3

# L'UNIFICATION DU CONTENTIEUX DE LA RESPONSABILITÉ MÉDICALE : LE BESOIN DE CLARTÉ

*De l'origine de l'éclatement des ordres de juridiction* La loi des 16 et 24 août 1790 sur l'organisation judiciaire marque la naissance du système judiciaire moderne en énonçant les principes qui en constituent aujourd'hui l'ossature : la séparation des pouvoirs, la défense faite aux juges d'empiéter sur les attributions de l'exécutif par leurs arrêts, l'indépendance de ceux-ci qui sont rémunérés par l'Etat sans que les parties y contribuent, l'égalité de tous devant la loi<sup>341</sup>.

Son article 13 est sans équivoque sur la séparation des pouvoirs : « les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions ».

Cette disposition tient son origine de l'édit de Saint-Germain de 1641 qui interdisait aux juges de se mêler des affaires de l'Etat. Les révolutionnaires ont repris cette organisation à leur compte pour éviter la pratique des parlementaires de l'Ancien Régime qui s'opposaient régulièrement aux réformes royales.

*Des raisons historiques surannées.* Nous constatons que le contexte est bien différent aujourd'hui et que notre droit actuel, autour duquel gravitent des normes nationales et supranationales et autant de spécialités juridiques, n'a plus du tout le même visage qu'au XVIII<sup>e</sup> siècle.

Jacques Krynen signale d'ailleurs que « le dualisme juridictionnel, la coexistence de deux ordres de juridictions (judiciaires et administratives) totalement séparés, est une invention de la France contemporaine. S'il n'est plus de nos jours une particularité, aucun Etat ne l'a poussé aussi loin »<sup>342</sup> (A ce sujet, le Conseil d'Etat est une juridiction tellement particulière qu'elle n'a jamais été transposée comme telle à l'étranger<sup>343</sup>).

---

<sup>341</sup> *La justice en ses temples : Regards sur l'architecture judiciaire en France*, Poitiers : Brissaud, Paris : Errance, 1992, 325 p, p. 16.

<sup>342</sup> J. Krynen, *L'emprise contemporaine des juges : l'Etat de justice en France, XIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*, T. 2, op. cité, p. 225.

<sup>343</sup> A. Gaillet, *Le Conseil d'Etat français : histoire d'une exportation difficile en Europe*, RFDA 2013, p. 793 : « Le Conseil d'Etat ne saurait donc se ramener à un simple aménagement technique des contentieux. En tant que système, il est nécessairement insusceptible d'être purement et simplement transposé à l'étranger : la preuve en est qu'il n'a pas pu être exporté en tant que tel... v. par ex., G. Braibant, *Monisme(s) ou dualisme(s)*, in « Monisme(s) ou dualisme(s) en droit administratif ? » Journées d'études internationales, II<sup>e</sup> centenaire du Conseil d'Etat, Revue administrative 1999, n° spécial 2, p. 4-9 ; G. Marcou, *Caractères généraux et évolution de la juridiction administrative en Europe occidentale*, RFDA 2006. 83 s. ; G. Marcou, *Une cour administrative suprême : particularité française ou modèle en expansion ?* Pouvoirs, 2007, 123, pp. 133-154.

La loi des 16 et 24 août 1790 fut établie pour empêcher le maintien d'une autorité jurisprudentielle effective en instituant des institutions parallèles comme le recours général à des jurys de citoyens, des tribunaux de famille, des tribunaux de district...

Les raisons qui ont présidé à l'établissement d'une telle loi ne sont donc plus du tout actuelles si bien que la perspective de supprimer le Conseil d'Etat a été régulièrement entretenue depuis le XIX<sup>e</sup> siècle<sup>344</sup>.

**Une dualité de juridiction aux prises avec le droit moderne.** On peut penser que la dualité de juridictions (auquel le droit européen ne prête aucune attention d'ailleurs et dont il a condamné les conséquences ubuesques, aux dires d'un auteur<sup>345</sup>) disparaîtra par la force des choses mais il faudra attendre sans doute un ou deux siècles avant qu'une réforme aussi nécessaire que révolutionnaire ne soit envisagée. Une telle segmentation intellectuelle ne résistera pas longtemps à un droit ouvert sur la mondialisation<sup>346</sup> et soumis à un modèle européen transversal<sup>347</sup> qui s'impose, et ce quelle que soit la juridiction concernée.

Si rare est cette critique, on se plaît à lire une doctrine éminente qui défend cette cause perdue.

Le Professeur Didier Truchet a illustré avec clarté que « réunir dans une seule juridiction les deux ordres, judiciaire et administratif, serait favorable à une bonne administration de la justice, mais répondrait surtout à une vision moderne de la justice et du droit dans une société telle que la nôtre. Cependant l'évolution se fait davantage vers la convergence des règles que vers celle des juges. Ce qui est sans doute regrettable, notamment pour l'avenir du droit administratif »<sup>348</sup>.

Cette position est pertinente au vu des nombreux points de convergence entre le juge civil et administratif<sup>349</sup>. Les Professeurs Roland Drago et Marie-Anne Frison-Roche voient en cette dualité de juridictions un « ordre du fantasme » dont les conséquences sont « délétères »<sup>350</sup> tout en rappelant à raison que le maintien et l'accroissement des juges spécialisés est nécessaire. Les auteurs ajoutent que cette diversité de spécialités doit être organisée dans un ordre juridictionnel unique.

---

<sup>344</sup> « Léon Gambetta réclame la suppression du Conseil d'Etat que l'empreinte napoléonienne paraît faire disparaître. Adolphe Crémieux, ministre de la Justice, ne parvient à l'éviter qu'au prix de la mise en place d'une commission provisoire chargée des affaires administratives ou contentieuses urgentes ». J. Krynen, *L'emprise contemporaine des juges : l'Etat de justice en France, XIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*, T. 2, op. cité, p. 248.

<sup>345</sup> E. Pechillon, *Contrôle de l'hospitalisation sous contrainte : la Cour européenne des droits de l'homme condamne la France du fait des conséquences de son dualisme juridictionnel*, AJ Pénal 2011, p. 144 : « Les spécificités du droit français conduisent à des situations ubuesques en décalage avec le respect des droits fondamentaux de l'individu ».

<sup>346</sup> J-L. Halpérin, *Profils des mondialisations du droit*, Paris, Dalloz, 2009, 448 p.

<sup>347</sup> N. Poulet-Gibot Leclerc, *Quelques remarques sur la montée du contentieux administratif et l'évolution de la juridiction administrative*. In « Mélanges en l'honneur de Claude Lombois. Apprendre à douter », Limoges, éd. PULIM, 2004, p. 508.

<sup>348</sup> D. Truchet, *Plaidoyer pour une cause perdue : la fin du dualisme juridique*, AJDA 2005, p. 1767.

<sup>349</sup> D. Labetoulle, *L'avenir du dualisme juridictionnel, point de vue d'un juge administratif*, AJDA 2005, p. 1770.

<sup>350</sup> R. Drago, M.A. Frison-Roche, *Mystères et mirages des dualités des ordres de juridiction et de la justice administrative*, APD 1997, n°41, p. 135.

On peut aussi envisager que le juge judiciaire reprenne les compétences de plein contentieux du Conseil d'Etat (qui, en matière fiscale par exemple, n'a aucun mal à se défendre devant lui). De cette manière, ce dernier pourrait conserver son contrôle de légalité par le biais du recours pour excès de pouvoir qui semble historiquement plus justifié.

***De la création d'un tribunal des conflits pour statuer sur les conflits de compétence.*** Les inconvénients d'un tel système sont si nombreuses que l'on a créé un troisième tribunal : le tribunal des conflits<sup>351</sup>, ce rouage essentiel<sup>352</sup>, pour gérer les conflits de juridiction.

Naturellement, cela est loin d'éviter la complexité inhérente à cette organisation dont les écueils sont fréquemment révélés par la pratique<sup>353</sup>. En outre, il n'est saisi qu'une cinquantaine de fois par an ; les conflits de compétence restent anecdotiques même si les conséquences sont graves pour les justiciables qui en sont victimes.

A ce sujet, il faut se garder d'une position aussi nette sur un sujet historiquement très lourd. Cette organisation est toujours à nos yeux un monument historique<sup>354</sup> dont la légitimité<sup>355</sup> tomberait presque sous le coup de l'évidence (si bien d'ailleurs que pour le Conseil Constitutionnel « conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs, la dualité figure au nombre des « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République »<sup>356</sup>).

On ne manquera pas de souligner en ce sens que la séparation des pouvoirs ne figure pas expressément dans la Constitution ; c'est le Conseil Constitutionnel qui a donné au principe toute sa vigueur<sup>357</sup>.

---

<sup>351</sup> Le Tribunal des conflits a un lien important avec l'administration qui va au-delà de sa localisation au sein du Conseil d'Etat dans la mesure où il a été la résultante de la création de l'ordre juridictionnel administratif et, avec lui, du dualisme juridictionnel. De sorte qu'il a souvent été favorable à la juridiction administrative malgré sa composition mixte. A l'origine, il était d'ailleurs présidé par le garde des sceaux en vertu de l'article 25 de la loi du 24 mai 1872 ; il a longtemps illustré l'idée de la justice retenue du fait de la présence d'un membre du gouvernement à sa présidence avant la réforme de 2015 (la loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures).

<sup>352</sup> B. Seiller, *Pour quelques ajustements de la mécanique du dualisme juridictionnel*, RFDA 2008. 1172.

<sup>353</sup> N. Chauvin, *Les tribulations de deux chinoises en France : de l'inconvénient du dualisme juridictionnel dans le domaine de l'urgence*, AJDA 2004. 548 ; P. Cassia, *Exequatur des sentences internationales et dualisme juridictionnel : le grand bazar*, Recueil Dalloz, 2015, p. 2241.

<sup>354</sup> L. Fougère, *1790-1990 : deux siècles de dualisme juridictionnel*, AJDA 1990, p. 579.

<sup>355</sup> A propos de « l'existence légitime du droit spécifique qui régit l'administration » : R. Chapus, *Dualité de juridictions et unité de l'ordre juridique*, RFDA 1990, p.739.

<sup>356</sup> Cons. const, Décision n°89-261 DC du 28 juillet 1989 ; V. Renoux (T-S.), *L'apport du Conseil Constitutionnel à l'application de la théorie de la séparation des pouvoirs en France*, D.1991, chron, pp. 169-174, p. 173 : « C'est de cette tradition historique dont le Conseil constitutionnel va tenir compte en reconnaissant, au niveau constitutionnel, l'existence d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République, fondant le dualisme juridictionnel ».

<sup>357</sup> V. Renoux (T-S.), *L'apport du Conseil Constitutionnel à l'application de la théorie de la séparation des pouvoirs en France*, D. 1991, chron, p. 170 : « (...) La Constitution Française du 4 octobre 1958 n'affirme pas expressément la séparation des pouvoirs. Ainsi qu'on pourra le constater, le principe n'apparaît pas dans sa pleine dimension aux yeux des rédacteurs de la Constitution de la Ve République (...) C'est finalement le Conseil constitutionnel qui, en se fondant sur l'art.16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen, va rendre au principe sa véritable dimension en le rattachant à la garantie des droits ».

***L'unification des juridictions : une question historique en suspens.*** Le Professeur François Terré a démontré combien ce dualisme était fragile mais qu'il se renouvelle dans un mouvement de reconstruction perpétuel<sup>358</sup>.

On constate que « les problèmes liés à l'imbrication des questions posées par les litiges subsisteront »<sup>359</sup> mais que la force de la dualité de juridiction, c'est le dialogue permanent, les échanges et les enrichissements réciproques entre les juges comme l'avait indiqué le Président Bernard Stirn en 1996<sup>360</sup> ; ce que d'autres ont exprimé en une « capacité de renouvellement »<sup>361</sup>.

Il n'en demeure pas moins que l'eupéanisation de notre droit, tout comme la banalisation du droit administratif, pourrait suffire à rouvrir ce débat actuel<sup>362</sup>.

Une critique un peu plus provocante serait de remettre en cause l'idée que les juges du Conseil d'Etat soient des magistrats à part entière (alors qu'on pourrait estimer que les juges administratifs du fond le sont par leur inamovibilité) même si leur indépendance a valeur constitutionnelle<sup>363</sup> alors qu'elle ne figure pas expressément dans la Constitution. Aussi Michel Debré interpellait le comité consultatif constitutionnel le 5 août 1958 en ces termes : « restons fidèle au principe qui veut que la magistrature administrative n'existe pas, que ce sont simplement des fonctionnaires administratifs qui occupent la fonction de juge ; il ne faut pas croire à une magistrature administrative, il faut croire à des fonctionnaires administratifs libres qui exercent des fonctions judiciaires (...) »<sup>364</sup>.

Encore aujourd'hui, la question de leur indépendance suscite des interrogations.

Il n'est pas rare de voir des conseillers d'Etat issus de cabinets ministériels, tout comme certains d'entre eux sont nommés au tour extérieur par le pouvoir politique indépendamment de leurs compétences juridiques. Ce chassé-croisé entre les pouvoirs laisse songeur. Néanmoins, le Conseil d'Etat n'a de cesse de rappeler son indépendance et les grands arrêts de cette juridiction peuvent légitimer cette volonté affichée. Au Professeur Dominique Rousseau de soutenir malicieusement : « que le Conseil d'État est aujourd'hui aussi soucieux des droits et libertés que la Cour de cassation. Remarque périlleuse car, si le Conseil d'État n'a plus le souci de l'Administration, s'il la juge comme n'importe quelle autre personne, il perd sa raison d'être. Et il serait logique que le contentieux administratif quitte le Conseil d'État et relève d'une chambre de la Cour de cassation. Resterait son rôle d'assistant du gouvernement de la

---

<sup>358</sup> F. Terré, *Perspectives et avenir du dualisme juridictionnel*, AJDA 1990, p. 595.

<sup>359</sup> M-F. Mazars, *Le dualisme juridictionnel en 2005, point de vue d'un juge judiciaire*, AJDA 2005, p. 1777.

<sup>360</sup> B. Stirn, *Quelques réflexions sur le dualisme juridictionnel*, Justices 1996, n°3, p. 41.

<sup>361</sup> J. Caillosse, *Les justifications du maintien actuel du dualisme juridictionnel*, AJDA 2005, p. 1781 ; P. Léger, *Le dualisme juridictionnel a-t-il encore une raison d'être ?* p. 233. Principes de justice in « Mélanges en l'honneur de Jean-François Burgelin », Dalloz, 2008.

<sup>362</sup> A. Van Lang, *Le dualisme juridictionnel en France : une question toujours d'actualité*, AJDA 2005. 1760.

<sup>363</sup> Cons. Const, décision n°80-119 DC du 22 juillet 1980.

<sup>364</sup> Cité par D. Salles, *Michel Debré et la protection de la liberté individuelle par l'autorité judiciaire*, Cahiers du Conseil Constitutionnel n°26, août 2009.

République. Impossible réforme car elle devrait recueillir l'avis favorable du Conseil d'État dans sa formation actuelle ? Non puisque tout le monde loue sa sagesse »<sup>365</sup> !

Le fait est que le Conseil d'Etat fait désormais partie intégrante du paysage juridictionnel ; le droit administratif est un des piliers des études de droit avec le droit civil. Même les auteurs les plus autorisés peinent à relancer le débat.

Notre sujet nous invite cependant à plus de réserve. Ce changement se fera sans doute par touches successives, contentieux par contentieux. Le droit de la responsabilité corporelle est l'un de ces nombreux contentieux écartelé entre juridictions administratives et judiciaires. Il a d'ailleurs montré par le passé que le juge judiciaire pouvait parfaitement apprécier la responsabilité de l'administration selon les règles établies par le Code civil. D'ailleurs, nombreux sont les textes qui lui reconnaissent ce pouvoir et il peut aussi statuer selon le droit administratif comme le montre la célèbre affaire du docteur Giry de 1956<sup>366</sup>.

En ce qui concerne le contentieux de la responsabilité médicale, son unification au profit des juridictions civiles a un intérêt majeur, tant théorique (A) que pratique (B).

---

<sup>365</sup> D. Rousseau, *De quoi le Conseil d'Etat est-il le nom ?* Gazette du Palais, n°26, juillet 2016.

<sup>366</sup> « Nombreux sont les textes qui reconnaissent aux juridictions judiciaires la compétence d'apprécier la responsabilité de l'administration selon les règles établies par le Code civil. La responsabilité de l'administration peut aussi être jugée par les tribunaux judiciaires selon le droit administratif. L'origine de cette exception se trouve dans la très célèbre affaire du docteur Giry jugée par la Cour de cassation le 23 novembre 1956 ». J. Coelho, *Responsabilité médicale : réflexions sur l'unification des règles de compétence juridictionnelle*, RGDM, n°13, août 2004, pp. 153-168.

## A / Une possibilité théorique

Les révolutionnaires ont instauré une dualité de juridiction afin d'empêcher les magistrats d'influer sur la vie politique et législative du pays en les écartant des différends susceptibles de naître entre les administrés et l'administration.

Il paraît aujourd'hui illusoire de penser que le juge judiciaire peut influencer d'une quelconque façon la vie politique du pays à travers ce contentieux de la responsabilité médicale dont les fondements sont les mêmes, peu importe l'ordre de juridiction. Les actes de soin des professionnels issus de la fonction publique hospitalière ne sont pas des actes d'administration dont les révolutionnaires voulaient retirer la connaissance au juge judiciaire.

Le conflit de juridictions en matière de responsabilité médicale a, pour cette raison, très vite suscité un bras de fer jurisprudentiel. Le tribunal des conflits en indiquant que « les fautes imputées aux médecins et à la sage-femme, si elles étaient démontrées, se rattacherait à l'exécution du service public dont ces deux médecins et la sage-femme avaient respectivement la charge »<sup>367</sup>. La Cour régulatrice contestait cette position eu égard à l'indépendance professionnelle des médecins mais s'est inclinée<sup>368</sup>. Loin d'être éludée, la question revient régulièrement.

***Une conceptualisation de la faute assez proche chez le juge civil et le juge administratif.*** Aujourd'hui, il nous semble qu'il n'existe pas, sur le plan théorique au moins, une immense différence entre la faute dans l'organisation du service et la faute d'une clinique<sup>369</sup> car elles imposent toutes deux une réparation intégrale ; aussi on a-t-on pu parler de « l'identité ontologique des dommages »<sup>370</sup>.

D'aucuns soutiennent que l'usage du service public hospitalier est un contractant comme un autre<sup>371</sup>.

La distinction entre droit privé et droit public semble, de manière encore plus prégnante dans ce contentieux, assez artificielle<sup>372</sup>. Il faut mentionner à ce sujet que les avocats spécialisés dans le domaine

---

<sup>367</sup> T. confl. 25 mars 1957, *Chilloux et Isaad Slimane*, 2 esp., Rec. CE, p. 816, S. 1957.196. concl. J. Chardeau, D. 1957.395, concl. J. Chardeau, AJDA 1957.187, chron. J. Fournier et G. Braibant, Rev. adm. 1957.247, note G. Liet-Veaux.

<sup>368</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 7 juillet 1960, Gazette du Palais, 1960, 2, p. 180.

<sup>369</sup> « Les juges administratifs raisonnent autour de la faute de soins ou de la faute de service, alors que les juridictions civiles se réfèrent aux obligations contractuelles ». G. Mor, *Evaluation du préjudice corporel : stratégies d'indemnisation, méthodes d'évaluation*, 2014/2015, Paris, Delmas, 2014, p. 138.

<sup>370</sup> Selon l'expression de M. Deguegue, *L'exorbitance du droit de la responsabilité administrative*, in F. Melleray (ss dir.), « L'exorbitance du droit administratif en question(s) », Paris, LGDJ, 2004, p. 207.

<sup>371</sup> M. Moron-Puech, *L'usage du service public administratif hospitalier : un contractant !* RDSS, n°3, 30 juin 2017, p. 512. L'auteur soutient la reconnaissance de la qualification de contractant pour l'usage d'un service public hospitalier sans remettre en cause la compétence du juge administratif.

<sup>372</sup> « Même s'il est vrai que la distinction entre droit privé et droit public ne présente pas quelque artifice, ainsi que le faisait remarquer le doyen J.-M. Auby ». G. Mémeteau, M. Harichaux, *Clinique. Responsabilité contractuelle ou responsabilité délictuelle ? Patient et tiers. Garantie.* RDSS 2001, p. 87 sous CE, 16 juin 2000, *Hospices civiles de Lyon*, D. 2000. IR. 234.

exercent leurs compétences indépendamment du lieu où a lieu l'accident et plaident de ce fait autant devant les juridictions civiles que les juridictions administratives.

Un magistrat a bien rappelé que « le droit du dommage corporel transcende la distinction droit privé/droit public (...) En effet, la coordination des acteurs, l'harmonisation des procédures et la rénovation des outils d'appréciation médico-légaux n'auront de sens et ne seront effectives que si elles dépassent le clivage droit privé/droit public »<sup>373</sup>.

C'est ainsi que l'on pouvait penser que la loi du 4 mars 2002 reviendrait sur cette dualité du contentieux (a), la doctrine ayant majoritairement défendu cette position (b).

#### a) La loi du 4 mars 2002 : les prémices d'une unification

On aurait pu croire que la loi du 4 mars 2002 serait plus ambitieuse en ce qui concerne l'unification des compétences. Dans cet esprit, elle avait institué en son article L.1142-1 du code de la santé publique un régime commun et unifié de responsabilité des professionnels de santé indépendamment du juge.

L'heure semblait propice à une unification, à la fois des principes généraux mais aussi des éléments pratiques comme la prescription et l'obligation d'assurance.

Concernant cette question, rien dans les débats parlementaires ne laissait présager une telle évolution si ce n'est la proposition du rapporteur Claude Evin en première lecture de créer une juridiction spécifique unifiant les contentieux administratif et judiciaire mais uniquement pour régler le problème de l'indemnisation de l'aléa<sup>374</sup>.

Pourtant, la loi a bien proclamé un régime autonome et uniforme de responsabilité médicale que certains auteurs ont associé à une responsabilité délictuelle spéciale<sup>375</sup>.

***Le principe du transfert des compétences déjà utilisé par la loi.*** « Curieusement l'unité du régime juridique d'indemnisation applicable ne s'est pas concrétisée par l'unité juridictionnelle au profit du judiciaire, comme c'est le cas en matière d'accidents de la circulation pour les véhicules administratifs (loi du 30 octobre 1968), pour les victimes de recherches biomédicales, fût-ce à l'hôpital public (art.L. 1126-7 CSP). On doit le regretter, car le maintien de la dualité juridictionnelle peut porter atteinte à l'unité du régime juridique d'indemnisation des victimes d'accidents médicaux, par des divergences

---

<sup>373</sup> T. Leleu, *Les outils d'appréciation médico-légaux dans le contentieux de la responsabilité publique*, AJDA 2014, p. 1816.

<sup>374</sup> <http://www.assemblee-nationale.fr/11/cr-cafc/00-01/c0001053.asp>

<sup>375</sup> P. Remy, obs.sous Cass. 1<sup>re</sup> civ, 13 novembre 2002 : RGDA, 2003, p. 100.

d'interprétation de la loi »<sup>376</sup>. C'est ainsi que le Professeur Yvonne Lambert-Faivre avait exprimé sa déception que les accidents médicaux ne soient confiés à l'ordre judiciaire<sup>377</sup>.

Nonobstant ce fait, ces auteurs ont bien relevé que la loi n'est pas hostile à ce principe puisqu'elle a organisé une compétence de principe aux tribunaux judiciaires pour les accidents de la circulation par le biais de l'article 1<sup>er</sup> de la loi n°57-1424 du 31 décembre 1957. De plus, le code de la santé publique prévoit une nouvelle dérogation à l'article 13 de la loi des 16 et 24 août 1790 en imposant que le tribunal de grande instance soit seul compétent pour statuer sur toute action en indemnisation des dommages résultant d'une recherche impliquant la personne humaine.

Rien ne s'oppose d'ailleurs à ce que le juge administratif conserve certaines parties de ce contentieux, notamment en matière de responsabilité des centres de transfusion sanguine où sa compétence est exclusive. Par ailleurs, la loi du 31 décembre 1991<sup>378</sup> a prévu une compétence judiciaire unique de la 1<sup>re</sup> chambre de la cour d'appel de Paris pour le contentieux des contaminations post-transfusionnelles par le VIH (ce transfert se fit notamment par la constitution de pôles santé spécialisés<sup>379</sup>).

Le Conseil Constitutionnel n'est pas non plus indisposé aux transferts de compétences comme il l'a indiqué en 1987 : « lorsque l'application d'une législation ou d'une réglementation spécifique pourrait engendrer des contestations contentieuses diverses qui se répartiraient, selon les règles habituelles de compétence, entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire, il est loisible au législateur, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, d'unifier les règles de compétence juridictionnelle au sein de l'ordre juridictionnel principalement intéressé »<sup>380</sup>. Sur cet aspect, son contrôle est strict lorsqu'on s'écarte du principe du dualisme juridictionnel<sup>381</sup>.

---

<sup>376</sup> Y. Lambert-Faivre, S. Porchy-Simon, *Droit du dommage corporel : systèmes d'indemnisation*, 7<sup>e</sup> éd, Paris, Dalloz, 944 p, p. 667.

<sup>377</sup> Y. Lambert-Faivre, *La loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, L'indemnisation des accidents médicaux*, D. 2002, p. 1367.

<sup>378</sup> Loi n°91-1406 du 31 décembre 1991 portant diverses dispositions d'ordre social.

<sup>379</sup> G. Memeteau, *Le juge ignorant la médecine ?* Gazette du Palais, 08 février 2014 n° 39 in Recueil bimestriel, janvier/février 2014, pp. 160-161 : « certaines juridictions peuvent recevoir compétence exclusive du droit commun pour connaître des litiges en indemnisation des suites de certains accidents médicaux. On parlera de « pôles santé » spécialisés. L'article R. 3122-8 du CSP attribue à la cour d'appel de Paris les actions contre l'ONIAM dans le cadre de la contamination par le VIH, et il est fréquent que les juridictions importantes laissent désigner par le terme « pôle » des chambres spécialisées, qui ont toujours plus ou moins existé ».

<sup>380</sup> Décision n°86-224 DC du 23 janvier 1987.

<sup>381</sup> V. Renoux (T-S.), *L'apport du Conseil Constitutionnel à l'application de la théorie de la séparation des pouvoirs en France*, art. cité : Néanmoins, ces dérogations à la répartition normale des compétences contentieuses obligatoires ne peuvent être qu'exceptionnelles et fortement justifiées : le Conseil constitutionnel exerce à cet égard un contrôle qui peut sembler strict sur les transferts de compétences contentieuses opérés par le législateur d'une branche du pouvoir juridictionnel à l'autre ».

La loi du 4 mars 2002, en unifiant les principes généraux du droit de la responsabilité médicale et le délai de prescription, aurait pu continuer sur sa logique en achevant cette réforme.

On ne pourra lui reprocher d'avoir pris au moins cette direction (il faut d'ailleurs préciser que cette loi a déjà plus de quinze ans).

Cette orientation est d'ailleurs largement défendue par la doctrine.

## b) L'apport critique de la doctrine

Bon nombre des spécialistes de la matière s'interrogent encore sur la nécessité de diviser ce contentieux et ils sont majoritaires - si ce n'est quasi unanimes - à en défendre l'idée<sup>382</sup>.

***Une doctrine quasi unanime sur la nécessité d'unifier la compétence juridictionnelle en matière de responsabilité médicale.*** D'emblée le Professeur Antoine Leca remarque que « l'existence de deux ordres de juridictions distincts implique une bipartition bizarre du contentieux médical l'amenant à se répartir en deux volets, l'un judiciaire pour le secteur privé et l'autre administratif pour le secteur hospitalier »<sup>383</sup>.

Quant à Emmanuel Savatier, il soulignait déjà en 1998, dans le sillage de ses illustres prédécesseurs, que « les fautes de technique médicale présentent des caractères identiques, qu'elles soient imputables à un médecin libéral ou à un médecin hospitalier. Rien ne justifie [...] l'éclatement du contentieux de la responsabilité médicale entre les juridictions judiciaires et administratives et la dualité de régimes applicables. Quel que soit son statut, le médecin doit accomplir les gestes techniques en respectant les règles de l'art ou [...] les données acquises de la science »<sup>384</sup>.

De ce fait, on a pu estimer que la montagne a accouché d'une souris<sup>385</sup>.

---

<sup>382</sup> J. Penneau, *La responsabilité du médecin*, 2<sup>e</sup> éd, Paris, Dalloz, 1996 ; Y. Lambert-Faivre, *Droit du dommage corporel – Système d'indemnisation*, 4<sup>e</sup> éd, Paris, 2000, p. 680 ; S. Welsch, *Responsabilité du médecin*, Paris, Litec, 2000, p. 40 ; S. Hocquet-Berg, *La réparation du préjudice d'un défaut d'information* in « Conseil d'Etat, Santé et justice : quelles responsabilités ? Dix ans après la loi du 4 mars 2002 », op. cité, pp. 277-278 : « Comment pouvait-on, en effet, ne pas imaginer qu'en confiant aux deux ordres de juridiction le rôle d'appliquer un régime de responsabilité désormais unifié, on n'aboutirait pas un jour à un tel écueil ? N'eût-il pas été préférable, comme en matière d'accidents de la circulation, de confier à un seul ordre de juridiction l'examen des accidents médicaux ? ».

<sup>383</sup> A. Leca, *L'indemnisation du risque médical au titre de la solidarité nationale*, p. 83 in J.-F. Abeille, M. Albertin, S. Campagnola, P. Chiaverini, F. Cirillo, J.-C. Duchon-Doris, A. Leca, X. Leduc, P. Tourame, *Le risque médical (n°1)*, Les cahiers du droit de la santé du sud-est juridiques, historiques et prospectifs, Bordeaux, Les Etudes Hospitalières, 2003, 148 p, p. 90.

<sup>384</sup> E. Savatier, *Les données de la responsabilité médicale à la fin du XX<sup>e</sup> siècle*, thèse Lyon III, 1998, n°486, p. 519.

<sup>385</sup> J. Coelho, *Libre propos sur la réforme de la responsabilité médicale : la montagne a accouché d'une souris !* Revue droit & santé n°17, mai 2007, pp. 339-341 : « c'est ici une particularité de notre droit qui est émiétté et par conséquent partagé entre deux ordres de juridiction (sur la question du dualisme juridictionnel, voir nos articles, « La loi du 4 mars 2002 et l'occasion manquée d'unifier la compétence juridictionnelle du contentieux médical », *Gestions hospitalières*, n° 438, août-septembre. 2004, p. 543 ; « Indemnisation des victimes d'accidents médicaux : à quand un juge unique ? », *Médecine & Droit*, n° 64, janvier-février 2004, p. 22 ; *Responsabilité médicale : réflexions sur l'unification des règles de compétence juridictionnelle*, RGDM, 2004, n° 13, p. 153.

*Une nécessité déjà évoquée dans un rapport de 2011.* Le rapport sur « le bilan et les propositions de réformes de la loi du 4 mars 2002, relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé » présenté par Alain-Michel Ceretti<sup>386</sup> en 2011 soutenait que « la dualité des deux ordres de juridictions, qui conduit la victime à s'adresser soit à une juridiction judiciaire soit à une juridiction administrative selon la situation au cours de laquelle est intervenu l'accident, crée pour la victime une situation complexe qui peut conduire à des retards dans le traitement du contentieux, à des frais supplémentaires inutiles »<sup>387</sup>. Le rapport concluait que « dans le strict respect des lois récentes prônant une simplification du droit, le choix de porter l'intégralité du contentieux relatif à la responsabilité médicale devant un seul et même ordre de juridiction, serait salubre »<sup>388</sup>.

D'autres sont moins magnanimes, à l'image de l'avocat Dominique Cartron qui soutenait que « rien ne justifie la double compétence juridictionnelle en considération de la qualité du professionnel de santé concerné. (...) En cette matière comme dans d'autres, seul le courage manque. Tous, pouvoirs publics, assureurs, associations d'usagers ou de victimes, savent où le bât blesse. Les propositions sont en débat depuis de nombreuses années »<sup>389</sup>.

A Laurent Bloch de conclure : « la loi du 4 mars 2002 a marqué une étape essentielle dans les droits des patients et la procédure de règlement amiable participe à l'évidence d'une meilleure garantie de ces droits : unification des délais de prescription, uniformisation des règles applicables... mais cet avis du Conseil d'État montre les limites d'un système qui appelle une nouvelle réforme. Il ne faudra plus alors faire l'économie des questions qui fâchent, telles que celles de l'unification de la compétence judiciaire »<sup>390</sup>. Les problèmes liés à la dualité du contentieux sont davantage pratiques.

---

<sup>386</sup><http://socialsante.gouv.fr>.

<sup>387</sup> Ibid. p. 93.

<sup>388</sup> Ibid. p. 243.

<sup>389</sup> D. Cartron, *Assurance, responsabilité et droit des victimes*, Revue de droit sanitaire et social, Numéro hors-série 2010, Actes du colloque de l'association française du droit de la santé, Paris, Dalloz, mars 2010, pp. 27-28.

<sup>390</sup> L. Bloch, Avis CE, 17 septembre 2012, n° 360280 : *histoire d'une réponse préjudiciable à une question préjudicielle*, Resp. civ & ass. n° 10, octobre 2012, alerte 25.

## B / Une nécessité pratique

Le problème majeur n'est pas tant les conflits de compétence qui ne sont pas si fréquents mais les conflits de jurisprudence<sup>391</sup>. Dans de nombreux domaines, le Conseil d'Etat s'est rallié tardivement au juge judiciaire. Un exemple marquant pourrait être le contrôle de conventionnalité assuré par la Cour de cassation dès 1975<sup>392</sup> mais seulement quatorze ans plus tard par la Haute Juridiction administrative<sup>393</sup>.

La première difficulté de cette dualité était de bien distinguer la faute personnelle de la faute de service issues du célèbre arrêt *Pelletier* du tribunal des conflits<sup>394</sup> (voire de bien distinguer la frontière entre service public et service privé<sup>395</sup>). Les premiers arrêts du droit médical en portent l'empreinte car la dualité de juridictions a rapidement montré ses limites.

En effet, M. Teyssier, victime d'une mauvaise pose d'un appareillage médical à l'hôpital public de Bordeaux, a engagé une action en réparation devant le juge administratif contre les hospices civils de Bordeaux. Le Conseil d'Etat<sup>396</sup> l'a débouté dans la mesure où, selon la jurisprudence de l'époque du juge administratif, la responsabilité d'un hospice ne pouvait être engagée qu'au cas où il aurait été commis soit une faute dans l'organisation du service, soit une faute lourde dans les soins chirurgicaux.

Parallèlement à l'action devant le juge administratif, M. Teyssier a donc mis en cause l'hospice devant la juridiction judiciaire qui a fait suite à sa demande. Le chirurgien en question avait pourtant soulevé un moyen tenant à l'incompétence des tribunaux de l'ordre judiciaire devant la Cour de cassation. Malgré cette complexité encore bien établie, un grand arrêt a pu voir le jour<sup>397</sup>.

---

<sup>391</sup> « Ce type de désordre peut avoir de lourdes conséquences, comme par exemple dans les drames du sang contaminé ou de l'amiante, où il eut été incompréhensible et indécent, sinon inhumain, pour les victimes que leurs droits soient jugés de façon fondamentalement différente selon le juge compétent. Fort heureusement les deux Ordres ont veillé à ce que les solutions soient très proches malgré des concepts juridiques différents ». P. Sargos, *La prise en compte des grands paramètres de la décision judiciaire*, troisième partie : trancher, in *L'office du juge*, Colloque organisé par le Professeur Gilles Darcy, le Doyen Véronique Labrot et Mathieu Doat, Paris, Palais du Luxembourg les 29 et 30 septembre 2006, [http://www.senat.fr/colloques/office\\_du\\_juge/office\\_du\\_juge\\_mono.html](http://www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge_mono.html)

<sup>392</sup> Arrêt *Jacques Vabre*, Cass. ch. mixte, 24 mai 1975, n°73-13556.

<sup>393</sup> CE, Ass, 20 octobre 1989, n°108243, Rec. Lebon, p. 190.

<sup>394</sup> TC, 30 juillet 1873, Rec. Lebon, p. 117.

<sup>395</sup> C. Chamot, conclusions sur CAA, Marseille, 30 janvier 2014, n° 11MA00403, AJDA, n° 21, 16 juin 2014 : « La juridiction administrative n'est compétente pour connaître de la demande dirigée contre une société privée d'ambulance chargée d'une mission de service public tendant à mettre en jeu la responsabilité quasi délictuelle de la personne morale de droit privé « que si le dommage se rattache à l'exercice par cette dernière de prérogatives qui lui ont été conférées pour l'exécution de la mission de service public dont elle a été investie ». Seule la juridiction judiciaire est compétente lorsque sont discutées les modalités de prise en charge et de transport d'une personne entre son domicile et un centre hospitalier par la société privée d'ambulances ».

<sup>396</sup> CE, 12 mars 1937, *Teyssier c/Hospices civils de Bordeaux*, D. 1937. 320, S. 1937. III. 73.

<sup>397</sup> Req. 28 janvier 1942, *Parcelier c/Teyssier*, DC 1942.63 ; Gazette du Palais, 1942-1, p. 177.

A la vérité, cette distinction a été aujourd'hui réduite à peau de chagrin et le Conseil d'Etat, soucieux de préserver les victimes de l'insolvabilité des agents publics, a également estimé que la victime pouvait toujours en cas de faute personnelle (sauf dépourvue de tout lien avec le service) se retourner contre l'administration. On peut dès lors penser que cette faute personnelle détachable du service est quasiment introuvable<sup>398</sup>.

Une nécessité pressante et actuelle tend à défendre l'idée d'un contentieux unifié (a) au profit des juridictions civiles (b).

#### a) Une nécessité liée aux mutations du système de santé

Aujourd'hui, l'hôpital est de plus en plus ouvert à l'exercice médical à titre libéral dans un souci d'attractivité financière face au privé.

***Des frontières de plus en plus floues entre l'activité hospitalière et libérale.*** Il y a donc des professionnels de santé qui exercent à l'hôpital (dans un cadre limité par la loi<sup>399</sup>) à titre libéral. De ce fait, certains praticiens (statutaires exerçant à temps plein) peuvent réaliser à titre privé des consultations, des actes et des soins en hospitalisation au sein de leur établissement d'affectation. Cette pratique est loin d'être anecdotique<sup>400</sup> et remet en cause le critère organique pour déduire la compétence de la juridiction selon le lieu où ont été pratiqués les soins.

On est de fait dans une situation pour le moins étonnante où le professionnel de santé peut passer dans la même journée d'une responsabilité administrative à une responsabilité civile alors même qu'il est soumis aux dispositions du code de la santé publique qui concernent tous les professionnels de santé, indépendamment de leur lieu d'exercice<sup>401</sup>.

---

<sup>398</sup> S. Hocquet-Berg, *L'introuvable faute personnelle détachable du service !*, Revue droit & santé n°2, novembre 2004, pp. 115-116, sous CA, Rouen, 1<sup>re</sup> ch, 11 février 2004 : Juris Data n°2004-237214 ; néanmoins elle a été retenue dans une espèce intéressante où le médecin avait refusé de se déplacer au chevet des malades (Cass. crim, 25 mai 1982, Bull. crim, 1982, p. 368, n°134 ; Gazette du Palais, 1982, somm. 358, obs. Doucet ; D. 1983, IR p. 376, note J. Penneau ; RDSS, 1982, p. 89, note J.-M de Forges.

<sup>399</sup> Voir les articles L. 6154-1 à L. 6154-7 et les articles R. 6154-10 à R. 6154-24 du Code de la Santé publique (CSP).

<sup>400</sup> « Environ 4 500 praticiens hospitaliers exercent une activité libérale à l'hôpital, soit environ 11% des PH. En secteur 2, 1 933 praticiens (soit 43% des praticiens ayant une activité libérale) ont réalisé des dépassements d'honoraires pour un montant total de 64,1 millions d'euros soit 38 000 euros par praticien. La majorité des contrats d'activité libérale concerne les activités chirurgicales et la gynécologie obstétrique (plus de 60%). » Fiche thématique du CISS n°35, *L'exercice libéral de la médecine à l'hôpital*, 2015 ; <http://www.leciss.org/sites/default/files/35-Exercice%20liberal%20hopital-fiche-CISS.pdf>

<sup>401</sup> V. CAA, Lyon, 22 janvier 2008, n°04LY01430 : « qu'il résulte de l'ensemble des dispositions qui régissent cet exercice d'une activité libérale, que les rapports qui s'établissent entre les malades admis à l'hôpital et les médecins, chirurgiens, spécialistes à temps plein auxquels ils font appel, relèvent du droit privé ; que l'hôpital où ils sont admis ne saurait, dès lors, être rendu responsable des dommages causés aux malades privés de ces praticiens lorsque ces dommages trouvent leur origine dans un agissement prétendument fautif imputé aux médecins, chirurgiens ou spécialistes auxquels ces malades se sont confiés ; que la responsabilité de l'hôpital ne peut, en cas de dommages survenus aux malades privés de ces praticiens, être engagée qu'au cas où il est établi que ces dommages ont pour cause un mauvais fonctionnement du service public, résultant soit d'une mauvaise installation des locaux, soit d'un matériel défectueux, soit d'une faute commise par un membre du personnel de l'hôpital mis à la disposition desdits médecins, chirurgiens et spécialistes ».

La doctrine dénonce régulièrement les difficultés pratiques d'une dualité de juridictions car « il en résulte une architecture des règles de compétence aussi complexe qu'incompréhensible, voire même déroutante, où les tribunaux judiciaires sont compétents pour apprécier la responsabilité civile des médecins et établissements privés, celle des médecins hospitaliers exerçant en clinique ouverte ou ayant commis une faute détachable du service et dans tous les cas lorsque la faute reçoit une qualification pénale<sup>402</sup>. Sans oublier l'action de groupe en matière de santé qui soulève déjà des questionnements sur la juridiction compétente<sup>403</sup>.

***L'aspect néfaste des contradictions de jurisprudences.*** La difficulté majeure de cette dualité de juridiction réside aussi dans les jurisprudences contraires. Il fut un temps où l'aléa thérapeutique était indemnisé par les juridictions administratives alors qu'il ne l'était pas par les juridictions judiciaires<sup>404</sup>.

Certains auteurs se sont même demandé à l'époque s'il n'était pas préférable pour un patient de choisir l'hôpital public eu égard à la jurisprudence administrative<sup>405</sup> avant que la loi du 4 mars 2002 ne mette fin à cette discordance. Ce fut également le cas pour le renversement de la charge de la preuve en matière de devoir d'information imposé par la Cour de cassation en 1997 dans son arrêt *Hedreul*<sup>406</sup> et repris trois ans plus tard par le Conseil d'Etat dans son arrêt *Consorts Telle*<sup>407</sup>.

De plus, la juridiction administrative a longtemps fait une distinction entre l'infection nosocomiale endogène et les infections nosocomiales exogènes, estimant que seules ces dernières ouvraient droit à la réparation ; différenciation auquel le juge civil s'est toujours opposé<sup>408</sup>.

En effet, antérieurement à la loi du 4 mars 2002, le juge administratif écartait la présomption de faute, dès lors que l'origine endogène de l'infection nosocomiale était certaine<sup>409</sup>.

---

<sup>402</sup> J. Coelho, *Responsabilité médicale : réflexions sur l'unification des règles de compétence juridictionnelle*, RGDM, n°13, août 2004, pp. 153-168, p. 165.

<sup>403</sup> K. Haeri et B. Javaux, *L'action de groupe « santé » soulève de nombreuses difficultés*, D. 2015, p. 584.

<sup>404</sup> M. Parisot, *Accident médical : la sévérité des juges dans l'appréciation du caractère d'extrême gravité du dommage*, Revue droit & santé n°28, mars 2009, p. 140.

<sup>405</sup> C. Clément, *1990-2002 : une période jurisprudentielle faste pour les droits des patients*, RGDM, n°7, 2002, pp. 31-46, p. 45 : « On peut, par ailleurs, imaginer des patients préférer le secteur public, car en allant dans le secteur privé et si d'aventure leur hospitalisation se termine par un échec, leur palette d'actions se réduit à la seule responsabilité pour faute. En droit médical privé, ni le médecin ni la clinique ne sont tenus à une responsabilité sans faute. Pourtant, le patient du secteur privé à tout autant droit à obtenir réparation que l'utilisateur du service public hospitalier lorsqu'il est victime d'un risque médical. Même si le juge civil, pour parvenir à une indemnisation, trouve des solutions, il demeure que ce sont des solutions spéculatives (théorie de la perte d'une chance, par exemple). L'indemnisation du risque médical appelle une sérieuse réforme ».

<sup>406</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 25 février 1997, n°94-19685.

<sup>407</sup> CE, 5 janvier 2000, *Consorts Telle*, n°181899, Rec. p. 5, concl. Chauvaux.

<sup>408</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 4 avril 2006, n°04-17.491 : « la responsabilité de plein droit pesant sur le médecin et l'établissement de santé en matière d'infection nosocomiale n'est pas limitée aux infections d'origine exogène ».

<sup>409</sup> CE, 27 septembre 2002, *Mme Neveu*, n° 211370, Lebon. p. 315 ; CE, 2 février 2011, *Leverne*, n° 320052 ; CAA Nancy, 25 janvier 2007, n°06NC0068.

Cette séparation a été abandonnée depuis que la loi a fait « peser sur l'établissement de santé la responsabilité des infections nosocomiales, qu'elles soient exogènes ou endogènes, à moins que la preuve d'une cause étrangère ne soit apportée »<sup>410</sup>. Il est tout de même difficile de concevoir qu'un accident médical ait un régime juridique différent en fonction du lieu de prise en charge.

Le Professeur Georges Durry déclarait que « ce serait un progrès du Droit de mettre sur pied un système qui éviterait à l'avenir, spécialement dans le domaine de la responsabilité, lequel met en jeu le droit à réparation des victimes, des contrariétés choquantes de jurisprudence. Car celles-ci constituent toujours un déni de justice pour l'une des deux parties, déni qu'un État de droit comme le nôtre se doit, à mon sens, de combattre »<sup>411</sup>.

***L'essor de la coopération interprofessionnelle et l'enchevêtrement des responsabilités.*** Assurément, cette dualité ne correspond plus à l'exercice moderne de la médecine.

D'ailleurs, on évoque aujourd'hui très souvent la mutualisation dans les services publics<sup>412</sup>(sans compter la coopération interprofessionnelle<sup>413</sup>) et donc la nécessité de rapprocher les établissements hospitaliers publics des cliniques privées<sup>414</sup>.

A cette fin, le code de la santé publique prévoit des régimes de coopération comme les groupements de coopération sanitaire qui peuvent être constitués par des « établissements de santé publics ou privés, des établissements médico-sociaux »<sup>415</sup>.

Pour le Professeur Claudine Esper, « la restructuration de l'offre de soins passe notamment par le regroupement et la mutualisation des compétences des acteurs de santé. Pour cela, les cliniques privées se rapprochent des établissements publics de santé. Les médecins libéraux et les praticiens hospitaliers des hôpitaux publics mettent en commun leurs prestations et exercent hors des limites habituelles de leur exercice »<sup>416</sup>.

---

<sup>410</sup> CE, 10 octobre 2011, *Centre hospitalier universitaire d'Angers*, n°328500.

<sup>411</sup> G. Durry, *Rapport de synthèse du colloque du 9 octobre 2009 à Tours à la faculté de Tours*, Responsabilité civile et assurances n° 3, Mars 2010, dossier 14.

<sup>412</sup> V. Gaboriau, *La mutualisation dans les services publics, nouvel enjeu de coopération*, RDSS 2012, p. 45.

<sup>413</sup> J-L. Romanens, *Service public hospitalier : genèse d'un concept*, revue droit & santé n°53, mai 2013, pp. 276 à 289 : « Demain, l'enjeu très lourd des maladies chroniques ne pourra être relevé qu'à l'aide d'un service public hospitalier renouvelé, coordonné dans une dynamique locale de coopération interprofessionnelle de santé, au plus près, pour et avec la personne, dans une nouvelle forme d'assistance au bien-être de santé ».

<sup>414</sup> C. Lavigne, *La coopération entre établissements privés et publics à l'épreuve*, RDSS, 1990, p. 537 ; P. Yolka, *Domaine public et coopération interhospitalière*, RFDA, 2002, p. 515 ; J-M de Forges, M. Cormier, *Autorisations hospitalières. Syndicats interhospitaliers. Groupements de coopération sanitaire*, RDSS 2001. 70.

<sup>415</sup> Article L. 6133-2 du Code de la santé publique.

<sup>416</sup> C. Esper, *Le groupement de coopération sanitaire : actualité et limites*, RDSS 2007, p. 117.

La coopération sanitaire implique un cadre juridique renouvelé. Cette dualité de juridictions imposée il y a quatre siècles ne correspond plus aux pratiques et aux défis contemporains du droit.

***Des difficultés pratiques inextricables.*** Cette dualité, dans le cadre de la coopération sanitaire, a donné lieu à des situations ubuesques<sup>417</sup>. C'est ce qu'illustre un arrêt récent du tribunal des conflits<sup>418</sup> où une patiente a été prise en charge au sein d'une clinique par un médecin anesthésiste praticien hospitalier dans le cadre d'un groupement de coopération sanitaire.

Sa prothèse dentaire ayant été brisée suite à l'ablation de sa thyroïde, elle a demandé une expertise auprès du juge des référés du tribunal de grande instance des Sables d'Olonne qui déclina sa compétence. Elle s'adressa alors au juge des référés du tribunal administratif de Nantes qui se déclara incompétent à son tour en renvoyant par la même occasion cette question de compétences au Tribunal des conflits.

Le Tribunal des conflits estima avec un peu d'hésitation que le centre hospitalier conservait la responsabilité des praticiens hospitaliers dont le statut est de droit public.

Néanmoins, le Tribunal précisa que le patient « peut aussi rechercher devant la juridiction judiciaire la responsabilité de l'établissement de soins privés au sein duquel il a été soigné et avec lequel il a conclu un contrat de soins et d'hospitalisation de droit privé ». Dans le cas présent, le juge administratif devait se prononcer sur cette demande.

Cet arrêt particulièrement intéressant montre que la dualité de juridictions entraîne de nombreux problèmes de compétences, pour les patients d'une part, et pour les juges d'autre part. Ni le juge administratif, ni le juge civil, ni les magistrats du tribunal des conflits ne semblaient ici clairement se prononcer.

---

<sup>417</sup> M. Guyomar, P. Collin, *L'obligation d'information du médecin à l'égard de son patient s'étend à tous les risques connus liés à l'acte devant être pratiqué*, AJDA 2000, p. 137 : « Le domaine de la responsabilité médicale est de ceux dans lesquels les conséquences de la dualité de juridiction sont les plus sensibles. Comment justifier, en effet, que l'indemnisation d'un dommage survenu à la suite d'un accident médical soit régie par des règles différentes selon que celui-ci s'est produit dans une clinique privée ou à l'hôpital ? Cette différence, déjà choquante entre deux litiges distincts, confine à l'absurde lorsque est en jeu un partage de responsabilité entre deux médecins, l'un relevant du secteur libéral, l'autre du secteur hospitalier. Cette hypothèse ne constitue pas un simple cas d'école. Le Tribunal des conflits a récemment eu à connaître, statuant au fond en application des dispositions de la loi du 20 avril 1932, d'une action en responsabilité exercée par un patient à la suite d'un accident dû à la transfusion de produits sanguins d'un groupe incompatible avec le sien et résultant d'une double faute du centre de transfusion sanguine, personne publique, et du médecin libéral (Trib. confl. 14 février 2000, *M. Ratinet c/ CHR de Nancy*).

<sup>418</sup> TC, 7 juillet 2014, *Mme A. C/ centre Hospitalier « Côte de lumière »*, n°C3951 ; S. Selusi, *Quand le tribunal des conflits tranche sans trancher...*, sous TC, 7 juillet 2014 : n°C3951, publié au recueil Lebon, Revue droit & santé n°63, janvier 2015, pp. 133-136.

Ce cas démontre que la dualité des juridictions est surannée compte tenu du développement des coopérations entre des établissements publics et privés<sup>419</sup> (on a retrouvé cette complication lors de coopérations en médecine d'urgence<sup>420</sup>).

Dans le cas précitée, la patiente a dû engager trois fois une procédure pour une simple demande d'expertise.

Enfin, le Tribunal des conflits a été saisi d'une autre affaire dans laquelle un praticien hospitalier exerçait dans une clinique privée dans le cadre d'un groupement de coopération sanitaire.

Le patient, estimant avoir subi une erreur médicale, a demandé une expertise au juge judiciaire puis au juge administratif ; les deux se sont déclarés incompétents et le juge administratif a renvoyé à statuer au Tribunal des conflits. Ce dernier a décidé que « lorsqu'un praticien hospitalier accomplit des actes médicaux au sein d'un établissement de soins privé dans les conditions qui ont été analysées ci-dessus, en application d'une convention telle que celle qui a été mentionnée, il doit être regardé comme exerçant en qualité d'agent du service public hospitalier (...) Il peut aussi rechercher devant la juridiction judiciaire la responsabilité de l'établissement de soins privé au sein duquel il a été soigné et avec lequel il a conclu un contrat de soins et d'hospitalisation de droit privé ».

C'est ainsi que, dans certains cas, il existe une double compétence des juridictions pour un même acte. L'enchevêtrement pose naturellement problème. Il n'est pas rare qu'un patient, tout au long de son parcours de soins, fréquente alternativement des hôpitaux et des cliniques.

S'il faut aujourd'hui mettre un terme à cette dualité de juridictions, il serait plus judicieux qu'elle se fasse au profit de ceux qui ont blanchi sous le harnais ; à savoir le juge civil, juge naturel de la responsabilité médicale.

---

<sup>419</sup> J. Saison-Demars, chr. *Responsabilité Médicale*, RGDM, n°53, décembre 2014, p. 329 ; V. Vioujas, *Quel régime de responsabilité en cas de dommage causé par un praticien hospitalier mis à disposition d'un établissement de santé privé ?*, JCP ACT, n° 19-20, 12 mai 2015, 2137 ; v. aussi : Commentaire de F. Lemaire, *Sur le statut du médecin libéral qui intervient dans le cadre de la permanence des soins*, RDSS, n°. 7 septembre 2015, p. 672, Note sous Cass. 1<sup>re</sup> civ, 4 février 2015, n°14-10.337.

<sup>420</sup> L'action en responsabilité dirigée contre un médecin libéral de permanence sollicité par le SAMU relève de la compétence du juge judiciaire et non du juge administratif : Cass. 1<sup>re</sup> civ, 4 février 2015, n°14-10337 ; v. aussi CAA, Paris, 31 décembre 2015, n°16-04.046 ; M. Touzeil-Divina, *Responsabilité(s) médicale(s) entre deux services dont un... public : le SAMU*, JCP Adm. et coll. n°20, 23 mai 2016, p. 428.

## b) Une nécessité au profit du juge civil, juge naturel de la responsabilité médicale

Le juge civil nous paraît être le juge habituel de ce contentieux et ce à maints égards. Il est historiquement celui qui a créé le droit médical (1), aidé pour cela par une doctrine majoritairement civiliste (2). Il est aussi celui qui le pratique régulièrement (3) et d'une manière particulièrement fine (4).

### 1) *Sur un plan historique*

La première partie de notre travail vient au soutien de notre affirmation. Les juges civils ont posé les premiers jalons de la responsabilité médicale pour des raisons historiques (on sait que le Conseil d'Etat a acquis beaucoup plus tard son indépendance).

Dès 1835, le juge civil a condamné les négligences des médecins. Il a rappelé en 1942 que la dignité était une composante centrale du droit de la santé.

Par ailleurs, la formule posée par son célèbre arrêt Mercier n'a jamais été contestée depuis. Le juge civil s'est montré soucieux des droits des patients indépendamment des pressions du corps médical en jugeant « que le médecin est tenu d'une obligation particulière d'information vis-à-vis de son patient et qu'il lui incombe de prouver qu'il a exécuté cette obligation »<sup>421</sup>. Dans cette perspective, il faut rappeler que le juge judiciaire est le premier garant des libertés individuelles avant que le juge administratif n'intervienne sur un terrain qui n'était pas le sien<sup>422</sup>.

En matière d'hospitalisation sans consentement par exemple, le rôle du juge judiciaire est d'ailleurs prépondérant<sup>423</sup>. Il en résulte que le juge administratif a, en matière de responsabilité, souvent puisé dans ce précieux vivier que constitue le droit civil.

---

<sup>421</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 25 février 1997, Bull. civ. I, n°75, p. 49.

<sup>422</sup> D. Rousseau, *De quoi le Conseil d'Etat est-il le nom ?* Gazette du Palais, n°26, juillet 2016 : « Il conseille le gouvernement de la République comme naguère il conseillait le Roi et ses ministres. Le nom du Conseil d'Etat est-il aussi celui de juge des libertés ? Il le revendique très fort ces temps-ci. Pourtant, ni le droit ni l'histoire ne permettent de valider cette prétention. » Mieux, l'article 66 de la constitution de 1958 fait de l'autorité judiciaire « la gardienne de la liberté individuelle ». La volonté de mettre toutes les libertés sous la protection du juge judiciaire est sans équivoque et il a fallu que des conseillers d'Etat occupent des postes stratégiques au Conseil constitutionnel pour que celui-ci réduise le champ d'application de l'article 66 et invente la notion de « liberté personnelle » inscrite nulle part dans la Constitution ! » ; J-M Sauvé, *Quel juge pour les libertés ?*, D. 2016. 1320.

<sup>423</sup> M.-O. Diemer, *La réforme de l'hospitalisation sans consentement et le contrôle des arrêtés préfectoraux : retour sur un mécanisme d'éviction du juge administratif*, Les Petites Affiches, 12 juin 2015, n°117, p. 4 : « La réforme de l'hospitalisation sans consentement opère un transfert de compétences au juge judiciaire salué par l'auteur : « le juge judiciaire dispose d'outils variés et complets afin de protéger la liberté individuelle mise à mal dans le cadre des hospitalisations sous contrainte » ; ce contentieux pose aussi des questions de compétences : v. CE, 26 juin 2015, n°381648.

***Les raisons originelles qui ont poussé le tribunal des conflits à séparer ce contentieux ne sont plus actuelles.*** Le commissaire du Gouvernement, dans des conclusions très pédagogiques, avait illustré la différence entre la jurisprudence administrative et civile.

« Si l'on juge que l'activité exercée par les médecins dans les hôpitaux publics est semblable à celle qu'ils peuvent déployer dans leur cabinet privé et doit être soumise aux mêmes règles, on peut logiquement aller jusqu'au bout du raisonnement et dire que le fonctionnement du service hospitalier, dans son ensemble, n'est pas différent de celui d'une clinique privée et doit être soumis aux règles de la responsabilité de droit commun »<sup>424</sup>. Le choix qui a présidé l'important arrêt de séparation du contentieux, l'arrêt Chilloux, est d'abord conceptuel « il n'est pas possible d'assimiler complètement la situation d'un médecin chargé d'un service public à celle d'un médecin exerçant son art pour une clientèle privée. C'est pourquoi nous vous proposerons de confirmer la notion traditionnelle de la faute de service, telle qu'elle a été admise jusqu'ici, par la jurisprudence du Conseil d'Etat et également par votre arrêt de 1954 » soutient le rapporteur Jacques Chardeau<sup>425</sup>.

Depuis, la jurisprudence a bien changé. De tout temps, le juge administratif a eu une conception très restrictive de la faute personnelle. Néanmoins, la faute de service, telle qu'il l'entend, s'est considérablement rapprochée de la faute médicale, telle qu'elle est envisagée par le juge judiciaire en employant le vocable « faute de nature à engager le service public hospitalier » que l'on retrouve dans l'arrêt Epoux V. De plus, la dichotomie faute personnelle/faute de service est quasiment inexistante en droit hospitalier puisque la faute personnelle n'est pratiquement jamais admise dans son acception moderne<sup>426</sup>. Pour le juge civil, « la faute, quelle que soit sa gravité, commise par un agent du service public, dans l'exercice de ses fonctions et avec les moyens du service, n'est pas détachable de ses fonctions »<sup>427</sup>.

Le Doyen Savatier, commentant l'arrêt du Tribunal des conflits, espérait timidement que « les tribunaux administratifs empruntent les critères des tribunaux judiciaires eux-mêmes, pour l'appréciation de la faute médicale ouvrant au malade une action en responsabilité »<sup>428</sup>.

***Des quelques aspects positifs de la dualité de juridictions.*** On ne peut nier que cette dualité a aussi été d'une grande richesse eu égard aux approches différentes du contentieux.

Cette optique a permis au Conseil d'Etat d'aller au-delà de la simple relation de soin avec des convictions de santé publique. On peut citer l'arrêt Dejous de 1958 sur la responsabilité sans faute en

---

<sup>424</sup> Concl. Chardeau. D. 1957. 397.

<sup>425</sup> Ibid. 399.

<sup>426</sup> S. Hocquet-Berg, *L'introuvable faute personnelle détachable du service !*, Revue droit & santé n°2, novembre 2004, pp. 115-116, sous CA Rouen, 1<sup>re</sup> ch, 11 février 2004 : Juris Data n°2004-237214.

<sup>427</sup> Cass. Crim., 30 novembre 2010, pourvoi numéro 10-80.447, G. : AJDA 2011, p. 349.

<sup>428</sup> JCP. 1957. 10004.

matière de vaccinations obligatoires, l'arrêt Gomez de 1990 à propos de l'aléa thérapeutique, ou encore la mise en place d'une présomption de faute en cas d'infections nosocomiales en 1988 dans l'arrêt Cohen avant que la Cour de cassation ne le rejoigne en 1999 dans l'affaire dite des « staphylocoques dorés ».

C'est ainsi que cette dualité, « fondée mais par ailleurs choquante comme on l'a relevé, a paradoxalement engagé le juge judiciaire et le juge administratif dans des rapports de concurrence et de collaboration extrêmement enrichissants et pratiquement uniques (...) »<sup>429</sup>.

Nous pensons aujourd'hui qu'il y a moins de place pour les audaces jurisprudentielles puisque la structure du droit médical est déjà bien établie. En effet, la Cour de cassation et le Conseil d'Etat partagent aujourd'hui des règles communes ; les convergences sont nombreuses.

Ce contentieux, aujourd'hui moins sensible aux grandes innovations, nécessite désormais plus de simplicité<sup>430</sup> et de clarté.

## 2) *Sur un plan doctrinal*

La conceptualisation doctrinale de la matière est majoritairement le fait de privatistes. On entend souvent que la responsabilité médicale est contractuelle en faisant fi de son second versant qu'est la responsabilité administrative. Les analyses d'arrêts dans le domaine sont, il est vrai, majoritairement issues de la doctrine civiliste ; les arrêts des juges civils sont plus nombreux et souvent plus importants.

Dans une certaine mesure, la doctrine administrativiste se désintéresse du droit de la responsabilité médicale administrative au profit d'une matière plus générale qu'est le droit de la santé publique.

A l'inverse, la doctrine privatiste a joué un rôle fondamental dans son appréhension.

Il suffit de consulter les publications notables du domaine pour le comprendre ; celles de Jean Penneau, René Savatier, Francine Demichel et André Demichel, Gérard Mémeteau, Louis Kornpbost, Yvonne Lambert-Faivre, Stéphanie Porchy-Simon même si, il est vrai, l'apport d'un publiciste comme le doyen Auby a été essentiel<sup>431</sup>.

---

<sup>429</sup> J-C. Duchon-Doris, *La dualité de juridictions et le risque médical*, p. 71 in J.-F. Abeille, M. Albertin, S. Campagnola, P. Chiaverini, F. Cirillo, J.-C. Duchon-Doris, A. Leca, X. Leduc, P. Tourame, *Le risque médical (n°1)*, Les cahiers du droit de la santé du sud-est juridiques, historiques et prospectifs, Bordeaux, Les Etudes Hospitalières, PUAM, 2003, 148 p.

<sup>430</sup> « On peut s'interroger sur l'utilité de maintenir un nombre si important de juridictions spécialisées confinées dans des niches étroites du droit. Elles pourraient être sans grande difficulté intégrées dans d'autres instances plus vastes. Le modèle anglo-saxon, ne connaissant que le partage entre juridictions civiles et juridictions pénales, présente une simplicité qui pourrait faire parfois la jalousie de nos juristes ». J-F. Burgelin, P. Lombard, *Le procès de la justice*, Paris, Plon, Le grand livre du mois, 2003, 162 p, p. 23.

<sup>431</sup> De J-M. Auby, *L'obligation à la santé*, Impr. Bière, 1955 ; *Le droit de la santé*, Paris, PUF, 1981 ; (dir.) ; *Droit médical et hospitalier* (ss. la dir. de J-M. Auby), Paris, Librairies techniques, Librairie de la Cour de Cassation, 1987 ; *Droit médical et hospitalier 1 et 2*, Paris, Litec, 1995.

### 3) *Sur un plan quantitatif*

Le nombre d'arrêts rendus en droit de la responsabilité médicale par les juridictions civiles est sans commune mesure avec les juridictions administratives. Certaines cours d'appel comme celles de Paris, d'Aix-en-Provence ou de Douai rendent annuellement plus d'une centaine de décisions dans ce domaine<sup>432</sup>. La Cour de cassation a d'ailleurs consacré son rapport annuel de 2007 à la santé.

A ce titre, le contentieux de la responsabilité civile médicale est beaucoup plus riche et fourni que celui de la responsabilité hospitalière<sup>433</sup> qui ne représente, dit-on, qu'entre 1 et 2 % du contentieux administratif<sup>434</sup>. « Même s'il est difficile d'établir des statistiques de ce genre au sein de la juridiction administrative le contentieux de la responsabilité médicale présente en effet un contentieux presque infime. On peut estimer que devant les tribunaux administratifs, le contentieux de ce genre représente entre 1 et 1.5% de l'ensemble des requêtes enregistrées chaque année, 2% devant les cours administratives d'appel, c'est-à-dire à peine plus, peut-être parce que la difficulté des affaires justifie qu'il y ait un tout petit peu plus d'appel. Devant le Conseil d'Etat, on est à des niveaux extrêmement faibles de l'ordre de 1%. La pression est donc peut-être plus sociologique et politique, que numérique »<sup>435</sup> remarque un magistrat de l'ordre administratif.

***Un champ de compétences du juge judiciaire beaucoup plus étendu.*** Il est vrai que le juge civil a un champ de compétences beaucoup plus large que le juge administratif : il est compétent pour apprécier la responsabilité pénale de tous les médecins, la responsabilité des médecins hospitaliers officiant à titre libéral et la responsabilité des professionnels exerçant dans les établissements de santé privés.

Par voie de conséquence et à la lecture des notes de bas de page de ce travail, le lecteur observera sans mal que la plupart des publications en droit du dommage corporel sont écrites par des privatistes et étayées par des arrêts de la Cour de cassation.

---

<sup>432</sup> Nous rappelons ici que lorsque l'on entre le mot préjudice dans le moteur de recherche Dalloz (Dalloz, *Jurisprudence chiffrée : service minidroit*, indemnisation du préjudice, fait générateur : accident médical, Avril 2016) sur l'indemnisation du préjudice avec « accident médical » dans le fait générateur, on obtient 1002 résultats dont 169 pour la cour d'appel d'Aix-en-Provence, 148 pour la cour d'appel de Paris, 80 pour la cour d'appel de Versailles, 70 pour la cour d'appel de Douai et 60 pour la cour d'appel de Rennes.

<sup>433</sup> De manière générale, les juridictions administratives ont un champ de compétence beaucoup plus restreint du fait des particularités de la justice administrative. *Les chiffres clés de la justice*, 2015, Sous-direction de la statistique, des études et de la documentation. [http://www.justice.gouv.fr/publication/chiffres\\_cles\\_20151005.pdf](http://www.justice.gouv.fr/publication/chiffres_cles_20151005.pdf) : Justice civile 2 618 374 décisions en matière civile et commerciale dont 262 147 référés ; Justice administrative 230 477 affaires réglées par les juridictions administratives.

<sup>434</sup> C. Maugüe, J-P. Thiellay, *La responsabilité du service public hospitalier*, Paris, LGDJ, 2010, p. 23.

<sup>435</sup> J-P. Thiellay, *La réparation du dommage médical : responsabilité ou solidarité ?*, p. 44 in « Conseil d'Etat, Santé et justice : quelles responsabilités ? Dix ans après la loi du 4 mars 2002 », La Documentation Française, 2013, 405 p.

#### 4) Sur un plan qualitatif

On peut soutenir que la méthode du juge civil est plus fine pour liquider le préjudice corporel. C'est ce qui ressort de la nomenclature *Dintilhac*, moins sommaire que l'avis *Lagier*. D'ailleurs, le juge administratif tend de plus en plus à utiliser la nomenclature *Dintilhac* comme il utilise les barèmes de capitalisation de la *Gazette du Palais*<sup>436</sup>.

Pour faire écho à notre partie dédiée à la normalisation du dommage corporel, on rappellera que le juge administratif a fait sien le référentiel de l'ONIAM et c'est précisément ce qui pose problème dans le cadre de la liquidation du préjudice corporel.

A l'issue du conseil d'administration de l'ONIAM en date du 21 avril 2015, le Collectif interassociatif sur la santé qui regroupe 40 associations intervenant dans le champ de la santé s'est ému du fait que la voie amiable devenait « une indemnisation low cost ! »<sup>437</sup>. C'est un état de fait que nous avons déjà critiqué il y a quelques années<sup>438</sup>.

Bien que les jurisprudences des deux juridictions suprêmes se soient considérablement rapprochées, ce n'est pas le cas du montant des indemnisations. Ici, les inégalités persistent et ont même tendance à s'accroître<sup>439</sup>. L'office du juge judiciaire est donc généralement plus favorable aux victimes que l'office du juge administratif.

Ce sont là les arguments du rapport Ceretti ; entre autres : une durée des procédures plus longue devant le juge administratif et un accès au juge de la mise en état et aux procédures d'urgence devant le juge civil pour les victimes<sup>440</sup>.

---

<sup>436</sup> CE, sect. cont., 5<sup>e</sup> et 4<sup>e</sup> sous-sect. Réunion, 4 décembre 2009, n°309521 : « Qu'il y a lieu, en l'espèce, pour procéder à la conversion, de lui préférer un barème de capitalisation reposant sur la table de mortalité 2001 pour les femmes, publiée par l'INSEE et un taux d'intérêt que de 3,20% qui correspond d'avantage aux données économiques à la date de l'évaluation du préjudice ». Note : F. Bibal, *Gazette du Palais*, 6 au 10 août 2010, Recueil 2010, n°04, juillet-août, p. 2419.

<sup>437</sup> <http://www.leciss.org/espace-presse-communiqu%C3%A9s-de-presse/lindemnisation-amiable-accidents-medicaux-en-peril-oniam> ; <http://www.argusdelassurance.com/institutions/dommage-corporel-des-associations-de-sante-denoncent-les-indemnisations-low-cost-de-l-oniam.92764> : « Si l'association constate que « ce dispositif a permis d'indemniser l'aléa thérapeutique qui n'était pas reconnu à l'époque par les tribunaux. Surtout, il a permis d'offrir aux victimes un recours gratuit (sans frais d'expertise, ni d'avocat ou de procédure) et dans des délais beaucoup plus courts que ceux de la justice » mais relève que le référentiel d'indemnisation, sur lequel se fonde l'ONIAM pour indemniser les préjudices reconnus par les CRCI, n'a pas été revalorisé depuis 2008. Les victimes qui obtiennent un avis positif des CRCI se voient ainsi allouer par l'ONIAM des indemnisations largement inférieures à celles allouées par les tribunaux. Et cet écart avec les indemnisations dans le cadre de la voie judiciaire ne fait que s'accroître. A titre d'exemples : les souffrances endurées de niveau 4 (elles sont évaluées sur une échelle de 7) sont indemnisées à une hauteur maximale de 6 256 € par l'ONIAM contre 15 000 € devant les tribunaux judiciaires ; le déficit fonctionnel est indemnisé de manière forfaitaire entre 300 et 500 € / mois par l'ONIAM, alors qu'il l'est entre 500 et 900 € / mois par les tribunaux ; le recours à l'aide humaine est indemnisé en moyenne autour de 10 € / heure contre 15 € par le juge. » en concluant que « nous ne pourrions pas maintenir longtemps des indemnisations allant du simple au double suivant que l'on est devant l'ONIAM ou devant le juge. Si l'on continue de cette façon, deux décennies de combats acharnés des associations, tout comme l'innovation législative de 2002, seront à terre ». *ibid.*

<sup>438</sup> L. Wada, *Entre juge administratif et juge civil : les écarts se creusent. Les petites affiches*, juillet 2013, n°146.

<sup>439</sup> Elles ne concernent d'ailleurs pas uniquement le montant des indemnisations : S. Porchy-Simon, *Imputabilité de la rente et accident du travail : le divorce entre le Conseil d'Etat et la Cour de cassation est consommé*, D. 2013, p. 1258.

<sup>440</sup> Rapport Ceretti précité, pp. 242-243.

Pareillement, dans notre partie dédiée à l'expertise, nous avons tenté de montrer combien la pratique expertale du juge civil (par le biais des dires notamment) était plus adéquate et efficiente à l'heure où des propositions soutiennent la mise en place de listes communes.

En somme, il existe bien différents offices du juge de la responsabilité médicale avec des garanties procédurales inégales pour les victimes.

## Conclusion du chapitre 3

Le Président du tribunal administratif de Toulon, Jean-Christophe Duchon-Doris, affirmait sur le principe qu'il « n'y a pas un autre domaine juridique, à ma connaissance, où la dualité de juridictions n'a été à la fois aussi *a priori* absurde, aussi intellectuellement fondée et aussi fructueuse s'agissant des droits des victimes. (...) Il n'y a aucune raison pour qu'il n'y ait pas identité de régime juridique. La faute médicale ne peut être appréciée différemment selon qu'elle est commise à l'hôpital, à la clinique ou dans le cabinet du médecin libéral, et du point de vue du patient, il est inexplicable et choquant que l'indemnisation de son préjudice diffère selon qu'il a l'heur ou le malheur d'être soigné dans une structure de soins privée ou publique (...)»<sup>441</sup>.

Il soutient, par la même occasion, que le juge naturel de ce contentieux devrait être le juge administratif à travers une série d'arguments qui peinent à convaincre <sup>442</sup> eu égard aux justifications que nous avons relevées.

Si cette dualité est attrayante pour l'esprit des juristes, elle l'est beaucoup moins pour les justiciables qui comprennent difficilement les conflits de compétences et les conflits de jurisprudence auxquels ils sont soumis (cette difficulté de compétences peut d'ailleurs intervenir avant même le début de l'instance, dès le moment où l'on demande le dossier médical<sup>443</sup>). De plus, l'articulation avec la procédure disciplinaire n'est pas non plus sans poser problème<sup>444</sup>.

« La disparité demeure et cette dualité de compétence est source d'une inégalité évidente de traitement entre les victimes » rappelait hier le Professeur Stephanie Porchy-Simon<sup>445</sup>.

---

<sup>441</sup> J-C. Duchon-Doris, *La dualité de juridictions et le risque médical*, art. précité, p. 66.

<sup>442</sup> Ibid. pp. 71 à 73.

<sup>443</sup> Les complications interviennent d'emblée pour le patient. En effet, quand ce dernier fait valoir son droit d'accès au dossier médical et que l'établissement laisse dépasser le délai par une forme de rétention, le premier recours doit se faire devant la commission d'accès aux documents administratifs (CADA) s'il s'agit d'un établissement public ou d'un établissement privé participant au service public hospitalier (clinique sans but lucratif par exemple). A l'inverse, quand il ne s'agit pas d'un établissement public, il faut saisir la commission interne de l'établissement et, en l'absence de réponse positive, faire la demande à la direction de l'hospitalisation et de l'organisation des soins au ministère en charge de la santé. Pour les plus téméraires, le site du service public dédié aux droits, affirme qu'« en cas de doute sur la nature publique ou privée de l'établissement, vous pouvez vous adresser directement à l'établissement concerné ». Il faudra ainsi faire une première demande à l'établissement concerné ne serait-ce que pour connaître sa nature.

<sup>444</sup> Par ailleurs, si le patient souhaite entreprendre une action disciplinaire préalable devant le conseil départemental de l'ordre, il devra suivre une procédure différente selon que le médecin intervienne dans le public ou dans le privé. En effet, « l'article L.4124-2 prévoit une procédure particulière pour les médecins hospitaliers : Les médecins, les chirurgiens-dentistes ou les sages-femmes chargés d'un service public et inscrits au tableau de l'ordre ne peuvent être traduits devant la chambre disciplinaire de première instance, à l'occasion des actes de leur fonction publique, que par le ministre chargé de la santé, le représentant de l'Etat dans le département, le directeur général de l'agence régionale de santé, le procureur de la République, le Conseil national ou le Conseil départemental au tableau duquel le praticien est inscrit (...) » A-F. Roul in « Conseil d'Etat, santé et justice : quelles responsabilités : dix ans après la loi du 4 mars 2002 », op. cité, p.16.

<sup>445</sup> S. Porchy-Simon, *La réparation du dommage corporel à l'épreuve de l'unification des pratiques*, Gazette du Palais, 24 décembre 2011 n° 358, p. 5.

Une véritable mosaïque contentieuse<sup>446</sup> demeure, en dépit de la volonté de simplifier la matière à travers le guichet unique incarné par les CCI. Il est clair que le droit de la santé en général est complètement éclaté ; les régimes spéciaux fourmillent, que ce soit en matière d'accidents du travail, d'accidents de la circulation, de responsabilité des produits défectueux . Et c'est sans compter sur les nombreux fonds de garantie qui peuvent être saisis même quand l'auteur du dommage n'est pas identifié (FIV, CIVI, FIVA entre autres).

***Du besoin d'accessibilité de la justice.*** La justice doit se préoccuper autant de son contenu que de l'image qu'elle donne.

« Quelles sont les raisons du désarroi du citoyen face à la justice ? Une des principales raisons est la complexité de notre procédure. Pour tous les litiges mettant en cause l'administration, la première difficulté est de savoir quel est le juge auquel on doit s'adresser : la France connaît deux ordres de juridiction, judiciaire et administrative, cette dernière étant compétente pour tout ce qui met en cause la puissance publique. Il en résulte souvent des situations inextricables. Pour que la justice soit crédible, il faut qu'elle soit d'un accès facile (...). C'est non seulement une question de bon sens, mais aussi de loyauté envers le citoyen. N'oublions pas qu'un véritable maquis de règles juridiques paraît constitutif d'un véritable déni de justice », interpellent des magistrats<sup>447</sup>.

Quant au Conseil Constitutionnel, il a rappelé que « l'égalité devant la loi énoncée par l'article 6 de la Déclaration de 1789 et la garantie des droits requise par son article 16 ne seraient pas effectives si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des règles qui leur sont applicables et si ces règles présentaient une complexité excessive au regard de l'aptitude de leurs destinataires à en mesurer utilement la portée ; qu'en particulier, le droit au recours pourrait en être affecté ; que cette complexité restreindrait l'exercice des droits et libertés »<sup>448</sup>.

« Nous autres, bons sauvages, nous sommes des esprits simples : nous pensons que la justice est faite pour le justiciable, et que sa valeur se mesure en termes de vie quotidienne. Ce n'est pas le développement du Droit qui nous intéresse, c'est la protection efficace qu'en tire le particulier » enseignait hier le Professeur Rivero<sup>449</sup>.

C'est ainsi qu'il faudrait penser comme un citoyen avant de penser comme un juriste. Ce même citoyen qui ne s'embarrasse pas d'exégèses car ses attentes sont concrètes.

---

<sup>446</sup> C.-A Dubreuil, *Les responsabilités sanitaire et sociale, convergences et divergences*, RDSS 2015, p. 75.

<sup>447</sup> C. Grellier, P. Bilger, J. Vebret, *Le Besoin de justice*, Paris, Editions Plume, 1990, 197 p, p. 24.

<sup>448</sup> Cons. Const, Décision n°2005-530 DC du 29 décembre 2005.

<sup>449</sup> J. Rivero, *Le huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir*, D. 1962, chron., p. 37.

Les blandices de la modernité nous poussent sans cesse à développer notre appétit insatiable de réformes mais celles-ci doivent être un facteur de progrès (sentiment ambivalent au demeurant<sup>450</sup>) et non un argument politique.

Les hommes politiques se font souvent les apôtres de la justice, avec toutes les imprécisions que comporte ce terme polysémique. Le paradoxe récurrent de notre état de droit est peut-être là : nous ne devrions pas, dans un système juridique aussi abouti, pour ne pas dire complexe et souvent inintelligible, éprouver autant un besoin de justice.

Il nous semblait pourtant que le titre premier de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle était de « rapprocher la justice du citoyen » et que les chapitres préconisaient dans l'ordre de « renforcer la politique d'accès au droit » ou de « faciliter l'accès à la justice ». C'est dans cette optique que les contentieux traités par les tribunaux des affaires de sécurité sociale (TASS) et les tribunaux du contentieux de l'incapacité (TCI) ont été regroupés ; ils relèveront désormais de la compétence d'une formation collégiale des tribunaux de grande instance appelée pôle social<sup>451</sup>. Il est permis d'espérer plus.

Quand le droit gagne en clarté, il est plus accessible aux justiciables. En ce sens ne devient-il pas plus démocratique et - osons le dire - plus humain ?

---

<sup>450</sup> A. Leca, *Le code était presque parfait : Introduction historique au droit*, Paris, LexisNexis, 2013, p. XVII : « L'idée de progrès est une vieille idée religieuse, laïcisée par les Lumières. Mais c'est surtout une illusion, elle n'est pas autre chose que la transposition dans le temps du phénomène d'égoïsme. (...) Cette appréciation tient au sentiment fallacieux de notre supériorité par rapport aux époques précédentes, de sorte que nous sommes naïvement tentés de qualifier de progrès, toute modification qui se rapproche de notre situation actuelle ».

<sup>451</sup> Article 12 de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016.

## Conclusion du Titre II

En droit de la responsabilité médicale, l'office du juge occupe une place centrale dans les réflexions. La première d'entre elle concerne les outils pour liquider le dommage corporel qui sont au cœur de toutes les controverses entre les avocats des victimes et les assureurs. La doctrine demeure très nuancée (pour ne pas dire discrète) sur ce phénomène de normalisation qui touche pourtant des pans entiers de notre droit.

Reste que le choix de tel ou tel outil a un impact indéniable sur l'indemnisation mais remet également en question la souveraineté du juge. Il ne s'agit pas ici de s'opposer de manière dogmatique à tout usage d'un barème ou d'un référentiel. L'entreprise est plus délicate : il faut ici trouver un point d'équilibre entre la nécessité d'uniformiser les décisions de justice sans faire fi des particularités de chaque dossier, et donc sans nier l'existence propre de chaque victime. Une banque de données pourrait relever ce défi.

De toute évidence, le juge jouit toujours d'une grande liberté intellectuelle, notamment dans son appréhension du principe cardinal qu'est la réparation intégrale. Ce principe qui emprunte beaucoup à l'équité laisse une marge de manœuvre importante sur ce qui peut être considéré comme réparable, et de manière « intégrale ».

Enfin, une simplification d'ensemble pourrait être envisagée, et ce d'autant plus facilement qu'elle est unanimement défendue. Il semble aujourd'hui essentiel de clarifier ce contentieux en réservant une compétence exclusive au profit des juridictions civiles. En effet, on constate que ce dernier ne suscite pas un engouement doctrinal particulier, si ce n'est de manière sporadique. C'est la raison pour laquelle les rapports sur le droit civil font un cas à part du dommage corporel tel un droit ermite, rétif à toute systématisation. C'est un paradoxe : le dommage corporel renvoie à des principes fondamentaux du droit civil et du droit administratif tout en restant extérieur à ces systèmes de pensée. La dimension humaine et sociale est sans doute ici trop forte pour être contenue dans le temps et dans les esprits.

Ce contentieux suscite également beaucoup d'interrogations auprès des professionnels de santé comme des usagers du système de santé dans cette organisation de l'indemnisation protéiforme.

Une simplification est naturellement souhaitée.

## CONCLUSION GÉNÉRALE

L'objet de cette réflexion était d'analyser le rôle du juge en droit de la responsabilité médicale.

Quelques éléments essentiels ressortent de cette recherche.

Le régime de la responsabilité médicale civile et administrative résulte d'une formidable construction jurisprudentielle impulsée par les juges du fond qui, sur le plan pratique et théorique, demeurent des acteurs de premier plan. En cela, nous souscrivons aux conclusions du rapport Dintilhac : « il est indispensable de laisser une place importante à l'office du juge qui est seul habilité à reconnaître au cas par cas l'existence de tel ou tel poste de préjudice en fonction de chaque victime »<sup>452</sup>.

Nous voulions aussi démontrer que la volonté de créer un succédané à l'office du juge via des outils de normalisation ne semble pas pertinente compte tenu des alternatives possibles comme l'usage d'une banque de données.

Il nous paraît aussi nécessaire, au moment où cette responsabilité est unifiée dans ses principes, que l'ensemble du contentieux soit transféré aux juridictions civiles. Cette réforme permettrait de le simplifier et de lui assurer une meilleure visibilité aux yeux des justiciables.

Hélas, rien ne présume aujourd'hui une réforme d'envergure en ce sens.

Quelle que puisse être l'attractivité doctrinale de la matière, il ne faut pas oublier qu'elle s'entremêle déjà avec la responsabilité administrative hospitalière.

Enfin, il est important de clarifier l'aspect indemnitaire de certaines rentes.

Un problème persiste : qu'est-ce qui est indemnitaire et qu'est-ce qui ne l'est pas ?

Le questionnement, loin d'être insignifiant, est l'objet de divergences, et ce notamment à l'égard des rentes que les juridictions suprêmes apprécient différemment. Le fait qu'une prestation soit indemnitaire a un impact significatif sur la procédure eu égard à la déduction faite sur l'indemnisation.

La jurisprudence semble, à ce sujet, encore incertaine et balbutiante.

L'intervention du législateur sur l'aspect indemnitaire de certaines rentes nous paraît ici requise.

---

<sup>452</sup> <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/064000217.pdf>, p. 4.

Les juges ont toujours été les précurseurs de la responsabilité médicale : principe de la responsabilité du médecin, devoir d'information, solidarité nationale, infections nosocomiales, recours des tiers payeurs... Toutes ces règles ont été appréhendées par le truchement intellectuel du juge. Le fait que la nomenclature *Dintilhac*, outil central dans la liquidation du préjudice corporel, porte le nom d'un magistrat est un symbole fort.

Quelques questions demeurent et dépassent le domaine du droit.

*Vers une société du tout corporel ?* Dans le roman *La joie* de Bernanos, on peut lire « qui cherche la vérité de l'homme doit s'emparer de sa douleur, par un prodige de compassion, et qu'importe d'en connaître ou non la source impure ? »<sup>453</sup>. Cette souffrance a été entendue mais une question incidente se pose : à défaut de valoriser l'esprit, notre époque n'est-elle pas devenue celle du tout corporel ?

On ne peut nier que la santé est aujourd'hui une préoccupation omniprésente de nos sociétés. La culture du bien-être et du développement personnel font florès au profit d'un idéal de pleine réalisation de soi. Ce nouvel individu voit sa responsabilité personnelle accrue. Paradoxalement, il est appelé à se réaliser dans une société où les repères sociaux sont flous et les interactivités nombreuses. Le dommage corporel devra répondre à cet *individu incertain*<sup>454</sup> car les espérances individuelles ont supplanté les espérances collectives. Dès 1893, le père de la sociologie Emile Durkheim constatait que l'individu devenait l'objet d'une sorte de religion, une foi commune<sup>455</sup>.

Les juristes sont mal à l'aise quand il s'agit de délimiter la notion de préjudice. Elle est intimement liée à l'état d'une société dont les transformations sont soudaines. En réalité, les autres sciences sociales peuvent lui porter secours dans cette compréhension (ou cette incompréhension justement) pour faire face à ce que Richard Sennett nommait les « tyrannies de l'intimité »<sup>456</sup> qui font mesurer toute la réalité sociale à l'aune de la psychologie.

---

<sup>453</sup> G. Bernanos, *La joie*, Paris, Plon, Le livre de poche, 1929, p. 42.

<sup>454</sup> A. Ehrenberg, *L'individu incertain*, Paris, Calmann-Levy, 1995, 351 p.

<sup>455</sup> E. Durkheim, *De la division du travail social*, Paris, PUF, Quadrige, 1991, pp. 146-147.

<sup>456</sup> R. Sennett, *Les Tyrannies de l'intimité*, Paris, Le Seuil, 1979, p. 274.

*L'hypothèse d'un bouleversement du dommage corporel.* L'espérance de vie augmente régulièrement<sup>457</sup> et, parallèlement, la manipulation du vivant ne cesse de s'intensifier.

On parle aujourd'hui de nanomédecine, de séquençage de l'ADN, de développement de la robotique chirurgicale, d'implants dans le cerveau, de rétines artificielles. Autant de choses qui, il y a quelques décennies, étaient inconcevables. « Peu à peu, se rapproche l'horizon du post-humanisme ou du transhumanisme qui ouvrira, on le souhaite, les yeux du législateur non plus sur ce qu'il nomme pudiquement des enjeux sociétaux, mais sur des questions ontologiques décisives »<sup>458</sup>.

Il faudra alors repenser la définition même d'un dommage corporel qui prétend parfois offrir le bonheur<sup>459</sup>. Une question apparaît alors en lame de fond.

*Le droit médical est-il un droit au bonheur ?* Cette interrogation du Professeur Gérard Mémeteau<sup>460</sup>, ingénue en apparence, appelle une réflexion plus philosophique.

Pour Emmanuel Kant, le bonheur est « un idéal de l'imagination »<sup>461</sup>. En ce sens, il y a autant de bonheurs que de sujets de droit. Le bonheur serait l'apanage des hommes dans leur multitude alors que la raison<sup>462</sup> serait seule digne de l'Homme.

On serait plus enclin à penser comme Arthur Schopenhauer que la souffrance est « le fond de toute vie ». En effet, quand « la conscience s'accroît, le tourment augmente lui aussi, et atteint par conséquent son degré le plus élevé chez l'homme, où ce degré sera encore d'autant plus grand que l'homme est capable d'une connaissance plus lucide, qu'il est plus intelligent »<sup>463</sup>.

Pour refaire écho à la question pertinente du Professeur Gérard Mémeteau, il nous semble que la vocation du droit médical est de défendre la dignité de l'homme, et non son bonheur (cet idéal n'appartient qu'à lui seul).

---

<sup>457</sup> Voir les statistiques de l'INSEE.

<sup>458</sup> J-C. Galloux, H. Gaumont-Prat, *Droits et libertés corporels*, D. 2014. 843 ; CCNE, *Recours aux techniques biomédicales en vue de « neuro-amélioration » chez la personne non malade : enjeux éthiques*, avis n°122, décembre 2013.

<sup>459</sup> G. Mémeteau, *Le droit médical est-il un droit au bonheur ?* in « Mélanges en l'honneur de Claude Lombois, Apprendre à douter », Limoges, PULIM, 2004, p. 337.

<sup>460</sup> Ibid.

<sup>461</sup> « Le concept de bonheur est un concept si indéterminé, que, malgré le désir qu'a tout homme d'arriver à être heureux, personne ne peut jamais dire en termes précis et cohérents ce que véritablement il désire et il veut. (...) Le bonheur est un idéal non de la raison mais de l'imagination, fondé uniquement sur des principes empiriques, dont on attendrait vainement qu'ils puissent déterminer une action par laquelle serait atteinte la totalité d'une série de conséquences en réalité infinie ». E. Kant, *Fondements de la métaphysique de mœurs* (1785), II<sup>e</sup> section, Trad. V. Delbos, Paris, Delagrave, 1997, pp. 131-132.

<sup>462</sup> La raison, « la faculté des principes qui détermine l'intérêt de toutes les forces de l'esprit ». E. Kant, *Critique de la raison pratique*, 8<sup>e</sup> éd, Paris, PUF, Quadrige, 2012, p. 129.

<sup>463</sup> A. Schopenhauer, *Le monde comme volonté et représentation I*, Paris, Gallimard, Folio, 2009, Livre IV, §56, p. 588.

Après les questions d'ordre général sur le droit de la santé, d'autres débats restent ouverts sur le rôle actuel du juge.

*La place de la magistrature : un questionnement intemporel.* Longtemps la magistrature a été l'objet d'un questionnement : à savoir s'il existait une crise du juge <sup>464</sup>. Arbitre, entraîneur, tant d'adjectifs ont été accolés à la fonction de juger<sup>465</sup>.

La diversité des publications sur l'office du juge a peu à peu effacé l'empreinte du législateur français. C'est sur le rôle de ce dernier que la question mériterait d'être posée ; c'est bien souvent ses défaillances, ses retards, ses excès parfois qui ont laissé aux juges une marge considérable.

Le législateur aura beau proposer la palette et les couleurs, ce sont les juges qui sont les peintres. Indépendamment des deux autres pouvoirs, c'est précisément l'autorité judiciaire qui, *in fine*, fait autorité, au moins sur le plan de l'interprétation.

Cela ne doit pas pour autant susciter la crainte car la justice est rendue « au nom du peuple français » ; par ce biais, le citoyen comprend qu'elle est rendue en son nom et que le juge est l'émanation de l'Etat de droit. C'est le juge qui le fait vivre car il « n'est pas un être abstrait : c'est un homme, une femme, doublé d'un citoyen, qui vit au sein d'une société dont il partage les soucis et les espoirs » disait le Professeur Perrot<sup>466</sup>.

*Le juge aux prises avec le législateur ?* Monté au pinacle par les révolutionnaires, le législateur français semble désormais relégué à un rôle second. La dynamique du droit s'est déplacée et elle concerne maintenant l'opposition des juges nationaux aux juges européens. En effet, ces derniers peuvent se prononcer sur des éléments factuels sur lesquels les cours suprêmes nationales n'ont aucun contrôle. Tant le législateur français que les cours suprêmes doivent suivre la jurisprudence européenne ou internationale du fait de nos engagements internationaux. Sur le plan national, on considère parfois que la justice est devenue un pouvoir concurrent du politique<sup>467</sup>.

De cette façon, le juge occupe une place de premier plan dans l'ordonnement juridique.

A présent, les jeunes juristes doivent s'accoutumer des bouleversements, des changements, des soubresauts de l'actualité qui appellent une loi nouvelle. Le doyen Carbonnier remarquait déjà en 1970 combien « notre vieillissement, à nous juristes, se trahit le jour où nous n'apercevons plus que le droit a changé, le jour où nous commençons à ne plus connaître, à ne plus vouloir connaître les lois nouvelles.

---

<sup>464</sup> R. Andersen, F. Delpérée, L. Favoreu, Y. Gaudemet, J. Lenoble, R. Perrot, F. Terré et J. Van Compernelle, *La crise du juge*, La pensée juridique moderne, Paris, Bruylant, LGDJ, 1996, 171 p.

<sup>465</sup> *Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice*, in « Fonction de juger et pouvoir judiciaire. Transformations et déplacements », sous dir. Ph. Gérard, F. Ost et M. Van de Kerchove, Bruxelles, Publications des FUSL, 1983, p. 70.

<sup>466</sup> R. Perrot, *Le rôle du juge dans la société moderne*, Gazette du Palais, 1977, 1, p. 92.

<sup>467</sup> B. Mathieu, *Justice et politique : la déchirure ?* Paris, LGDJ, 2015, 192 p.

Apprendre les anciennes nous avait déjà coûté tant de mal ! Et puis ce que nous avons envie d'oublier, c'est plutôt l'avenir »<sup>468</sup>.

Le rôle du juge n'est pas absolu, il comporte aussi de nombreuses limites malgré les attentes légitimes qui pèsent sur lui.

Le contentieux de la santé est particulièrement délicat pour l'office du juge ; il illustre tant son pouvoir créateur que ses faiblesses. Il faut accepter avec modestie que le droit ne puisse à lui seul tout régler.

*De la nécessité de rapprocher la médecine du droit médical.* Nous avons pu souligner que les professionnels de santé n'étaient pas assez sensibilisés aux aspects juridiques. Il importe que les juristes puissent intervenir dans les facultés de médecine comme le font les professionnels de santé dans nos facultés. Ces deux mondes doivent régulièrement dialoguer.

On déplore aussi régulièrement le manque de formation sur les aspects psychologiques de la relation patient-médecin ; elle nourrit une partie importante du contentieux<sup>469</sup>. Beaucoup de patients cherchent des réponses dans les prétoires alors que ces dernières auraient pu être obtenues dans le cadre d'une relation plus sereine. Certains médecins ont parfois une mission de conciliation et d'explication lorsqu'un litige est naissant ; la pratique est à encourager.

*De la nécessité de rapprocher le juge du citoyen.* Cette justice, c'est l'affaire de tous ; la culture judiciaire est très faible parmi nos concitoyens faute d'une introduction au droit au lycée.

Il est d'ailleurs fort à parier que la plupart d'entre eux ignorent jusqu'à l'existence d'un dualisme juridictionnel.

Le Professeur Perrot concédait que « l'opinion publique attend de ses juges des « arrêts de cœur », comme le disait le chancelier d'Aguesseau. Or, il ne reçoit, et ne peut recevoir de lui, que des « arrêts de droit ». L'opinion publique qui aime les idées simples – on ne saurait lui en faire reproche ! – se fait de la justice une vision facilement manichéenne : aux justes la récompense, aux méchants la réprobation. Ce qu'elle attend du juge, c'est la révélation de ce qui paraît juste à ses yeux et non point nécessairement de ce qui est objectivement légal. Voilà bien, pour l'opinion publique, la grande trahison des clercs »<sup>470</sup>.

La plupart des magistrats que nous avons rencontrés, au cours de notre étude, ont témoigné de l'intérêt pour cette matière très riche et évolutive qu'est le droit de la responsabilité médicale. Ils affirmaient néanmoins qu'il n'y a qu'un seul office du juge : celui qui les pousse à prendre un dossier avec humilité, à bien l'étudier à la lumière de la législation et de la jurisprudence.

Le magistrat se doit ainsi d'être compétent sur un contentieux général ou technique.

---

<sup>468</sup> J. Carbonnier, *Note sur des notes d'arrêts*, R. Dalloz, 1970, p. 137.

<sup>469</sup> En témoignent les retours sur le site des patients : [www.hospitalidee.fr](http://www.hospitalidee.fr)

<sup>470</sup> R. Perrot, *Le rôle du juge dans la société moderne*, Gazette du Palais, 1977, T. 1, pp. 91-99, p. 92.

Il se met en immersion et se pose sans cesse des questions ; ce qui implique que le droit évolue. Le fait de traiter plusieurs contentieux lui permet d'avoir une vision d'ensemble. Les valeurs que l'on attend du magistrat sont les mêmes, aujourd'hui comme hier : objectivité, tempérance, analyse.

*La magistrature gardienne de l'Etat de droit et de la démocratie.* Les magistrats sont les gardiens de l'Etat de droit, fleuron de nos sociétés démocratiques, auquel tout un chacun aspire. Si un hommage est souvent rendu au Code civil, il ne faudrait pas oublier l'œuvre jurisprudentielle qui l'accompagne inévitablement. Les juges ont si souvent su répondre aux nécessités contemporaines et aux aspirations de tous à plus de justice. Il n'est pas romanesque de penser que les juges sont aussi un moyen d'humaniser la justice.

Au-delà des suspicions, des doutes, seule la compréhension et l'étude de cet office si important à nos sociétés – et ce à toutes les époques - peut nous rapprocher de l'idée que nous enseignait jadis Aristote : « le magistrat, investi du pouvoir, n'est quelque chose que relativement aux autres ; il est déjà en communauté avec eux »<sup>471</sup>.

---

<sup>471</sup> Aristote, *Ethique à Nicomaque*, Paris, Librairie Générale Française, 1992, pp. 194-195.



## BIBLIOGRAPHIE

### 1.1 Ouvrages de droit civil et pénal

- C. Albiges**, *Introduction au droit*, Bruxelles, Larcier, Paradigme, 2016, 318 p.
- S. Amrani-Mekki, L. Cadiet**, *La sélection des pourvois à la Cour de cassation*, Paris, Economica, 2005, 140 p.
- J-L. Aubert, E. Savaux**, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 16<sup>e</sup> éd, Paris, Sirey, 2016, 388 p.
- A. Aynès, X. Vuitton**, *Droit de la preuve, principes et mise en œuvre processuelle*, Paris, LexisNexis, Droit & Professionnels, 2013, 316 p.
- L. Aynès, P. Malaurie, P. Stoffel-Munck**, *Droit des obligations*, 8<sup>e</sup> éd, Paris, LGDJ, Droit civil, 2016, 912 p.
- C. Atias**, *Epistémologie juridique*, Paris, Dalloz, 2002, 240 p.
- C. Atias**, *Philosophie du droit*, 4<sup>e</sup> éd, Paris, PUF, Thémis Droit, 2016, 416 p.
- Aubry et Rau**, *Droit civil français*, T. VII, 7<sup>e</sup> éd, Paris, Librairies Techniques, 1968.
- M. Azavant, M. Douence**, *Institutions juridictionnelles*, 3<sup>e</sup> éd, Paris, Dalloz, Cours, 2017, 410 p.
- X. Bachellier, J. B. Lament**, *La technique de cassation, Pourvois et arrêts en matière civile*, Paris, Dalloz, Méthodes du droit, 2013, 212 p.
- A. Bénabent**, *Droit des obligations*, 15<sup>e</sup> éd, Paris, LGDJ, 2016, 736 p.
- A. Bénabent**, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 12<sup>e</sup> éd, Paris, LGDJ, 2017, 703 p.
- J. Boré, L. Boré**, *La cassation en matière civile*, 5<sup>e</sup> éd, Paris, Dalloz, 2015, 794 p.

**S. Bros, C. Larroumet**, *Traité de droit civil : les obligations, le contrat*, 8<sup>e</sup> éd, Paris, Economica, Corpus, 2016, 1008 p.

**P. Brun**, *Responsabilité civile*, 4<sup>e</sup> éd, Paris, LexisNexis, 2016, 674 p.

**R. Cabrillac**, *Introduction générale au droit*, 12<sup>e</sup> éd, Paris, Dalloz, 2017, 286 p.

**L. Cadiet, J-L. Gallet**, *La procédure civile devant la cour d'appel*, 2<sup>e</sup> éd, Paris, LexisNexis, 2010, 266 p.

**L. Cadiet, D. Loriferne**, *L'autorité de la chose jugée*, Paris, IRJS, 2012, 177 p.

**L. Cadiet, J. Normand, S. Amrani-Mekki**, *Théorie générale du procès*, 2<sup>e</sup> éd, Paris, PUF, 2013, 1024 p.

**L. Cadiet, S. Dauchy, J-L. Halpérin (sous la dir. de)**, *Itinéraires d'histoire de la procédure civile, regards français*, T. 1, Paris, IRJS, 2014, 230 p.

**L. Cadiet, S. Dauchy, J-L Halpérin (sous la dir. de)**, *Itinéraires d'histoire de la procédure civile : regards français*, Paris, IRJS, 2014, 230 p.

**L. Cadiet, C. Grimaldi, M. Mekki (sous la dir. de)**, *La preuve : regards croisés*, Paris, Dalloz, 2015, 292 p.

**L. Cadiet, T. Clay**, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, 2<sup>e</sup> éd, Paris, Dalloz, 2017, 168 p.

**L. Cadiet, E. Jeuland**, *Droit judiciaire privé*, 10<sup>e</sup> éd, Paris, LexisNexis, 2017, 974 p.

**H. Capitant, Y. Lequette, F. Terré**, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, T.1, 13<sup>e</sup> éd, Paris, Dalloz, Grands arrêts, 2015, 760 p.

**J. Carbonnier**, *Droit civil*, 2<sup>e</sup> éd, Paris, PUF, Quadrigue, 2017, 2622 p.

**J. Carbonnier**, *Sociologie juridique*, 3<sup>e</sup> éd, Paris, PUF, Quadrige, 2016, 416 p.

**J. Carbonnier**, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10<sup>e</sup> éd, Paris, LGDJ, 2013, 496 p.

**J. Carbonnier**, *Essais sur les lois*, 2<sup>e</sup> éd, Paris, LGDJ, 178 p.

**S. Carval, P. Jourdain, G. Viney**, *Les effets de la responsabilité*, 4<sup>e</sup> éd, Paris, LGDJ, 2017, 860 p.

**O. Cayla, M-F. Renoux-Zagamé**, *L'office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle ?* Paris, LGDJ, La pensée juridique, 2002, 240 p.

**N. Cayrol**, *Procédure civile*, Paris, Dalloz, Cours, 2017, 500 p.

**F. Chabas**, *Introduction à l'étude du droit*, 12<sup>e</sup> éd, Paris, LGDJ, Leçons de droit civil Henri, Jean et Léon Mazeaud, 2000, 652 p.

**F. Chabas, L. Mazeaud, H. Mazeaud, J. Mazeaud**, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, T.3, Vol. 1, Paris, LGDJ, 2013, 936 p.

**C. Chainais, F. Ferrand, S. Guinchard**, *Procédure civile*, 5<sup>e</sup> éd, Paris, Dalloz, HyperCours, 2017, 840 p.

**C. Chainais, C. S. Delicostopoulos, I. S. Delicostopoulos, M. Douchy-Oudot, S. Guinchard, F. Ferrand, X. Lagarde, V. Magnier, H. Ruiz Fabri, L. Sinopoli, J-M. Sorel**, *Droit processuel, droits fondamentaux du procès*, 9<sup>e</sup> éd, Paris, Dalloz, 2017, 1516 p.

**G. Cornu**, *Droit civil. Introduction au droit*, 13<sup>e</sup> éd, Paris, LGDJ, Précis Domat, 2007, 288 p.

**G. Cornu et J. Foyer**, *Procédure civile*, 3<sup>e</sup> éd, Paris, PUF, 1996, 800 p.

**H. Croze**, *Procédure civile*, 6<sup>e</sup> éd, Paris, LexisNexis, 2017, 373 p.

**M-L. Demeester, P. Jourdain, C. Jubault, C. Puigelier (sous la dir. de)**, *Le monde du droit (Ecrits en l'honneur de Jacques Foyer)*, Paris, Economica, 2008, 1075 p.

**P. Deumier**, *Introduction générale au droit*, 3<sup>e</sup> éd, Paris, LGDJ, 2015, 366 p.

**E. Dreyer, O. Mouysset**, *Procédure pénale*, Paris, LGDJ, 2016, 442 p.

**M. Fabre-Magnan**, *Droit des obligations : T. 1, contrat et engagement unilatéral*, 4<sup>e</sup> éd, Paris, PUF, 2016, 128 p.

**D. Fenouillet, P. Malinvaud, M. Mekki**, *Droit des obligations*, 13<sup>e</sup> éd, Paris, 2014, 802 p.

**J. Flour, J.-L. Aubert, Y. Flour, E. Savaux**, *Droit civil. Les obligations. Le fait juridique*, 14<sup>e</sup> éd, Paris, Sirey, 2011, 534 p.

**J. Foyer, C. Puigelier (sous la dir. de)**, *Le nouveau Code de procédure civile : (1975-2005)*, Paris, Economica, 2006, 490 p.

**J. Foyer, F. Terré, C. Puigelier**, *La création du droit par le juge*, Paris, Dalloz, Archives de philosophie du droit, 2007, n°50.

**J. Foyer, G. Lebreton, C. Puigelier**, *L'autorité*, Paris, PUF, 2008, 328 p.

**M-A. Frison-Roche**, *Généralités sur le principe du contradictoire, droit processuel*, Paris, LGDJ, Anthologie du Droit, 2014, 238 p.

**J. Ghestin, P. Jourdain, G. Viney**, *Les conditions de la responsabilité*, 4<sup>e</sup> éd, Paris, LGDJ, Traités, 2013, 1320 p.

**V. Gonier, B. Lapérou-Schneider (sous la dir. de)**, *Accès au juge : quelles évolutions ?* Bruxelles, Bruylant, 2013, 1002 p.

**M. Grimaldi**, *Droit civil : successions*, Paris, LexisNexis, 2017, 947 p.

**S. Guinchard**, *Droit processuel, droits fondamentaux du procès*, 8<sup>e</sup> éd, Dalloz, Précis Dalloz, 2015, 1446 p.

**S. Guinchard**, *Procédure pénale*, 11<sup>e</sup> éd, Paris, LexisNexis, 2017, 1510 p.

**S. Guinchard, T. Debard, A. Varinard**, *Institutions juridictionnelles*, 14<sup>e</sup> éd, Paris, Dalloz, 2017, 1294 p.

**J-L. Halpérin**, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, 2<sup>e</sup> éd, Paris, PUF, 416 p.

**J-L. Halpérin**, *Introduction au droit*, Paris, Dalloz, Séquence, 2017, 300 p.

**E. Jeuland**, *Droit processuel général*, 3<sup>e</sup> éd, Paris, LGDJ, 2014, 734 p.

**C. Jubault**, *Droit civil : les successions, les libéralités*, 2<sup>e</sup> éd, Paris, LGDJ, 2010, Domat, 960 p.

**H. Kelsen**, *Théorie pure du droit*, Paris, LGDJ, La pensée juridique, 1999, 367 p.

**Y. Lequette, P. Simler, F. Terré**, *Doit civil : les obligations*, 12<sup>e</sup> éd, Paris, Dalloz, Précis, 2017, 1600 p.

- P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck**, *Droit des obligations*, 8<sup>e</sup> éd, Paris, LGDJ, 2016, 912 p.
- P. Malaurie, P. Morvan**, *Introduction au droit*, 6<sup>e</sup> éd, Paris, LGDJ, 2016, 464 p.
- P. Malaurie, L. Aynès, P. Y Gautier**, *Droit des contrats spéciaux*, Paris, LGDJ, 2017, 768 p.
- P. Malinvaud**, *Introduction à l'étude du droit*, Paris, LexisNexis, 2016, 531 p.
- C. Marie (sous la dir. de)**, *Les injonctions du juge*, Bruxelles, Bruylant, 2010, 158 p. 2010, 466 p.
- P. Mazeaud, C. Puigelier (sous la dir. de)**, *Le peuple et l'idée de norme*, Paris, Panthéon-Assas, 2012, 234 p.
- N. Molfessis (sous la dir. de )**, *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Paris, Economica, 2005, 246 p.
- N. Molfessis** (rapport présidé par. ), *Les revirements de jurisprudence*, Paris, LexisNexis, 2005, 193 p.
- H. Motulsky**, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, 1948, Sirey, n<sup>o</sup> 49, p. 48.
- H. Motulsky**, *Ecrits – Etudes et notes de procédure civile*, Paris, Dalloz, 2009, 392 p.
- P. Morvan, P. Malaurie**, *Introduction au droit*, 6<sup>e</sup> éd, Paris, LGDJ, 2016, 460 p.
- B. Oppetit**, *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1999, 168 p.
- R. Perrot, (av. la contribution de. B. Beignier et L. Miniato)**, *Institutions judiciaires*, Paris, LGDJ, 2017.
- I. Petel-Teyssie, C. Puigelier (sous la dir. de)**, *Quarantième anniversaire du Code de procédure civile (1975-2015)*, Paris, Panthéon-Assas, 2016, 480 p.
- S. Porchy-Simon**, *Droit civil 2<sup>e</sup> année : les obligations*, 9<sup>e</sup> éd, Paris, Dalloz Hypercours, 2016, 668 p.
- C. Puigelier (sous la dir. de)**, *La Preuve*, Paris, Economica, 2004, 246 p.

- C. Puigelier (sous la dir. de)**, *La loi : Bilan et perspectives*, Paris, Economica, 2005, 415 p.
- C. Puigelier**, *Temps et création jurisprudentielle*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 124 p.
- C. Puigelier, F. Terré**, *Le droit de chercher et de dire*, Paris, Panthéon-Assas, 2012, 188 p.
- C. Puigelier**, *La pratique de la cassation en matière sociale*, 2<sup>e</sup> éd, Paris, LexisNexis, Droit & Professionnels, 2013, 486 p.
- C. Puigelier (sous la dir. de)**, *L'amour selon la loi : exercices d'écriture*, Paris, Mare & Martin, 2014, 430 p.
- C. Puigelier**, *Lire la maxime « Nul n'est censé ignorer la loi »*, Paris, Mare & Martin, 2015, 290 p.
- C. Puigelier**, « Mourir de la vérité », *preuve et droit processuel*, à paraître.
- L. Rachel**, *Le droit processuel de la responsabilité civile*, T. 25, Paris, IRJS Editions.
- S. Renaud (sous la dir. de)**, *Les grandes conclusions du parquet général de la Cour de cassation*, Paris, Panthéon-Assas Paris II, 2017, 1328 p.
- G. Ripert**, *Les forces créatrices du droit*, 4<sup>e</sup> éd, Paris, LGDJ, 1994, 430 p.
- P. Roubier**, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 2005, 334 p.
- H. Roland et L. Boyer**, *Adages du droit français*, 4<sup>e</sup> éd, Paris, LexisNexis, 1999, 1021 p.
- B. Starck, H. Roland et L. Boyer**, *Droit civil. Les obligations, le contrat*, T. II, 6<sup>e</sup> éd, Paris, LexisNexis, 1998, 837 p.
- Y. Strickler**, *Procédure civile*, 7<sup>e</sup> éd, Bruxelles, Bruylant, Manuels, 2017, 370 p.
- J. J. Taisne**, *Institutions juridictionnelles*, 16<sup>e</sup> éd, Paris, Dalloz, Mémentos, 2016, 202 p.
- F. Terré (sous la dir. de)**, *Le système juridique*, T. 31, Paris, Sirey, Archives de philosophie du droit, 1987, 458 p.

**F. Terré (sous la dir. de)**, *L'obligation*, T. 44, Paris, Dalloz, Archives de philosophie du droit, 2000, 524 p.

**F. Terré (sous la dir. de)**, *Regards sur le droit*, Paris, Dalloz, 2010, 402 p.

**F. Terré (sous la dir. de)**, *Le privé et le public*, T. 41, Paris, Sirey, Archives de philosophie du droit, 2012, 586 p.

**F. Terré**, *Du juridique et du social*, Paris, Mare & Martin, 2013, 330 p.

**F. Terré**, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Paris, LGDJ, Anthologie du droit, 2014, 616 p.

**F. Terré**, *Introduction générale au droit*, 10<sup>e</sup> éd, Paris, Dalloz, Précis, 2015, 636 p.

**F. Terré**, *La réforme du droit des obligations*, Paris, Dalloz, 2016, 128 p.

**E. Vergès**, *Procédure pénale*, 5<sup>e</sup> éd, Paris, LexisNexis, Objectif droit, 2017, 351 p.

**E. Verny**, *Procédure pénale*, 5<sup>e</sup> éd, Paris, Dalloz, 2016, 350 p.

**M. Villey**, *Philosophie du droit. Définition et fins du droit. Les moyens du droit*, Paris, Dalloz, 2001, 340 p.

**J. Vincent, S. Ginchar**d, *Procédure civile*, 27<sup>e</sup> éd, Paris, Dalloz, 2003, 1156 p.

**J.-F. Weber**, *La Cour de cassation*, Paris, La Documentation Française, 2010, 224 p.

## 1.2 Ouvrages de droit administratif

**A. de Laubadère, J.-C. Venezia, Y. Gaudemet**, *Traité de droit administratif*, T. 1, 15<sup>e</sup> éd, Paris, LGDJ, 1999, 1107 p.

**G. Braibant, B. Stirn**, *Le droit administratif français*, 7<sup>e</sup> éd, Paris, Dalloz et Presses Sciences Po, Amphi, 2005, 652 p.

**C. Broyelle**, *Contentieux administratif*, 5<sup>e</sup> éd, Paris, LGDJ, Manuel, 2017, 494 p.

**P. Cassia, B. Poujade, J.-C. Bonichot**, *Les grands arrêts du contentieux administratifs*, 5<sup>e</sup> éd, Paris, Dalloz, Grands Arrêts, 2016, 1460 p.

**D. Chabanol**, *La pratique du contentieux administratif*, Paris, LexisNexis, 2015, 590 p.

**R. Chapus**, *Droit administratif général*, T.1, 15<sup>e</sup> éd, Paris, LGDJ, Précis Domat, 2001, 1440 p.

**R. Chapus**, *L'administration et son juge*, Paris, PUF, Doctrine juridique, 1999, 426 p.

**N. Chifflot, M. Tourbe, P. Chrétien**, *Droit administratif*, 15<sup>e</sup> éd, Paris, Sirey, 2016, 816 p.

**D. Costa**, *Contentieux administratif*, Paris, LexisNexis, Objectif Droit, 2014, 370 p.

**A. Courreges, S. Daël**, *Contentieux administratif*, 4<sup>e</sup> éd, Paris, PUF, Thémis, 2013, 448 p.

**C. Debbasch, F. Colin**, *Droit administratif*, 11<sup>e</sup> éd, Paris, Economica, 2014, 752 p.

**P. Delvolvé**, *Le droit administratif*, 6<sup>e</sup> éd, Paris, Dalloz, Connaissance du droit, 2014, 168 p.

**G. Dumont, M. Lombard, J. Sirinelli**, *Droit administratif*, 11<sup>e</sup> éd, Paris, Dalloz, Hypercours, 2015, 672 p.

**J. Fialair, J. Kimboo (sous la dir. de)**, *Le nouveau droit du procès administratif*, Paris, L'Harmattan, Logiques Juridiques, 2013, 218 p.

**P-L. Frier, J. Petit**, *Droit administratif*, 10<sup>e</sup> ed, Paris, LGDJ, Précis Domat, 2015, 656 p.

**Y. Gaudemet**, *Les méthodes du juge administratif*, Paris, LGDJ, Anthologie du droit, 2013, 326 p.

**Y. Gaudemet**, *Droit administratif*, 21<sup>e</sup> éd, Paris, LGDJ, Manuel, 2015, 544 p.

**J. Gaudemet**, *Les naissances du droit, le temps, le pouvoir et la science au service du droit*, Paris, LGDJ, Anthologie du droit, 2016, 402 p.

**O. Gohin**, *Contentieux administratif*, 8<sup>e</sup> éd, Paris, LexisNexis, Manuel, 2014, 548 p.

**P. Jan**, *Institutions administratives*, Paris, LexisNexis, Objectif Droit, 2015, 306 p.

**J-F Lafaix (sous la dir. de)**, *Le renouvellement de l'office du juge administratif*, Paris, Berger-Levrault, Au fil du débat, 2017, 334 p.

**O. Le Bot**, *Contentieux administratif*, 3<sup>e</sup> éd, Bruxelles, Larcier, 2016, 352 p.

**G. Lebreton**, *Droit administratif*, 8<sup>e</sup> éd, Paris, Dalloz, Cours, 2015, 600 p.

**M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois**, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 21<sup>e</sup> éd, Paris, Dalloz, 2017, 1015 p.

**J. Morand-Deville**, *Droit administratif*, 14<sup>e</sup> éd, Paris, LGDJ, Cours, 2015, 810 p.

**C. Otero**, *Du gouvernement du juge administratif par Jean Rivero*, Paris, Dalloz, 2016, 84 p.

**B. Pacteau**, *Manuel de contentieux administratif*, 3<sup>e</sup> éd, Paris, PUF, Droit fondamental, 2014, 308 p.

**P. Pescatore**, *La séparation des pouvoirs et l'office du juge de Montesquieu à Portalis*, Bruxelles, Bruylant, 2009, 90 p.

**B. Plessix**, *Droit administratif général*, Paris, LexisNexis, Manuel, 2016, 600 p.

- O. Renaudie (sous la dir. de)**, *L'intérêt à agir devant le juge administratif*, Paris, Berger-Levrault, Au fil du débat, 2016, 174 p.
- M-C Rouault**, *Droit administratif et institutions administratives*, 4<sup>e</sup> éd, Bruxelles, Bruylant, 2017, 530 p.
- B. Seiller**, *Droit administratif : Tome 1, Les sources et le juge*, 6<sup>e</sup> éd, Paris, Flammarion, Champs université, 2016, 349 p.
- B. Seiller, M. Guyomar**, *Contentieux administratif*, 4<sup>e</sup> éd, Paris, Dalloz, Hypercours, 2017, 612 p.
- B. Stirn**, *Les sources constitutionnelles du droit administratif*, 9<sup>e</sup> éd, Paris, LGDJ, 2016, 208 p.
- C. Teitgen-Colly (sous la dir. de)**, *Les figures du juge administratif*, Paris, LGDJ, Grands Colloques, 2015, 312 p.
- D. Truchet**, *Droit administratif*, 6<sup>e</sup> éd, Paris, PUF, Thémis, 2015, 462 p.
- M. de Villiers, T. de Berranger (sous la dir. de)**, *Droit public général*, Paris, LexisNexis, Manuel, 2015, 1576 p.
- J. Waline**, *Droit administratif*, 26<sup>e</sup> éd, Paris, Dalloz, 2016, 786 p.
- M. Waline**, *Notes d'arrêts : les bases du droit administratif*, T. 1, Paris, Dalloz, 2004, 825 p.
- P. Weil, D. Pouyaud**, *Le droit administratif*, 24<sup>e</sup> éd, Paris, PUF, Que sais-je ? 2013, 128 p.

### 1.3 Ouvrages de droit européen et international

**C. Boutayeb**, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 4<sup>e</sup> éd, Paris, LGDJ, 2016, 718 p.

**C. Boutayeb**, *Droit matériel de l'Union européenne*, 4<sup>e</sup> éd, Paris, LGDJ, 2017.

**D. Bureau, M. Watt Horatia**, *Droit international privé*, T. 2, Paris, PUF, 2017, 736 p.

**O. Cachard**, *Droit international privé*, 6<sup>e</sup> éd, Paris, LGDJ, 2017, 468 p.

**P-M. Dupuy, Y. Kerbrat**, *Droit international public*, 13<sup>e</sup> éd, Paris, Dalloz, 2016, 1000 p.

**J. Foyer, D. Holleaux, G. de Geouffre De La Pradelle**, *Droit international privé*, Paris, Sirey, 2017, 688 p.

**J. P. Jacqué**, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 8<sup>e</sup> éd, Paris, Dalloz, 2015, 750 p.

**J-L. Halpérin**, *Profils des mondialisations du droit*, Paris, Dalloz, 2009, 448 p.

**M. Levinet (sous la dir. de)**, *Pluralisme et juges européens des droits de l'Homme*, Wavre, Anthémis, Droit & Justice, 2011, 380 p.

**J-F. Renucci**, *Droit européen des droits de l'homme*, 7<sup>e</sup> éd, Paris, LGDJ, 2017, 552 p.

**D. Ruzié, G. Teboul**, *Droit international public*, 24<sup>e</sup> éd, Paris, Dalloz, 2017, 380 p.

**F. Sudre**, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2016, 984 p.

#### 1.4 Ouvrages de droit constitutionnel

**P. Ardant, B. Mathieu**, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 29<sup>e</sup> éd, Paris, LGDJ, 2017, 610 p.

**B. Chantebout**, *Droit constitutionnel*, 33<sup>e</sup> éd, Paris, Sirey, 2017, 650 p.

**R. Debbasch**, *Droit constitutionnel*, 11<sup>e</sup> éd, Paris, LexisNexis, 2017, 324 p.

**O. Duhamel, G. Tusseau**, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 4<sup>e</sup> éd, Paris, Le Seuil, 2016, 1072 p.

**L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghevontian, J-L Mestre, O. Pfersmann, G. Scoffoni, A. Roux**, *Droit constitutionnel*, 20<sup>e</sup> éd, Paris, Dalloz, 2017, 1138 p.

**J. Gicquel, J-E. Gicquel**, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 31<sup>e</sup> éd, Paris, LGDJ, 2017, 920 p.

**F. Hourquebie, M-C. Ponthoreau (sous la dir. de)**, *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 310 p.

**P. Pactet, F. Mélin-Soucramanien**, *Droit constitutionnel*, 36<sup>e</sup> éd, Paris, Sirey, 2017, 712 p.

## 1.5 Ouvrages de droit et psychologie

**B. Baertschi**, *La neuroéthique, ce que les neurosciences font à nos conceptions morales*, Paris, La Découverte, 2009, 168 p.

**B. Baertschi**, *L'Éthique à l'écoute des neurosciences*, Paris, Les Belles Lettres, 2013, 256 p.

**A. Bensoussan, J. Bensoussan**, *Droit des robots*, Bruxelles, Larcier, 2015, 168 p.

**J. Carbonnier**, *Études de psychologie juridique*. Annales de l'Université de Poitiers, 1949.

**S. Dehaene**, *Le Code de la conscience*, Paris, Odile Jacob, 2014, 432 p.

**F. Jouen, C. Puigelier, C. Tijus (sous la dir. de)**, *Décision et prise de décision*, Paris, Mare & Martin, 2017.

**F. Jouen, C. Puigelier, C. Tijus (sous la dir. de)**, *Conscience du droit et droit de la conscience*, Paris, Mare & Martin, à paraître.

**D. Le Bihan**, *Le cerveau de cristal : ce que nous révèle la neuro-imagerie*, Paris, Odile Jacob, 2012, 220 p.

**C. Puigelier, B. Saint-Sernin (sous la dir. de)**, *Le Droit à la lumière de Bergson : mémoire et évolution*, Paris, Panthéon-Assas, 2013, 252 p.

**C. Puigelier, C. Tijus (sous la dir. de)**, *L'esprit au-delà du droit : pour un dialogue entre les sciences cognitives et le droit*, Paris, Mare & Martin, 2016, 284 p.

**C. Puigelier**, *Justice et psychologie*, Paris, Mare & Martin, 2016, 134 p.

**C. Puigelier**, *Le cerveau de Hyacinthe : du droit de reproduit l'image...au droit de la science du cerveau*, Paris, Mare & Martin, 2017, 205 p.

**C. Puigelier**, *Intelligence et droit de la recherche scientifique*, Paris, Mare & Martin, Science & Droit, 2017, 320 p.

## 1.6 Ouvrages de droit de la santé

**P. Appleton, M. Salama**, *Droit médical*, Paris, Librairie du Monde Médical, 1931, 768 p.

**J. M. Auby**, *Le droit de la santé*, Paris, PUF, 1981, 508 p.

**H. Béjui-Hugues**, *Précis d'évaluation du dommage corporel*, 6<sup>e</sup> éd, Paris, L'argus de l'assurance, 2016, 432 p.

**M. Benillouche, X. Cabannes**, *Hospitalisations sans consentement*, Paris, PUF, 2013, 232 p.

**C. Bergoignan-Esper, P. Sargos**, *Les grands arrêts du droit de la santé*, 2<sup>e</sup> éd, Paris, Dalloz, 2016, 752 p.

**J-R. Binet**, *Droit médical*, Paris, LGDJ, 2010, 552 p.

**M. Borgetto, R. Lafore**, *Droit de l'aide et de l'action sociales*, 9<sup>e</sup> éd, Paris, LGDJ, Précis Domat, 2015, 782 p.

**M. Borgetto, J-J. Dupeyroux, R. Lafore**, *Droit de la sécurité sociale*, 18<sup>e</sup> éd, Paris, 2015, 1300 p.

**M-F Callu, M. Girer, G. Rousset**, *Dictionnaire de droit de la santé*, Paris, LexisNexis, 2017.

**J-P Changeux**, *L'homme artificiel*, Paris, Odile Jacob, 2007, 320 p.

**J-P Chauchard, J-Y. Kerbouc'h, C. Willmann**, *Droit de la sécurité sociale*, 7<sup>e</sup> éd, Paris, LGDJ, Manuels, 2015, 658 p.

**J. M. Clément**, *Les grands principes du droit de la santé*, Bordeaux, Les Etudes Hospitalières, 2005, 209 p.

**J. M. Clément**, *La loi santé 2016 : analyse, commentaires, critiques*, Bordeaux, Les Etudes Hospitalières, 2016, 160 p.

**P. Cohen, D. Labadie, L. Labadie**, *Les médecins face à leurs juges*, Paris, Performa, 1987, 206 p.

**N. De Grove-Valdeyron**, *Droit européen de la santé*, Paris, LGDJ, 2013, 209 p.

- A. Demichel**, *Droit médical*, Paris, Berger-Levrault, Manuels b-i santé, 1983, 179 p.
- A. Demichel**, *La responsabilité médicale*, Lyon, l'Hermès, Guides essentiels, 1997, 128 p.
- A. Demichel**, *Le droit de la santé*, Bordeaux, Les Etudes Hospitalières, 1998, 144 p.
- F. Demichel**, *Au nom de quoi ? Libre propos d'une juriste sur la médicalisation de la vie*, Bordeaux, Les Etudes hospitalières, 2006, 282 p.
- S. Demichel**, *Philosophies du droit de la santé*, Bordeaux, Les Etudes Hospitalières, 2009, 128 p.
- Ecole Nationale de la Magistrature**, *La responsabilité médicale : de la faute au risque*, Bordeaux, éd. ENM, 1996, 250 p.
- J. M. de Forges**, *Le droit de la santé*, 8<sup>e</sup> éd, Paris, PUF, Que sais-je ? 2012, 128 p.
- F. Gros, C. Puigelier**, *Biologie et droit. Les étapes du vivant*, Bruxelles, Bruylant, 2016, 176 p.
- R. Holcman**, *Droit hospitalier : manuel de gouvernance hospitalière*, Paris, Berger-Levrault, Les indispensables, 2010, 703 p.
- M. Dupont, C. Bergoignan-Esper, C. Paire**, *Droit hospitalier*, 10<sup>e</sup> éd, Paris, Dalloz, Cours, 2017, 1048 p.
- N. Gallus**, *Bioéthique et droit*, Wavre, Anthemis, 2013, 298 p.
- G. Génicot**, *Droit médical et biomédical*, 2<sup>e</sup> éd, Liège, Larcier, Collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège, 2016, 1022 p.
- S. Hennette-Vauchez**, *Le droit de la bioéthique*, n°541, Paris, La Découverte, 2009, 125 p.
- L. Kornprobst**, *La responsabilité médicale, origine, fondement, limites*, Paris, Librairie J.-B. Baillière et fils, 1947, 366 p.

- Y. Lambert-Faivre, S. Porchy-Simon**, *Droit du dommage corporel : systèmes d'indemnisation*, 8<sup>e</sup> éd, Paris, Dalloz, 2015, 956 p.
- A. Laude, B. Mathieu., D. Tabuteau**, *Droit de la santé*, 3<sup>e</sup> éd, Paris, PUF, Thémis, 2012, 782 p.
- A. Leca, B. Legros**, *Petit dictionnaire de droit de la santé et de bioéthique*, Bordeaux, Les Etudes Hospitalières, 2017, 248 p.
- J.-F Lemaire, J.-L Imbert**, *La responsabilité médicale*, Paris, PUF, Que sais-je ? 1985, 127 p.
- E. Martinez, F. Vialla**, *Les grands avis du Comité Consultatif National d'Ethique*, Paris, LGDJ, 2013, 813 p.
- B. Mathieu**, *La bioéthique*, Paris, Dalloz, Connaissance du droit, 2009, 132 p.
- G. Mémeteau**, *Traité de la responsabilité médicale*, Bordeaux, Les Etudes Hospitalières, 1996, 316 p.
- G. Mémeteau, M. Girer**, *Cours de droit médical*, 5<sup>e</sup> éd, Bordeaux, Les Etudes Hospitalières, 2016, 854 p.
- M-L. Moquet-Anger**, *Droit hospitalier*, 4<sup>e</sup> éd, Paris, LGDJ, Manuels, 2016, 528 p.
- G. Mor**, *Evaluation du préjudice corporel 2014-2015*, 2<sup>e</sup> éd, Paris, Delmas, 2014, 668 p.
- B. Palier**, *La réforme des systèmes de santé*, 8<sup>e</sup> éd, Paris, PUF, Que sais-je ? 2017, 128 p.
- B. Parance**, *Santé et environnement : expertise et régulation des risques*, Paris, CNRS, 2017, 190 p.
- J. Penneau**, *La responsabilité médicale*, Paris, Sirey, 1977, 331 p.
- J. Penneau**, *La responsabilité du médecin*, 3<sup>e</sup> éd, Paris, Dalloz, 2004, 150 p.
- C. Puigelier, F. Terré (sous la dir. de)**, *Réflexions sur la loi bioéthique*, Paris, Mare & Martin, 2012, 258 p.

**M. le Roy, J-D. le Roy, F. Bibal**, *l'évaluation du préjudice corporel*, Paris, LexisNexis, 2015, 210 p.

**E. Rudloff, G. Vogel**, *Lexique de droit médical et hospitalier*, 3<sup>e</sup> éd, Luxembourg, 2009, 264 p.

**R. Saury**, *Manuel de droit médical*, Paris, Masson, 1989, 539 p.

**R. Savatier, J-M. Auby, J. Savatier et H. Pequignot**, *Traité de droit médical*, Paris, Librairies Techniques, 1956, 574 p.

**F. Terré, C. Puigelier**, *Réflexions sur la loi bioéthique*, Paris, Mare & Martin, 2012, 258 p.

**D. Thouvenin**, *La responsabilité médicale. Analyse des données statistiques disponibles et des arrêts rendus par la Cour de cassation et le Conseil d'Etat de 1984 à 1992*, Paris, Flammarion, 1995, 124 p.

**J-P Thiellay, C. Maugue**, *La responsabilité du service public hospitalier*, Paris, LGDJ, Systèmes, 2010, 204 p.

**D. Truchet**, *Droit de la santé publique*, 9<sup>e</sup> éd, Paris, Dalloz, 2016, 320 p.

**F. Villia (dir.), M. Reynier, E. Martinent (coord.)**, *Les grandes décisions du droit médical*, 2<sup>e</sup> éd, Paris, LGDJ, 2014, 896 p.

## 1.7 Dictionnaires juridiques

**D. Alland, S. Rials**, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, Quadrige, 2003, 1696 p.

**R. Cabrillac**, *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2018*, 9<sup>e</sup> éd, Paris, LexisNexis, 2017, 530 p.

**G. Cornu**, *Vocabulaire juridique*, 11<sup>e</sup> éd, Paris, PUF, Quadrige, 2016, 1152 p.

**S. Guinchard**, *Lexique des termes juridiques*, 25<sup>e</sup> éd, Paris, Dalloz, 2017, 1214 p.

**C. Puigelier**, *Dictionnaire juridique : définitions, explications et correspondances*, Bruxelles, Larcier, 2015, 1068 p.

## 1.8 Ouvrages de littérature, de philosophie et de sciences humaines et sociales

**L. Aragon**, *Aurélien*, Paris, Gallimard, Folio, 1986, 635 p.

**P. Ariès**, *Essais sur l'histoire de la mort en Occident : Du Moyen Âge à nos jours*, Paris, Points, 2014, 240 p.

**Aristote**, *Ethique à Nicomaque*, Paris, Flammarion, 2004, 560 p.

**C. Bégorre-Bret, C. Morana, pref. A. Comte-Sponville**, *La Justice de Platon à Rawls*, Paris, Eyrolles, 2012, 198 p.

**B. Bernabé, A. Garapon, S. Perdriolle**, *La prudence et l'autorité. Juges et procureurs du XXI<sup>e</sup> siècle*, Paris, Odile Jacob, 2014, 302 p.

**G. Bernanos**, *La joie*, Paris, Seuil, Points Roman, 1983, 245 p.

**T. Bernhard**, *Des arbres à abattre*, Paris, Gallimard, Folio, 1998, 232 p.

**T. Bernhard**, *Béton*, Paris, Gallimard, L'imaginaire, 2004, 176 p.

**A. Camus**, *L'étranger*, Paris, Gallimard, Folio, 1971, 191 p.

**A. Camus**, *La Peste*, Paris, Gallimard, Folio, 1972, 288 p.

**A. Camus**, *Le mythe de Sisyphe*, Paris, Gallimard, Folio Essais, 1985, 169 p.

**J. Chardonne**, *Vivre à Madère*, Paris, Grasset, Les cahiers rouges, 2004, 172 p.

**C. Chastel**, *Une petite histoire de la médecine*, Paris, Ellipses, L'Esprit des Sciences, 2004, 128 p.

**Chateaubriand**, *Mémoires d'outre-tombe*, Livres I à XII, T. 1, Paris, Le Livre de Poche, Classiques, 2001, 800 p.

**E.-M. Cioran**, *De l'inconvénient d'être né*, Paris, Folio, 1987, 243 p.

**E.-M. Cioran**, *Sur les cimes du désespoir*, Paris, Le Livre de Poche, Biblio Essais, 1991, 129 p.

**G. Deleuze**, *Différence et répétition*, Paris, PUF, 2011, 416 p.

**C. Delsol**, *L'âge du renoncement*, Paris, Cerf, La nuit surveillée, 2011, 295 p.

**J. Derrida**, *Force de loi, Le fondement mystique de l'autorité*, Paris, Galilée, 1994, 160 p.

**Dostoïevski**, *Les frères Karamazov*, Paris, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, 1952, 1268 p.

**E. Durkheim**, *Eléments d'une théorie sociale*, Paris, Les Editions de Minuit, 1975, 512 p.

**A. Ehrenberg**, *L'individu incertain*, Paris, Calmann-Levy, 1995, 351 p.

**N. Elias**, *la société des individus*, Paris, Pocket, Evolution, 1998, 301 p.

**N. Elias**, *La solitude des mourants*, Paris, Pocket, 2002, 120 p.

**N. Elias**, *La dynamique de l'Occident*, Paris, Pocket, Evolution, 2003, 320 p.

**M. Enard**, *Boussole*, Paris, Actes Sud, 2015, 480 p.

**G. Flaubert**, *L'éducation sentimentale*, Paris, Folio, 2005, 512 p.

**M. Foucault**, *Les mots et les choses*, Paris, Gallimard, 1990, 400 p.

**M. Foucault**, *Naissance de la clinique*, 8<sup>e</sup> éd, Paris, PUF, Les grands textes, 2009, 240 p.

**J. Fourastié**, *Les trente glorieuses*, Paris, Fayard/Pluriel, 2011, 290 p.

**J. Foyer, C. Puigelier, F. Terré (sous la dir. de)**, *La vertu*, Paris, PUF, 2009, 400 p.

**A. Garapon**, *Bien juger : Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Odile Jacob, 2001, 351 p.

**A. Garapon**, *Et ce sera justice : punir en démocratie*, Paris, Odile Jacob, 2001, 330 p.

**P. Hazard**, *la crise de la conscience européenne*, Paris, Fayard, Références, 1993, 444 p.

**M. Houellebecq**, *Extension du domaine de la lutte*, Paris, Flammarion, J'ai lu, 2010, 155 p.

**M. Houellebecq**, *Les particules élémentaires*, Paris, Flammarion, J'ai lu, 2010, 316 p.

**J. Imbert**, *Histoire des hôpitaux en France*, Toulouse, Privat, Grands livres, 1991, 559 p.

**T. Garcia**, 7, Paris, Gallimard, Blanche, 2015, 576 p.

**A. Gide**, *Souvenirs de la cour d'assises*, Paris, Gallimard, 2008, 128p.

**J. Giono**, *Un roi sans divertissement*, Paris, Gallimard, La Bibliothèque, 2003, 304 p.

**J. W. Goethe**, *Les souffrances du jeune Werther*, Paris, Libraire Générale Française, 1999, 221 p.

**K. Ishiguro**, *Les vestiges du jour*, Paris, Folio, 2010, 352 p.

**E. Kant**, *Critique de la raison pure*, 3<sup>e</sup> éd, Paris, Flammarion, GF, 2006, 749 p.

**E. Kant**, *Critique de la raison pratique*, 8<sup>e</sup> éd, Paris, PUF, Quadrige, 2012, 228 p.

**E. Kant**, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, Paris, Le livre de Poche, 1993, 252 p.

**F. Kafka**, *Le procès*, Paris, Gallimard, Folio classique, 1987, 384 p.

**F. Kafka**, *Le château*, Paris, Le Livre de Poche, 2001, 391 p.

**J. Lacan**, Le Séminaire, livre VI, *Le désir et son interprétation*, Paris, La Martinière, Champ freudien, 2013, 615 p.

**A. de Libera**, *Archéologie du sujet, naissance du sujet*, Paris, Vrin, 2007, 448 p.

**A. de Libera**, *La quête de l'identité (Archéologie du Sujet II)*, Paris, Vrin, 2008, 512 p.

**G. Lipovetsky**, *Les temps hypermodernes*, Paris, Le livre de Poche, 2014, 126 p.

**P. Mazeaud, C. Puigelier (Sous la dir. de)**, *La connaissance est un trésor : une histoire de la tolérance et de la transplantation*, T.2, Paris, Mare & Martin, 2016, 274 p.

**T. Mann**, *La montagne magique*, Paris, Le Livre de Poche, 1991, 979 p.

**Montesquieu**, *De l'esprit des lois*, T.1, Paris, Flammarion, 1993, 486 p.

**Montaigne**, *Essais*, I, II, III, Paris, Folio, 2009, 2208 p.

**P. Morand**, *L'homme pressé*, Paris, Gallimard, L'Imaginaire, 1990, 350 p.

**P. Muray**, *L'Empire du bien*, Paris, Les Belles Lettres, 2002, 176 p.

- R. Musil**, *L'homme sans qualités*, T.1, Paris, Points, 2011, 896 p.
- F. Nietzsche**, *Le Gai Savoir*, Fragments Posthumes, Été 1881- été 1882, Paris, Gallimard, NRF, 1982, 688 p.
- F. Ost**, *Dire le droit, faire justice*, 2<sup>e</sup> éd, Bruxelles, Bruylant, 2012, 224 p.
- B. Pascal**, *Pensées sur la justice : trois discours sur les grands*, Paris, Flammarion, 2011, 416 p.
- B. Pascal**, *Pensées*, Paris, Le Livre de Poche, Classiques, 2000, 735 p.
- J. Perry**, *L'île d'un autre*, Paris, Albin Michel, 1979, 392 p.
- M. Proust**, *A la recherche du temps perdu*, Paris, Gallimard, Quarto, 1999, 2408 p.
- C. Puigelier, F. Terré**, *Droit et non-droit du savant*, Paris, Editions Panthéon-Assas, Colloques, 2013, 326 p.
- C. Puigelier (sous la dir. de)**, *L'œuvre doctorale*, Paris, Mare & Martin, 2017, 340 p.
- M-F. Renoux-Zagame**, *Du droit de Dieu au droit de l'homme*, Paris, PUF, 2003, 324 p.
- P. Ricoeur**, *Le conflit des interprétations. Essai d'herméneutique*, Paris, Seuil, 1969, 512 p.
- P. Ricoeur**, *Le juste*, Paris, Esprit, 1995, 224 p.
- J. J. Rousseau**, *Du contrat social*, Paris, Flammarion, 2001, 255 p.
- M. Rousselet**, *Histoire de la magistrature française des origines à nos jours*, T.1, Paris, Librairie Plon, 1957.
- Saint-Simon**, *Mémoires*, T.1 1691-1701, Paris, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, 1983, 1776 p.
- N. Sarraute**, *L'enfance*, Paris, Gallimard, Folio, 1985, 276 p.
- A. Schopenhauer**, *Le monde comme volonté et comme représentation*, T.1, Paris, Folio, 2009, 1136 p.
- A. Schopenhauer**, *Du néant de la vie*, Paris, Fayard, 1001 nuits, 2004, 96 p.

**Stendhal**, *La chartreuse de Parme*, Paris, Le Livre de Poche, Classiques, 2000, 741 p.

**A. de Tocqueville**, *De la démocratie en Amérique*, Paris, Flammarion, 2010, 302 p.

**M. Weber**, *Sociologie du droit*, 2<sup>e</sup> éd, Paris, PUF, Quadrige, Grands Textes, 2013, 324 p.

**M. Weber**, *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, Paris, Pocket, Agora, 1991, 285 p.

**S. Weil**, *L'enracinement : prélude à une déclaration des devoirs envers l'être humain*, Paris, Gallimard, Folio, 1990, 380 p.

**L. Wittgenstein**, *Tractatus logico-philosophicus*, Paris, Gallimard, Tel, 2001, 128 p.

**P. Wittgenstein**, *Remarques mêlées*, Paris, Flammarion, 2002, 224 p.

**M. Yourcenar**, *L'œuvre au noir*, Paris, Gallimard, Blanche, 1968, 348 p.

**E. Zola**, *Le docteur Pascal*, Paris, Gallimard, 1993, 470 p.

**S. Zweig**, *La confusion des sentiments*, Paris, Le Livre de Poche, 1992, 126 p.

**S. Zweig**, *Le jouer d'échecs*, Paris, Le Livre de Poche, 2013, 128 p.

## 2. Thèses

**S. Bloquet**, *La loi et son interprétation à travers le Code civil (1804-1880)*, T. 33, Paris, LGDJ, Thèses, 2017, 756 p.

**J. Bourdoiseau**, *L'influence perturbatrice du dommage corporel en droit des obligations*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, n°513, 2010, 531 p.

**S. Brimo**, *L'Etat et la protection de la santé des travailleurs*, T. 273, Paris, LGDJ, Thèses, 2013, 476 p.

**B. Camguilhem**, *Recherche sur les fondements de la responsabilité sans faute en droit administratif*, n°132, Paris, Dalloz, 2014, 508 p.

**C. Clément**, *La responsabilité du fait de la mission de soins des établissements publics et privés de santé*, Bordeaux, Les Etudes Hospitalières, 2001, 515 p.

**D. Cholet**, *La célérité de la procédure en droit processuel*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, n°466, 2006, 736 p.

**B. Delaunay**, *La faute de l'administration*, Paris, LGDJ, Thèses, 2007, 474 p.

**G. Drouot**, *La rétroactivité de la jurisprudence : recherche sur la lutte contre l'insécurité juridique en droit civil*, Paris, LGDJ, 2016, 424 p.

**AM. Duguet**, *La faute médicale dans la responsabilité hospitalière*, Paris XI, 1993, 596 p.

**J-C. Dosdat**, *Les normes nouvelles de la décision médicale*, Bordeaux, Les Etudes Hospitalières, 2008, 600 p.

**V. Egéa**, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, T. 43, Paris, Defresnois, Lextenso, Doctorat & Notariat, 2010, 552 p.

**A-N. Fabas-Serlouten**, *L'obligation de soins en droit privé*, Toulouse, Institut Fédératif de Recherche « Mutation des normes juridiques » - Université Toulouse I, Thèses de l'IFR, 2015, 660 p.

**G. Forest**, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Paris, Dalloz, Vol. 116, 2012, 782 p.

- Y. Gaudemet**, *Les méthodes du juge administratif*, Paris, LGDJ, 1972, 321 p.
- M. Girer**, *Contribution à une analyse rénovée de la relation de soins*, Bordeaux, Les Etudes Hospitalières, 2008, 806 p.
- A. Ghozia**, *Le droit de l'expertise médicale et sanitaire*, Bordeaux, Les Etudes Hospitalières, 2017, 600 p.
- F-V. Guiot**, *La distinction du fait et du droit par la Cour de justice de l'Union européenne, recherche sur le pouvoir juridictionnel*, Paris, LGDJ, Institut Universitaire Varenne, Thèses, 2016, 1032 p.
- B. Hachem**, *L'office du juge des référés en droit de l'urbanisme*, T. 10, Paris, LGDJ, Thèses, 2014, 460 p.
- N. Hage-Chahine**, *La distinction de l'obligation et du devoir en droit privé*, Paris, Panthéon – Assas Paris II, Thèses, 2017, 476 p.
- S. Hamrouni**, *Le droit international à l'épreuve de la bioéthique*, Bordeaux, Les Etudes Hospitalières, 2009, 650 p.
- N. Hoffschir**, *La charge de la preuve en droit civil*, T. 153, Paris, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2016, 576 p.
- A. Issa**, *La responsabilité médicale en droit public (Etude comparée)*, Paris, Alpha, 2014, 520 p.
- A. Jaunait**, *Comment penser l'institution médicale ?* Vol. 2, Paris, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2005, 366 p.
- C. Labrusse-Riou**, *Le droit saisi par la biologie*, T. 259, Paris, LGDJ, Thèses, 1996, 456 p.
- R. Laher**, *Imperium et jurisdictio en droit judiciaire privé*, Paris, Mare & Martin, Bibliothèque des thèses, 2017, 1046 p.
- E. Langelier**, *L'office du juge administratif et le contrat administratif*, Poitiers, Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 2012, 894 p.
- D. Laszlo-Fenouillet**, *La conscience*, T. 235, Paris, LGDJ, Thèses, 1993, 574 p.

- G. Lebrun**, *Office du juge administratif et questions préjudicielles : recherche sur la situation du juge à quo*, Paris, LGDJ, Thèses, 2017, 676 p.
- C. Leclerc**, *Le renouvellement de l'office du juge administratif français*, Paris, L'Harmattan, Logiques Juridiques, 2015, 938 p.
- C. Lequillier**, *La santé du cocontractant*, Aix-en-Provence, PUAM, Institut de Droit des Affaires, 2015, 520 p.
- C. Malpel-Bouyjou**, *L'office du juge judiciaire et la rétroactivité*, Paris, Dalloz, Vol. 134, 2014, 600 p.
- G. Mémeteau**, *Essai sur la liberté thérapeutique du médecin. Etude de droit français positif*, Thèse Poitiers, 1973.
- L. Miniato**, *Le principe du contradictoire en droit processuel*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, n°483, 2008, 456 p.
- L. Neyret**, *Atteintes au vivant et responsabilité civile*, T. 468, Paris, LGDJ, Thèses, 2006, 728 p.
- J. Penneau**, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, Paris I, 1972, Paris, LGDJ 1973, 409 p.
- B. Pitcho**, *Le statut juridique du patient*, Bordeaux, Les Etudes Hospitalières, 2004, 664p.
- C. Puigelier**, *Le cheminement intellectuel du créateur de la règle de droit (approche philosophique)*, dir. P. Vemerren, Paris XIII, 2003, n°17.
- G. Rabut-Bonaldi**, *Le préjudice en droit pénal*, Paris, Dalloz, Vol. 159, 2016, 624 p.
- M. Reverchon-Billot**, *La question litigieuse en matière contractuelle*, Paris, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Vol. 169, 2017, 506 p.
- A. Sayede Hussein**, *Le juge administratif, juge du référé-suspension*, Aix-en-Provence, PUAM, 2014, 534 p.

**L-M. Schmit**, *Les définitions en droit privé*, Toulouse, Institut Fédératif de Recherche « Mutation des normes juridiques » - Université Toulouse I, Thèses de l'IFR, 2017, 708 p.

**C-E. Sénac**, *L'office du juge constitutionnel*, T. 145, Paris, LGDJ, Thèses, 2015, 640 p.

**A-N. Sibony**, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, Paris, LGDJ, Droit et Economie, 2008, 905 p.

**E. Supiot**, *Les tests génétiques : contribution à une étude juridique*, Aix-en-Provence, PUAM, Droit de la Santé, 2015, 438 p.

**R. Tinière**, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2009, 708 p.

**P. Arthur de la Villarmois**, *La responsabilité sans faute à l'hôpital*, Dijon, 1982, 387 p.

**G. Viney**, *L'indemnisation des accidents médicaux*, Paris, LGDJ, Thèses, Tome 289, 1997, 152 p.

**I. Zulian**, *Le gène saisi par le droit, la qualification de la chose humaine*, Aix-en-Provence, PUAM, Centre Pierre Kayser, 2010, 338 p.

### 3. Articles

**D. Arcadio**, *Comment améliorer les outils de la réparation du dommage corporel*, Gazette du Palais, décembre 2011, n°337, p. 10.

**C. Atias**, *Le développement du rabat d'arrêts de la Cour de cassation*, Gazette du Palais, 09 février 2010 n° 40, p. 15

**M. Bacache**, *L'information médicale est-elle encore perfectible ?* Gazette du Palais, 16 juin 2012, n°168, p. 9.

**M. Bacache**, *La réparation de la perte de chances : quelles limites ?* D. 2013, p. 619.

**M. Bacache**, *La nomenclature : une norme ?* Gazette du Palais, 27 décembre 2014, n°361, p. 7.

**M. Bacache**, *Oniam – Actes à finalité esthétique*, RTD Civ. 2015, p. 215.

**C. Bernfeld**, *Bilan positif et menaces à venir - un carrefour dangereux*, Resp. civ & Ass, n°5, mai 2012, dossier 23.

**C. Bernfeld**, *Rapport Terré – Feu la réparation intégrale*, JCP éd. G, n°1, 9 janvier 2012.

**F. Bibal**, *Un enjeu majeur de l'indemnisation du dommage corporel : le choix du barème de capitalisation*, Gazette du Palais, 14 décembre 2002, n° 348, p. 22.

**F. Bibal**, *transaction : le point de vue de l'avocat, L'indemnisation du dommage corporel : une réparation à géométrie variable*, Compte-rendu du Colloque organisé par le Conseil national des barreaux le 28 novembre 2007, Gazette du Palais, 19 avril 2008, n°110, p. 30.

**F. Bibal**, *La modification des instruments de chiffrage des indemnités : réelle urgence ou panique des assureurs ?* Gazette du Palais, décembre 2011, n°337, pp. 44-46.

**J. Boré**, *L'indemnisation pour chances perdues : une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable*, JCP 1974. I. 2620.

- M. Borgetto**, *La révision des lois bioéthiques*, RDSS 2005, p. 183
- M. Borgetto**, *L'assistance publique / hôpitaux de Paris*, RDSS 2016, p. 1001.
- M. Borgetto**, *La loi santé*, RDSS 2016, p. 595.
- M. Borgetto**, *Les ARS dans l'organisation sociale et médico-sociale*, RDSS 2016, p. 403.
- J-S. Borghetti**, *La perte d'une chance au carré, ou la perte d'une chance de chance*, RDC, Janvier 2011, n°1, p. 77.
- A. Bourla**, *Quelques réflexions sur le rôle de l'expert judiciaire en matière de responsabilité médicale*, Médecine & Droit, 1998, n°4, p. 5.
- R. Bourret, F. Vialla**, *Divergence sur le préjudice lié au défaut d'information ?* Revue droit & santé, n°72, 2016, pp. 500-503.
- P. Brun**, *Raffinements ou faux-fuyants ? Pour sortir de l'ambiguïté dans le contentieux du vaccin contre le virus de l'hépatite B*, D. 2011, p. 316.
- P. Brun**, *La spécificité de la causalité en matière médicale*, Gazette du Palais, 16 juin 2012, n°168.
- P. Brun**, *Perte de chance : les risques de dévoiement*, Les Petites Affiches, 31 octobre 2013, n°218.
- N. Brunet**, *Le « fait esthétique » à l'épreuve de la solidarité nationale (à propos de la loi n°2014-1554 du 22 décembre 2014 de financement de la Sécurité sociale pour 2015 (Art.70)*, Revue droit & santé, n°64, mars 2015, pp. 232-236.
- S. Carval**, *Le rôle de la causalité adéquate dans la preuve du lien causal*, RDC, juillet 2012, n°3, p. 813.
- J. Coelho**, *Responsabilité médicale : réflexions sur l'unification des règles de compétence juridictionnelle*, RGDM, n°13, août 2004, pp. 155-156.
- D. Cristol**, *Définition de l'aléa thérapeutique*, RDSS 2008, p. 1154.
- M. Deguergue**, *Le contentieux de la responsabilité, politique jurisprudentielle et jurisprudence politique*, AJDA, 1995, p. 211.

**M. Deguergue**, *La jurisprudence et le droit administratif : une question de point de vue*, AJDA 2005, p. 1313.

**M. Deguergue**, *La nomenclature : un outil d'uniformisation des jurisprudences civile et administrative ?* Gazette du Palais, 24 décembre 2014 au 27 décembre 2014, n°361.

**M. Ehrenfeld**, *Le point de vue de l'assureur sur l'unification des outils de chiffrage des indemnités en dommage corporel*, Gazette du Palais, décembre 2011, n°337, pp. 41-43.

**P. Esmein**, *Le nez de Cléopâtre ou les affres de la causalité*, D. 1964, Chron. p. 205.

**P. Fraisse**, *L'évolution de la jurisprudence administrative en matière de responsabilité médicale*, Les Petites Affiches, 16 juillet 1993, p. 14.

**P. Fraisse**, *Les vicissitudes de la jurisprudence administrative en matière de responsabilité médicale*, Rev. Adm. 1993, p. 561.

**M. Girard**, *Formuler l'indicible pour évaluer l'inconcevable*, Gazette du Palais, Colloque « le juste prix », 11 au 13 février 2007, p. 22.

**J. Grimaldi**, *Réparation du dommage corporel : obsolescence des barèmes de capitalisation et liberté du juge*, Gazette du Palais, 2003, n°168, p. 10.

**L. Grynbaum**, *La certitude du lien de causalité en matière de responsabilité est-elle un leurre dans le contexte d'incertitude de la médecine ?* D. 2008. 1928.

**H. Groutel**, *Le risque médical : évolution de la jurisprudence récente en droit commun et en droit administratif*, Médecine & Droit, n°4, janvier/février 1994, p. 12.

**H. Groutel et C. Lienhard**, *(échanges entre) : les barèmes d'indemnisation*, Gazette du Palais, 10 avril 2010 n° 100, p. 27.

**J. Hardy**, *Le système de santé vu du droit : une réalité diffuse, un régime juridique complexe*, RDSS 2014, pp. 229-238.

**B. Heurton**, *Pour un droit commun de l'indemnisation du dommage corporel*, Gazette du Palais, 19 avril 2008, n° 110, p. 52.

**S. Hocquet-Berg**, *La solidarité nationale réduite à peau de chagrin*, Resp. civ & Ass, n°2, février 2015, étude 2.

**P. Jourdain**, *La perte d'une chance, même faible, est indemnisable !* RTD Civ. 2013. 380.

**P. Jourdain**, *Accidents médicaux : la solidarité nationale mise en échec par la prise en compte de l'état antérieur du patient*, RTD Civ. 2014. 899.

**P. Jourdain**, *Perte de chance : faut-il poser un seuil de probabilité ?* D. 2015, p. 124.

**X. Labbé**, *Esquisse d'une définition civiliste de l'espèce humaine*, D. 1999, chron. 437

**M-C. Lagrange (entretien avec)**, *Les référentiels d'indemnisation : un outil pertinent ?* Gazette du Palais, 10 novembre 2012, n° 315.

**Y. Lambert-Faivre**, *La responsabilité médicale confrontée à l'évolution du droit et de la science*, Journal de Médecine Légale et de droit médical, 1996, vol. 39, p. 83.

**F. Lambolez**, *La portée de la notion de « conséquences anormales » dans le régime d'indemnisation des accidents médicaux*, RDSS 2015, p. 279

**M. Lannoy**, *Corps à corps : la personne humaine en droit de la responsabilité hospitalière*, RDSS 2015, p. 117.

**L. Melennec**, *La responsabilité médicale doit être fondée sur la notion de risque*, RTD. sanit. soc, 1972, p. 271.

**G. Mémeteau**, *L'embryon législatif*, D. 1994, p. 355.

**G. Mémeteau**, *La réforme de la responsabilité médicale et la remontée aux sources du droit civil*, Gazette du Palais, Doctr. 1994, 2, p. 1151.

**G. Mémeteau**, *Les évolutions redoutées de la responsabilité médicale : loi ou jurisprudence ?* Gazette du Palais, Doctr. 24 et 25 octobre 1997, p. 22.

**G. Mémeteau**, *Perte de chances et responsabilité médicale*, Gazette du Palais, 24-25 octobre 1997, 22.

**G. Mémeteau**, *La responsabilité médicale de la clinique privée*, RDSS 1997, p. 96.

**G. Mémeteau**, *Pour qui sonne le glas du droit disciplinaire ordinal ?* Les Petites Affiches, 17 octobre 2007, n°208, p. 4.

**G. Mémeteau**, *Clinique privée : incompétence du médecin et obligation d'information*, D. 2010, p. 363

**G. Mémeteau**, *Le devoir d'information ou : les moulins à vent*, Les Petites Affiches, 7 janvier 2013, n°5, p. 4.

**G. Mémeteau**, *La séance de flagellation des commissions de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales*, Gazette du Palais, 26 juin 2014, n°177.

**G. Mémeteau**, *Décider de la mort d'autrui*, Gazette du Palais, 4 avril 2014, n°68, p. 7.

**G. Mémeteau**, *Le juge ignorant la médecine ?* Gazette du Palais, 8 février 2014, n°39, p. 12.

**G. Mémeteau**, *Infections nosocomiales et rupture d'égalité*, Gazette du Palais, 24 mai 2016, n°19, p. 23.

**F. Moderne**, *La responsabilité généralisée de l'Etat à raison des accidents causés par les vaccinations obligatoires*, D. 1975, p. 161.

**F. Moderne**, *La place de la présomption de faute dans le droit de la responsabilité hospitalière*, RD. Sanit. soc, 1975, p. 213.

**B. Mornet**, *L'unification des outils de chiffrages des indemnités : les tables de capitalisation, les référentiels, la barémisation*, Gazette du Palais, décembre 2011, n°337, pp. 37-40.

**H. Motulsky**, *Le « manque de base légale », pierre de touche de la technique juridique*, JCP. 1949, I. 775.

**P. Mounien**, *Indemnisation du préjudice corporel et garanties procédurales, l'exemple des anciens combattants de la Première guerre mondiale*, RGDM, n°56, septembre 2015, pp. 163-174

**L. Neyret**, *Une évaluation à dimensions variables*, Gazette du Palais, 2007, n°42, pp. 12-16.

**L. Neyret**, *Entre référentiels et barèmes*, Gazette du Palais, 2012, n°167 à 168, pp. 40-41.

**M.-P. Peis-Hitier**, *Recherche d'une qualification juridique de l'espèce humaine*, D. 2005, chron. 865.

**R. Perrot**, *Le rôle du juge dans la société moderne*, Gazette du Palais, 1977, T.1, pp. 91-99.

**B. Penaud**, *Le juge irresponsable ? Mythes et réalités judiciaires*, Gazette du Palais, 15 mars 2011, n°74, p. 11.

**D. Philopoulos**, *Au sujet du barème de capitalisation 2011 de la gazette du palais*, Gazette du Palais, 07 juillet 2012, n° 189, p. 9.

**J-M. Pontier**, *Que sont les conséquences anormales d'une intervention chirurgicale ?* AJDA 2010, p. 2222

**I. Poirot-Mazères**, *La notion de préjudice en droit administratif français*, RD publ. 1997. 519.

**J-B. Prévost**, *L'évaluation de la souffrance psychique et ses obstacles*, Gazette du Palais, 17 février 2015, n°48, p. 22.

**C. Puigelier, C. Tijus**, *L'hypnose en tant que moyen de preuve*, RGDM, 2002, octobre, n°8, p. 137

**C. Radé**, *Plaidoyer en faveur d'une réforme de la responsabilité civile*, D. 2003. 2247.

**M. Robineau**, *Le statut normatif de la nomenclature Dintilhac des préjudices*, JCP éd. G, n°22, 31 mai 2010.

**P. Sandevour**, *Unité et diversité du contentieux administratif et du contentieux judiciaire dans le droit de la responsabilité hospitalière*, in « Mélanges offerts à Roland Drago », 1996, p. 459.

**P. Sargos**, *La perte de chance en matière d'information médicale : clarification et impasse*, RGDM, n°44, septembre 2012, pp. 281-291.

**P. Sargos**, *Le centenaire jurisprudentiel de la chirurgie esthétique : permanence de fond, dissonances factuelles et prospective*, D. 2012. 2903.

**C. Sintez**, *la perte de chance, une notion en quête d'unité*, Les Petites Affiches, 31 octobre 2013, n°218, p. 9.

**C. Souciet**, *L'individualisation des préjudices*, Gazette du Palais, 2007, n°42, pp. 10-11.

**V. Sueur**, *Le juge administratif devant le risque médical. Du risque spécial au risque social*, RF aff. soc. 1996, p. 41.

**D. Tapinos**, *L'appréhension du dommage corporel par la doctrine juridique*, Gazette du Palais, 16 février 2013, n° 47, p. 23.

**D. Thouvenin**, *La prise en considération devant une juridiction d'une expertise médicale demandée par une Commission de conciliation et d'indemnisation*, RDSS 2014. 897.

**D. Tricot**, *L'interrogation sur « la jurisprudence aujourd'hui »*, RTD. civ. 1993, p. 87.

**D. Truchet**, *La décision médicale et le droit*, AJDA, 1995, n°9, pp. 611-619.

**D. Truchet**, « *Tout dommage oblige la personne publique à laquelle il est imputable, à le réparer* », *A propos et autour de la responsabilité hospitalière*, RDSS, 1993, n°1, pp. 1-13.

**P-L. Vidal**, *Les limites de l'appréciation souveraine du juge en matière d'expertise ou l'interdiction de se contredire* (sous Cass. 1<sup>re</sup> civ, 20 décembre 2012, n°11-28.738), *Revue droit & santé* n°52, mars 2013, pp. 185-186.

**G. Viney**, *Pour une loi organisant l'indemnisation des victimes d'accidents médicaux*, Médecine & Droit, n°24, mai-juin 1997, p. 1.

**G. Viney**, *Les réactions nécessaires pour donner un contenu réel à la réparation du dommage corporel*, Gazette du Palais, 2007, n°42, p. 51.

**L. Wada**, *Entre juge civil et administratif : les écarts se creusent*, Les Petites Affiches, 23 juillet 2013 n° 146.

**J.-F. Weber**, *Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile*, BICC, n° 702 du 15 mai 2009 (fiche méthodologique).

**V. Wester-Ouisse**, *Le dommage anormal*, RTD Civ. 2016. 531.

#### 4. Conclusions et notes

- S. Daël**, sur CE. Ass. 9 avril 1993, *Bianchi*, RFD. adm. 1993, n°3, p. 573.
- S. Daël**, sur CE. Ass. 26 mai 1995, *N'Guyen, Pavan, Jouan*, RFD. adm, 1995, p. 748.
- A. Dupin**, sur Req. 18 juin 1835, *Thouret-Noroy C. Guigne*, S. 1835. I. 401.
- J. Fournier**, sur CE. 26 juin 1959, *Rouzet*, AJDA, 1959, II, 275.
- D. Kessler**, sur CE. Ass. 2 juillet 1993, *Milhaud*, AJDA, p. 1993.
- B. Jouvin**, sur CE. Ass. 7 mars 1958, *Secrétaire d'Etat à la santé publique contre Dejous*, R. D. publ, 1958, p. 1087.
- H. Legal**, sur CE. Ass. 10 avril 1992, *M. et Mme V*, AJDA, 1992, p. 355.
- H. Legal**, sur CE. Ass. 9 avril 1993, *M.G.M.D.M.B*, RFD. adm, 1993, p. 583.
- G. Mangué, L. Touvet**, chr. sous. CE. Ass. 9 avril 1993, *Bianchi*, AJDA 1993, p. 349.
- R.-M. Medouze**, note sous CAA, Lyon, *Gomez* 21 février 1990, RDSS, 1990, p. 258.
- P. Matter**, sur Civ. 20 mai 1936, *Nicolas c/Mme Mercier*, Gazette du Palais, 1936, 2, p. 41.
- J. Meric**, sur CE. 13 juillet 1962, *Lastrojoli*, RD. publ, 1962, p. 975.
- J. Moreau**, note sous CE. Ass. 9 avril 1993, *Bianchi*, JCP, 1993. II. 2061.
- J. Moreau**, note sous CE. sect. 3 novembre 1997, *Hôpital Joseph Imbert D'Arles*, JCP 1998. I. 10016.
- M. Paillet**, note sous CE. Ass. 9 avril 1993, *Bianchi*, RD. Publ. 1993, n°4, p. 1099.
- V. Pecresse**, sur CE. sect. 3 novembre 1997, *Hôpital Joseph Imbert d'Arles*, RFD. adm. 1998, p. 90.
- S. Prieur**, note sous TGI, Paris, 30 juin 1997, *Lucas C/ Houdayer et SA Lloyd Continental*, Les Petites Affiches, 1998, n°75, p. 26.

## TABLE DES MATIÈRES

|                              |     |
|------------------------------|-----|
| Remerciements .....          | I   |
| Table des abréviations ..... | III |
| Sommaire .....               | VII |
| Introduction .....           | 1   |

### Première partie

## LE RÔLE CRÉATEUR DU JUGE

|   |    |
|---|----|
| <b><u>TITRE I : LA CONSTRUCTION D'UN PRINCIPE</u></b> ..... | 29 |
|---|----|

|  |    |
|--|----|
| <b><u>Chapitre 1 : Les principes du juge civil</u></b> ..... | 31 |
|--|----|

|                           |    |
|---------------------------|----|
| <b>Introduction</b> ..... | 32 |
|---------------------------|----|

|  |    |
|--|----|
| A / Une responsabilité délictuelle ..... | 37 |
|--|----|

|                            |    |
|----------------------------|----|
| a) Le jugement Hélie ..... | 39 |
|----------------------------|----|

|                                |    |
|--------------------------------|----|
| b) L'arrêt Thouret-Noroy ..... | 43 |
|--------------------------------|----|

|  |    |
|--|----|
| B / Une responsabilité contractuelle ..... | 50 |
|--|----|

|  |    |
|--|----|
| a) La responsabilité médicale est une responsabilité contractuelle ..... | 50 |
|--|----|

|  |    |
|--|----|
| b) La responsabilité contractuelle en question ..... | 56 |
|--|----|

|  |    |
|--|----|
| C / Une responsabilité fondée sur la dignité ..... | 64 |
|--|----|

|  |    |
|--|----|
| a) L'arrêt Teyssier : la prépondérance de la dignité en droit de la responsabilité médicale .... | 64 |
|--|----|

|   |    |
|---|----|
| b) Les prolongements de l'arrêt Teyssier où le dogme de la dignité en droit de la santé ..... | 70 |
|---|----|

|   |    |
|---|----|
| D / Une responsabilité en mouvement : l'exemple du devoir d'information ..... | 74 |
|---|----|

|   |    |
|---|----|
| a) Le renversement de la charge de la preuve en matière de devoir d'information ..... | 74 |
|---|----|

|  |    |
|--|----|
| b) L'essor jurisprudentiel du devoir d'information ..... | 80 |
|--|----|

|                                   |    |
|-----------------------------------|----|
| 1) <i>Sur les principes</i> ..... | 80 |
|-----------------------------------|----|

|   |    |
|---|----|
| 2) <i>Sur les modalités de preuve</i> ..... | 82 |
|---|----|

|  |    |
|--|----|
| 3) <i>Sur la délivrance de l'information</i> ..... | 82 |
|--|----|

|  |    |
|--|----|
| 4) <i>Sur la reprise et l'approfondissement de la jurisprudence par la loi</i> ..... | 83 |
|--|----|

|                                       |    |
|---------------------------------------|----|
| <b>Conclusion du chapitre 1</b> ..... | 86 |
|---------------------------------------|----|

|   |     |
|---|-----|
| <b><u>Chapitre 2 : Les principes du juge administratif : entre prolongements et innovations</u></b> ..... | 89  |
| <b>Introduction</b> .....   | 90  |
| <br>  |     |
| A / Une responsabilité pour faute : de la faute lourde à la faute simple .....                            | 98  |
| a) Le déclin annoncé de la faute lourde en matière médicale .....   | 99  |
| b) La nouvelle grille de lecture du juge administratif : une conception dualiste de la faute ...          | 102 |
| c) Une grille de lecture surannée ? .....   | 107 |
| B / Une responsabilité sans faute : les prémices d'une solidarité nationale .....                         | 110 |
| a) Le juge administratif face au risque spécial .....   | 113 |
| b) Le juge administratif et la notion d'aléa thérapeutique .....  | 116 |
| 1) <i>L'arrêt Bianchi : le principe</i> .....   | 116 |
| 2) <i>L'arrêt Joseph-Imbert d'Arles : le prolongement</i> .....   | 119 |
| C / Une responsabilité de plus en plus proche de la responsabilité civile .....                           | 126 |
| a) Une proximité jurisprudentielle .....  | 126 |
| 1) <i>Du juge administratif au juge civil</i> .....   | 126 |
| 2) <i>Du juge civil au juge administratif</i> .....   | 131 |
| b) Une proximité légale .....   | 136 |
| <br>  |     |
| <b>Conclusion du chapitre 2</b> .....   | 144 |
| <b>Conclusion du titre I</b> .....  | 147 |

|   |     |
|---|-----|
| <b><u>TITRE II : LA CONSTRUCTION D'UN RÉGIME</u></b> .....                            | 151 |
| <b>Introduction</b> .....   | 152 |
| a) Les juges du fond : une mise en œuvre pratique .....                               | 152 |
| b) Le juge des référés : une mise en œuvre préparatoire .....                         | 157 |
| <b><u>Chapitre 1 : L'expert médical : un apport indispensable et ambigu</u></b> ..... | 161 |
| A / L'expert médical : un rôle indispensable .....                                    | 162 |
| a) Un collaborateur de la justice .....   | 164 |
| 1) <i>L'expertise médicale : un apport indispensable</i> .....                        | 165 |
| 2) <i>L'expertise médicale : un régime complexe et limité</i> .....                   | 172 |
| b) Un substitut du juge ? .....   | 175 |
| 1) <i>Deux fonctions assez proches</i> .....  | 177 |
| 2) <i>Deux fonctions à dissocier</i> .....  | 186 |
| <b>Conclusion de la partie A</b> .....  | 193 |
| B / Droit et science : des rapports ambigus .....                                     | 196 |
| a) Le juge est soumis à la science .....  | 200 |
| b) Le juge dispose de sa propre appréciation de la science .....                      | 203 |
| <b>Conclusion de la partie B</b> .....  | 209 |
| <b>Conclusion du chapitre 1</b> .....   | 212 |

|   |     |
|---|-----|
| <b><u>Chapitre 2 : Le préjudice : une notion ondoyante</u></b> .....                | 213 |
| <b>Introduction : la notion de préjudice</b> .....                                  | 214 |
| a) Le préjudice : une notion transversale .....                                     | 217 |
| b) Le préjudice : une notion juridique .....  | 219 |
| <b>A / Le préjudice : une notion théorique</b> .....                                | 223 |
| a) Le préjudice selon le juge civil : la nomenclature Dintilhac .....               | 224 |
| 1) <i>Les préjudices corporels de la victime directe</i> .....                      | 227 |
| 2) <i>Les préjudices corporels de la victime indirecte</i> .....                    | 249 |
| b) Le préjudice selon le juge administratif : l'avis Lagier .....                   | 258 |
| 1) <i>Une nomenclature succincte</i> .....  | 259 |
| 2) <i>Vers une nomenclature unique ?</i> .....                                      | 269 |
| <b>B / Le préjudice : une notion pratique</b> .....                                 | 274 |
| a) Une méthodologie complexe : le recours des tiers payeurs .....                   | 274 |
| 1) <i>Les tiers payeurs</i> .....   | 277 |
| 2) <i>L'objet du recours des tiers payeurs</i> .....                                | 278 |
| 3) <i>L'assiette du recours des tiers payeurs</i> .....                             | 280 |
| 4) <i>Une réforme inachevée : le cas des rentes</i> .....                           | 282 |
| b) Un raisonnement prospectif .....   | 288 |
| 1) <i>Un raisonnement à l'épreuve des attentes sociales</i> .....                   | 289 |
| 2) <i>Un raisonnement à l'épreuve de la temporalité juridique et médicale</i> ..... | 293 |
| <b>Conclusion du chapitre 2</b> .....   | 303 |
| <b>Conclusion du Titre II</b> .....   | 304 |
| <b>Conclusion de la première partie sur le rôle créateur du juge</b> .....          | 305 |

**Seconde Partie**  
**LE RÔLE DU JUGE À CONSOLIDER**

|   |     |
|---|-----|
| <b><u>TITRE I : L'APPRÉHENSION CIRCONSTANCIÉE DU JUGE</u></b> .....                             | 309 |
| <b><u>Chapitre 1 : La recherche d'un équilibre entre responsabilité et solidarité</u></b> ..... | 311 |
| A / Des CCI à l'ONIAM : un processus quasi juridictionnel inachevé ? .....                      | 312 |
| a) Les CCI : un juge apparent .....   | 322 |
| b) Les CCI : un office limité .....   | 323 |
| c) L'ONIAM : une nature ambivalente .....   | 326 |
| B / La recherche d'un équilibre sémantique .....  | 328 |
| a) Faute et accident médical : une frontière intrinsèquement imprécise .....                    | 328 |
| b) Les critères de l'aléa thérapeutique : le questionnement du juge .....                       | 331 |
| 1) <i>Le juge indécis</i> .....   | 333 |
| 2) <i>Un critère indépassable</i> .....   | 337 |
| C / La recherche d'un équilibre procédural .....  | 345 |
| a) La nature amiable et le rôle facultatif de la CCI .....                                      | 348 |
| 1) <i>La CCI est une commission gracieuse</i> .....   | 348 |
| 2) <i>Le rôle facultatif de la CCI</i> .....  | 349 |
| b) Le rôle régulateur du juge .....   | 350 |
| 1) <i>Des recours distincts en apparence</i> .....  | 350 |
| 2) <i>Des recours liés et parfois hiérarchisés : une jurisprudence ambiguë</i> .....            | 351 |
| 3) <i>Des recours à faciliter dans l'esprit de la loi du 4 mars 2002</i> .....                  | 354 |
| <b>Conclusion du chapitre 1</b> .....   | 358 |

|  |     |
|--|-----|
| <b><u>Chapitre 2 : La recherche du lien causal</u></b> .....               | 361 |
| A / Un principe cardinal .....   | 364 |
| a) Un principe fondamental .....   | 364 |
| b) Un principe composite .....   | 368 |
| B / Une pratique incertaine : la perte de chance .....                     | 378 |
| a) Une notion pratique .....   | 381 |
| 1) <i>Les conditions de la perte de chance</i> .....                       | 381 |
| 2) <i>Les modalités de réparation de la perte de chance</i> .....          | 384 |
| b) Une notion délicate .....   | 389 |
| 1) <i>Une notion contestée</i> .....                                       | 389 |
| 2) <i>Une notion incertaine</i> .....                                      | 393 |
| <b>Conclusion du chapitre 2</b> .....                                      | 399 |
| <b><u>Chapitre 3 : Le rôle du juge déterminé par les parties</u></b> ..... | 401 |
| A / Le rôle théorique des parties dans le procès .....                     | 403 |
| B / Le rôle pratique des parties en matière de dommage corporel .....      | 407 |
| <b>Conclusion du chapitre 3</b> .....                                      | 412 |
| <b>Conclusion du titre I</b> .....   | 413 |

|   |     |
|---|-----|
| <b><u>TITRE II : L'APPRÉHENSION DU JUGE À PÉRENNISER</u></b> .....                                      | 415 |
| <b><u>Chapitre 1 : Entre barèmes et référentiels : la liberté du juge en question</u></b> .....         | 417 |
| A / Les outils du dommage corporel : définition et inventaire .....                                     | 421 |
| a) Les barèmes d'évaluation médico-légale .....   | 421 |
| b) Les barèmes de capitalisation .....  | 428 |
| c) Les référentiels .....   | 433 |
| B / Les outils du dommage corporel : la liberté du juge en question .....                               | 439 |
| a) La normalisation progressive du droit .....  | 439 |
| b) La normalisation du dommage corporel en question .....   | 443 |
| 1) <i>La normalisation du dommage corporel en France</i> .....  | 444 |
| 2) <i>La normalisation du dommage corporel : exemples de droit comparé</i> .....                        | 451 |
| 3) <i>La normalisation du dommage corporel : la nécessité d'une banque de données</i> .....             | 453 |
| <b>Conclusion du chapitre 1</b> .....   | 463 |
| <b><u>Chapitre 2 : De l'équité à travers la réparation intégrale : un principe à défendre</u></b> ..... | 465 |
| A / Le principe de l'équité .....   | 466 |
| a) Un principe ancien et indéfini .....   | 466 |
| b) Un principe juridiquement secondaire .....   | 470 |
| B / L'application de l'équité en droit de la responsabilité médicale : la réparation intégrale .....    | 477 |
| a) Un principe objectif .....   | 475 |
| b) Un principe subjectif .....  | 481 |
| <b>Conclusion du chapitre 2</b> .....   | 484 |

**Chapitre 3 : L'unification du contentieux de la responsabilité médicale : le besoin de clarté** 485

|  |     |
|--|-----|
| A / Une possibilité théorique .....  | 490 |
| a) La loi du 4 mars 2002 : les prémices d'une unification .....                            | 491 |
| b) L'apport critique de la doctrine .....  | 493 |
| B / Une nécessité pratique .....   | 495 |
| a) Une nécessité liée aux mutations du système de santé .....                              | 496 |
| b) Une nécessité au profit du juge civil, juge naturel de la responsabilité médicale ..... | 501 |
| 1) <i>Sur un plan historique</i> .....   | 501 |
| 2) <i>Sur un plan doctrinal</i> .....  | 503 |
| 3) <i>Sur un plan quantitatif</i> .....  | 504 |
| 4) <i>Sur un plan qualitatif</i> .....   | 505 |
| <br>   |     |
| <b>Conclusion du chapitre 3</b> .....  | 507 |
| <b>Conclusion du titre II</b> .....  | 510 |
| <br>   |     |
| <b>CONCLUSION GÉNÉRALE</b> .....   | 511 |

## INDEX ALPHABÉTIQUE

### A

- Abandon, 44, 47, 61, 62, 104, 174,  
266, 288, 314, 396
- Abrogation, 20
- Académie nationale de médecine, 11
- Accidents du travail, 6, 9, 54, 58,  
139, 167, 183, 280, 283, 285, 419,  
422, 423, 426, 430, 442, 444, 508
- Accidents médicaux, 11, 12, 16, 121,  
128, 129, 130, 137, 140, 170, 206,  
239, 311, 312, 314, 318, 320, 321,  
322, 325, 327, 328, 329, 331, 332,  
339, 346, 347, 348, 349, 351, 352,  
353, 359, 379, 387, 410, 420, 423,  
436, 469, 484, 491, 492, 493, 27,  
31, 32, 35
- Accompagnement, 236, 251, 252,  
269
- Administrativistes, 17, 90
- Affection, 51, 121, 127, 140, 251,  
252, 253, 254, 270, 301, 320, 329,  
366, 368, 376, 378, 381, 459, 460,  
461, 482
- Aggravation, 82, 108, 141, 146, 226,  
245, 248, 263, 270, 274, 292, 293,  
294, 297, 298, 299, 300, 301, 302,  
316, 335, 343, 365, 369, 376, 382,  
383, 385, 386, 408, 410, 479
- Aguesseau D', 196, 515
- Aléa thérapeutique, 12, 26, 89, 108,  
112, 113, 116, 117, 118, 121, 122,  
125, 311, 320, 322, 323, 328, 329,  
330, 331, 334, 335, 339, 348, 358,  
461, 469, 497, 503, 505, 29
- Alt-Maës Françoise, 24, 60, 394,  
395
- Amiante, 226, 248, 294, 319, 420,  
425, 431, 495
- Amrani-Mekki Soraya, 410
- Amselek Paul, 112, 113
- Ancien Régime, 21, 91, 93, 467,  
468, 472, 485
- Anormalité, 111, 112, 121, 175, 321,  
328, 329, 331, 333, 334, 335, 336,  
337, 338, 339, 340, 341, 342, 343,  
344, 358, 365, 369, 400, 413, 443
- Arcadio Dominique, 258, 455
- Arendt Hannah, 419
- Argentine, 451
- Article, 10, 20, 27, 33, 37, 39, 44,  
48, 50, 56, 57, 58, 60, 61, 62, 66,  
67, 69, 70, 71, 72, 74, 78, 79, 83,  
84, 109, 111, 121, 125, 128, 129,  
134, 139, 140, 141, 142, 146, 154,  
155, 157, 158, 159, 161, 164, 167,  
168, 169, 170, 171, 172, 177, 178,  
181, 183, 184, 187, 188, 193, 195,  
200, 202, 205, 208, 214, 216, 222,  
227, 233, 246, 259, 261, 264, 265,  
267, 269, 276, 277, 278, 279, 280,  
281, 282, 284, 286, 292, 293, 296,  
297, 300, 312, 313, 315, 316, 318,  
320, 321, 329, 332, 333, 334, 335,

336, 338, 343, 344, 346, 348, 350,  
351, 352, 353, 355, 356, 363, 366,  
373, 374, 375, 376, 386, 393, 394,  
397, 398, 401, 402, 403, 404, 405,  
406, 410, 418, 419, 423, 428, 429,  
434, 440, 446, 450, 456, 462, 463,  
467, 468, 469, 470, 472, 480, 482,  
484, 485, 487, 491, 492, 501, 507,  
508  
Assiette, 238, 261, 275, 276, 277,  
279, 280, 282, 283, 294, 429  
Assistance publique-Hôpitaux de  
Paris (AP-HP), 134, 135, 159, 179,  
291  
Association, 71, 94, 108, 126, 182,  
184, 242, 299, 325, 370, 425, 450,  
494, 505  
Assurances, 6, 11, 15, 16, 17, 42,  
130, 178, 179, 198, 244, 274, 278,  
288, 311, 318, 360, 365, 368, 397,  
417, 418, 425, 426, 429, 430, 432,  
446, 470, 476, 477, 478, 482, 498  
Assureurs, 140, 179, 190, 288, 311,  
312, 316, 321, 325, 348, 349, 359,  
411, 429, 432, 435, 437, 445, 447,  
450, 452, 454, 456, 462, 463, 481,  
494, 510, 28  
Atias, 205, 206, 209, 406, 1, 28  
Aubert Jean-Luc, 46  
Aubry, 132, 149, 219, 297, 1  
Auby, 15, 17, 80, 144, 206, 219,  
490, 503, 14, 17  
Auteurs, 2, 14, 15, 17, 20, 25, 53,  
56, 57, 59, 61, 76, 78, 79, 80, 105,  
174, 190, 198, 204, 209, 214, 215,  
243, 272, 289, 291, 297, 323, 324,  
341, 342, 344, 358, 371, 374, 377,

382, 390, 391, 395, 396, 407, 426,  
432, 441, 446, 450, 451, 452, 453,  
455, 478, 483, 486, 489, 491, 492,  
497  
Autonome, 3, 62, 66, 85, 124, 139,  
143, 148, 245, 269, 290, 295, 324,  
342, 362, 380, 387, 388, 491  
Avenir, 13, 26, 38, 63, 103, 154,  
226, 232, 247, 251, 293, 297, 336,  
387, 428, 486, 488, 498, 515  
Avis *Lagier*, 258, 263, 268, 270,  
271, 272, 505  
Avocat, 19, 42, 44, 87, 159, 185,  
191, 249, 258, 292, 322, 347, 355,  
356, 368, 373, 374, 378, 402, 406,  
407, 408, 409, 410, 411, 412, 413,  
422, 437, 445, 446, 448, 451, 453,  
481, 494, 505, 28  
Aynès Laurent, 59, 1, 4

## B

Bacache Mireille, 15, 67, 135, 139,  
158, 255, 285, 321, 339, 341, 342,  
344, 346, 380, 394, 398, 28  
Bachelard Gaston, 196  
Badinter Robert, 26  
Baldovini Maud, 346  
Barèmes, 257, 286, 300, 407, 408,  
415, 417, 419, 421, 422, 423, 425,  
426, 428, 429, 430, 431, 432, 433,  
435, 437, 439, 440, 441, 442, 443,  
445, 446, 447, 448, 449, 450, 451,  
453, 454, 455, 456, 457, 462, 463,  
464, 477, 505, 30, 33  
Barrot Robert, 167  
Barthes Roland, 166

Base légale, 34, 95, 156, 363, 367,  
370, 412, 32  
Bénéfices, 84  
Bergoignan-Esper Claudine, 15, 48,  
50, 55, 64, 69, 74, 75, 127, 14, 15  
Bernanos Georges, 512, 19  
Bernfeld Claudine, 155, 236, 243,  
244, 248, 256, 263, 264, 277, 284,  
285, 286, 298, 300, 301, 379, 399,  
402, 417, 418, 419, 421, 433, 438,  
454, 462, 479, 482, 28  
*Bianchi*, 116, 117, 118, 119, 120,  
121, 122, 123, 125, 334, 402, 469,  
36  
Bibal Frédéric, 16, 178, 191, 220,  
236, 239, 243, 248, 251, 263, 284,  
293, 297, 298, 300, 347, 351, 355,  
356, 359, 368, 388, 399, 408, 419,  
438, 448, 453, 454, 469, 505, 17,  
28  
Biologique, 71, 183, 190, 369  
Biomédicale, 115, 313  
Bléry Corinne, 403, 470  
Bloch Laurent, 16, 61, 142, 283,  
343, 418, 456, 494  
*Bonus medicus*, 206  
Boré Jacques, 19, 393  
Borgetto Michel, 31, 274, 305, 360,  
14, 29  
Borghetti Jean-Sébastien, 198, 371,  
373, 374, 377, 390, 391, 393, 29  
Bourdieu Pierre, 202  
Bourdoiseau Julien, 255, 281, 282,  
286, 388, 475, 478, 24  
Bourgeois-Machureau Béatrice, 263,  
275, 385

Boyer Laurent, 18, 19, 197, 403,  
404, 406, 467, 468, 477, 6  
Brun Philippe, 1, 16, 59, 62, 224,  
256, 339, 340, 365, 369, 371, 372,  
373, 377, 389, 390, 391, 462, 463,  
476, 481, 2, 29

## C

Cadiet Loïc, 439, 467, 470, 482, 1, 2  
*Cadot*, 93, 94  
Caillosse Jacques, 488  
Camus Albert, 13  
Canselier Guillaume, 198, 200, 202,  
206, 209, 210  
Capitalisation, 153, 155, 233, 297,  
421, 428, 429, 430, 431, 432, 433,  
436, 443, 462, 463, 505, 28, 30,  
32, 33  
Caractérisé, 247, 248, 364, 388  
Carbonnier, 2, 7, 13, 17, 27, 46, 62,  
148, 175, 176, 192, 197, 203, 207,  
216, 379, 401, 468, 471, 472, 484,  
514, 515, 2, 13  
Careghi Jean-Christophe, 15, 37, 38,  
39, 49, 56, 162, 362  
Carval Suzanne, 298, 392, 2, 29  
Causalité, 24, 40, 56, 60, 62, 68, 85,  
108, 110, 114, 129, 135, 143, 166,  
175, 176, 178, 191, 197, 207, 213,  
215, 223, 226, 269, 278, 289, 301,  
314, 315, 319, 321, 343, 360, 361,  
362, 363, 364, 365, 366, 367, 368,  
369, 370, 371, 372, 373, 374, 375,  
376, 377, 378, 379, 380, 381, 382,  
384, 386, 389, 390, 391, 392, 393,  
394, 397, 398, 399, 413, 28, 29, 30

CCI (Commissions de conciliation et d'indemnisation), 12, 167, 170, 184, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 318, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 344, 345, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 368, 407, 413, 508

Cécile Albert, 87

Centres de transfusion sanguine, 123, 492

Cerveau, 117, 203, 204, 513, 13

Chabas François, 15, 50, 58, 75, 127, 128, 129, 130, 198, 330, 379, 390, 3

Chamot Céline, 145, 146, 191, 192, 377, 382, 495

Chapus, 94, 102, 104, 110, 112, 114, 144, 157, 487, 8

Charge, 4, 6, 7, 11, 17, 18, 19, 51, 58, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 82, 84, 98, 108, 128, 129, 130, 132, 133, 134, 138, 158, 159, 160, 163, 174, 180, 188, 213, 224, 227, 228, 230, 231, 232, 250, 251, 252, 253, 259, 261, 263, 264, 265, 276, 278, 279, 281, 287, 288, 299, 302, 319, 321, 325, 326, 332, 339, 343, 344, 365, 374, 383, 385, 386, 389, 390, 391, 392, 403, 407, 447, 474, 490, 495, 497, 498, 499, 507, 25

Charruault Christan, 19, 34, 35, 152, 156

Charte du patient hospitalisé, 74, 138

Chartier Yves, 379, 385, 483

Chateaubriand, 19

Chirurgie, 10, 11, 16, 37, 42, 66, 68, 82, 132, 180, 190, 247, 315, 331, 332, 343, 34

Chirurgien, 31, 37, 42, 46, 64, 65, 68, 72, 75, 76, 86, 98, 104, 119, 129, 214, 362, 379, 495

Cioran Emil, 13, 220, 448, 19

Circonstances, 10, 19, 33, 45, 46, 55, 65, 67, 79, 83, 86, 104, 134, 147, 167, 179, 200, 201, 208, 247, 248, 259, 266, 309, 315, 322, 329, 364, 373, 375, 381, 403, 405, 408, 415, 417, 419, 428, 444, 451, 456, 457, 460, 461, 467, 468, 473, 484

Clarté, 46

Clément Cyril, 15, 124, 399, 497, 24

Clément Jean-Marie, 5, 15, 71

Clerc-Renaud Laurence, 301, 302

Clinique, 4, 9, 55, 60, 86, 128, 129, 130, 143, 154, 181, 379, 383, 384, 490, 497, 499, 500, 502, 507, 20, 32

Clonage, 4, 86

CNAMed (Commission national des accidents médicaux), 166, 173, 313, 314, 315, 322, 323, 324, 332, 333, 348

Code civil, 20, 27, 40, 41, 43, 44, 47, 48, 50, 51, 58, 59, 60, 66, 71, 78, 81, 124, 128, 177, 215, 245, 300, 363, 375, 394, 401, 471, 480, 489, 516, 24

Code de déontologie médicale, 69, 132, 136

Code de la santé publique, 3, 5, 15, 66, 71, 74, 96, 109, 121, 134, 139, 140, 166, 167, 200, 227, 269, 293,

305, 312, 314, 316, 317, 320, 321,  
332, 333, 334, 335, 336, 338, 343,  
346, 348, 349, 350, 354, 363, 373,  
423, 472, 491, 492, 496, 498  
Code pénal, 52, 138, 187, 468  
Coelho José, 489, 493, 497, 29  
Collaboration, 171, 173, 187, 189,  
190, 195, 423, 424, 503  
Comité, 25, 183, 208, 451, 488  
Common law, 23, 68  
Compagnie, 178, 244, 288, 368, 411,  
424  
Confidentiel, 14, 435  
Connaissances, 10, 11, 115, 162,  
164, 165, 170, 182, 195, 196, 197,  
198, 199, 200, 201, 202, 205, 206,  
209, 210, 212, 231, 369, 376, 453  
Conseil Constitutionnel, 25, 72, 94,  
285, 418, 474, 475, 487, 488, 492,  
508  
Conseil du Roi, 32  
Conseiller, 24, 52, 53, 54, 55, 62, 77,  
78, 85, 91, 101, 103, 105, 106,  
116, 118, 120, 122, 124, 128, 129,  
134, 145, 146, 156, 163, 172, 173,  
191, 215, 221, 228, 238, 262, 267,  
284, 334, 338, 375, 377, 396, 397,  
399, 401, 404, 407, 436, 445  
Consentement, 4, 5, 64, 65, 66, 67,  
68, 73, 74, 75, 76, 77, 80, 82, 119,  
146, 210, 367, 387, 393, 394, 398,  
406, 501, 14  
Consolidation, 51, 54, 141, 226, 227,  
228, 229, 230, 232, 238, 239, 240,  
241, 247, 248, 249, 255, 269, 271,  
274, 278, 293, 294, 295, 296, 297,  
298, 300, 302, 311, 316, 359, 366,  
388, 410, 433, 458, 462  
Contamination, 226  
Contentieux, 6, 12, 14, 15, 16, 17,  
18, 21, 25, 26, 31, 46, 47, 61, 62,  
68, 82, 87, 91, 92, 93, 94, 95, 102,  
107, 114, 115, 118, 120, 133, 134,  
136, 141, 143, 144, 145, 147, 152,  
157, 158, 160, 161, 163, 166, 167,  
171, 172, 177, 178, 179, 183, 186,  
189, 200, 213, 238, 239, 266, 267,  
272, 290, 305, 307, 313, 322, 324,  
326, 345, 348, 350, 352, 360, 361,  
362, 364, 368, 369, 371, 372, 373,  
378, 384, 396, 398, 402, 405, 406,  
407, 408, 413, 415, 417, 425, 426,  
428, 431, 436, 437, 440, 441, 442,  
445, 448, 449, 452, 456, 463, 464,  
468, 478, 484, 485, 486, 487, 488,  
489, 490, 491, 492, 493, 494, 496,  
501, 502, 503, 504, 507, 509, 510,  
511, 515, 516, 8, 9, 29, 34  
Contradictoire, 304  
Contrat, 4, 6, 8, 12, 16, 29, 41, 48,  
51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59,  
60, 61, 62, 63, 64, 75, 76, 86, 128,  
129, 130, 139, 142, 143, 155, 184,  
278, 360, 393, 411, 499, 500, 2, 3,  
6, 22, 25  
Convictions, 179, 502  
Cornu, 2, 20, 23, 148, 184, 214, 226,  
403, 404, 466, 470, 473, 3, 18  
Corporations, 31  
Cour administrative d'appel, 105,  
107, 113, 114, 132, 133, 171, 204,  
335, 364

Cour d'appel, 16, 51, 66, 75, 76, 78, 114, 133, 153, 154, 156, 171, 172, 174, 176, 177, 183, 188, 220, 229, 232, 233, 234, 237, 238, 242, 245, 246, 247, 252, 279, 285, 299, 301, 317, 330, 351, 353, 357, 363, 367, 370, 372, 373, 379, 383, 389, 404, 405, 419, 430, 436, 437, 444, 445, 447, 453, 455, 456, 457, 463, 479, 492, 504, 2

Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), 173, 480, 25

Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), 182, 355, 376, 442

Courriers, 82, 134

CPAM, 67, 129, 131, 227, 266, 277, 279, 285, 388, 428, 482

Créatrice, 35, 87, 89, 225, 401

Croyance, 198, 443

## D

Dagorne-Labbe Yannick, 80, 483

Débat, 12, 19, 22, 25, 27, 58, 59, 81, 93, 137, 151, 158, 169, 180, 185, 191, 202, 206, 207, 255, 258, 288, 324, 403, 415, 418, 421, 435, 439, 444, 450, 453, 455, 462, 464, 466, 482, 488, 489, 494, 9, 10

Décès, 16, 108, 119, 120, 176, 229, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 279, 292, 301, 312, 315, 319, 321, 336, 382, 383, 391, 438, 451, 459, 476

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, 70

Défaillances, 107, 108, 160, 184, 189, 411, 514

Défaut d'information, 48, 60, 65, 73, 77, 80, 85, 134, 136, 220, 291, 321, 331, 343, 379, 380, 381, 386, 387, 388, 393, 394, 395, 396, 397, 398, 493, 29

Déficit fonctionnel, 183, 191, 225, 234, 238, 239, 240, 241, 242, 246, 248, 257, 266, 267, 269, 272, 283, 284, 285, 286, 295, 298, 301, 315, 321, 409, 458, 461, 505

Degrandi Jacques, 419, 436, 445

Deguergue Maryse, 90, 116, 119, 124, 125, 143, 272, 378, 469, 490, 29, 30

*Dejours*, 100, 120, 126, 140, 333, 388, 502, 36

Délais, 22, 178, 188, 189, 193, 322, 345, 346, 350, 404, 408, 494, 505

Demichel André, 3, 14, 15, 17, 71, 503

Demichel Francine, 5, 15, 503

Démocratie, 137, 288, 401, 516, 20, 23

Dénaturation, 153, 154, 169, 195, 214

Déontologie, 4, 11, 17, 67, 69, 74, 132, 136, 138, 148, 164, 166, 169, 177, 180

Dépenses, 3, 227, 228, 230, 232, 233, 251, 263, 264, 265, 297

Descartes, 201, 211

Deshayes Olivier, 390

Deumier Pascale, 34, 256, 476, 3

Devoirs, 4, 24, 45, 65, 93, 183, 188, 206, 402, 23

Diagnostic, 10, 37, 66, 67, 72, 75, 86, 100, 104, 105, 107, 109, 117,

119, 121, 123, 138, 139, 140, 141,  
145, 146, 165, 227, 293, 312, 317,  
329, 331, 334, 335, 340, 343, 365,  
378, 379, 381, 386, 393, 395, 396,  
398  
Dichotomie, 59, 61, 98, 99, 107,  
109, 111, 125, 215, 262, 271, 282,  
309, 328, 329, 502  
Diderot, 192  
Dintilhac, Jean-Pierre, 224, 260, 407  
Dintilhac, 16, 141, 142, 219, 224,  
225, 227, 228, 229, 230, 231, 232,  
233, 235, 236, 237, 238, 239, 240,  
241, 242, 243, 244, 245, 246, 247,  
248, 249, 250, 251, 252, 253, 254,  
255, 256, 257, 258, 259, 260, 262,  
263, 265, 268, 269, 270, 271, 272,  
282, 284, 287, 293, 294, 295, 296,  
297, 407, 408, 421, 436, 437, 453,  
457, 463, 469, 481, 505, 511, 512,  
33  
Directive, 25, 60, 370, 372, 373, 374  
Disciplinaire, 2, 12, 148, 176, 217,  
313, 439, 507, 32  
Diversité, 24, 268, 278, 449, 473,  
481, 486, 514, 34  
Doctrine, 12, 13, 14, 15, 35, 37, 38,  
44, 49, 53, 57, 61, 66, 74, 75, 76,  
77, 88, 90, 97, 103, 104, 112, 113,  
115, 118, 128, 131, 133, 135, 137,  
139, 142, 143, 144, 155, 158, 206,  
215, 223, 252, 255, 256, 263, 272,  
273, 277, 284, 285, 288, 291, 294,  
297, 311, 314, 329, 330, 332, 341,  
343, 362, 366, 369, 371, 374, 377,  
379, 380, 388, 391, 392, 393, 395,  
397, 401, 417, 418, 426, 432, 439,  
441, 443, 454, 455, 456, 466, 467,  
471, 472, 474, 476, 477, 480, 484,  
486, 491, 493, 497, 501, 503, 510,  
34  
Dommage, 1, 6, 12, 14, 15, 16, 17,  
19, 25, 37, 40, 41, 47, 48, 49, 54,  
56, 57, 59, 60, 62, 68, 77, 84, 86,  
87, 95, 108, 110, 111, 112, 113,  
117, 118, 119, 120, 126, 127, 134,  
140, 141, 142, 143, 148, 155, 156,  
159, 165, 166, 167, 168, 177, 190,  
191, 192, 213, 214, 215, 216, 217,  
218, 221, 223, 224, 226, 227, 229,  
231, 235, 237, 238, 241, 243, 245,  
247, 249, 250, 252, 253, 255, 256,  
257, 258, 259, 260, 261, 263, 264,  
265, 268, 270, 274, 275, 277, 278,  
279, 281, 282, 284, 288, 289, 291,  
293, 294, 295, 296, 298, 299, 300,  
301, 302, 303, 305, 307, 309, 311,  
312, 313, 314, 316, 318, 319, 320,  
321, 323, 325, 326, 328, 329, 330,  
331, 333, 334, 335, 336, 337, 339,  
340, 341, 342, 343, 344, 346, 354,  
355, 359, 360, 361, 362, 363, 364,  
366, 367, 368, 370, 372, 374, 378,  
379, 380, 381, 382, 383, 385, 388,  
390, 395, 397, 398, 400, 402, 405,  
407, 408, 410, 411, 413, 417, 418,  
419, 420, 421, 423, 424, 425, 426,  
428, 432, 433, 434, 438, 439, 441,  
442, 443, 444, 445, 446, 448, 449,  
450, 451, 452, 453, 454, 455, 457,  
462, 463, 465, 467, 474, 475, 477,  
478, 479, 481, 482, 484, 491, 492,  
493, 495, 497, 499, 500, 504, 505,

- 507, 508, 510, 512, 513, 14, 16,  
24, 28, 30, 31, 34, 35
- Données acquises de la science, 55,  
62, 64, 86, 163, 194, 198, 200,  
201, 202, 203, 206, 209, 210, 330,  
493
- Dossier médical, 83, 84, 138, 147,  
507
- Douai Merlin de, 162
- Drago Roland, 486, 34
- Drai Pierre, 464, 482
- Droit administratif, 2, 6, 17, 72, 81,  
88, 89, 90, 93, 96, 97, 110, 111,  
112, 125, 132, 136, 144, 157, 167,  
168, 215, 289, 333, 334, 379, 405,  
417, 485, 486, 488, 489, 490, 510,  
8, 10, 24, 30, 33
- Droit civil, V, 2, 13, 17, 18, 27, 33,  
37, 38, 50, 57, 61, 62, 68, 81, 96,  
104, 111, 113, 136, 149, 157, 158,  
163, 167, 202, 214, 216, 219, 289,  
367, 405, 468, 469, 474, 477, 478,  
481, 489, 501, 510, 1, 2, 3, 24, 25,  
31
- Droit de la santé, 1, 2, 3, 4, 5, 14, 15,  
16, 17, 19, 37, 38, 39, 48, 50, 52,  
55, 56, 64, 65, 69, 70, 71, 73, 74,  
75, 95, 97, 127, 136, 143, 147,  
148, 158, 161, 162, 176, 209, 221,  
292, 362, 364, 380, 493, 494, 501,  
503, 508, 514, 515, 14, 15, 16
- Droit européen, 25, 124, 173, 255,  
425, 486, 11
- Droit français, 18, 19, 27, 70, 167,  
174, 197, 201, 358, 379, 406, 444,  
467, 468, 486, 6, 26
- Droit international, 2, 26, 25
- Droit médical, 3, 5, 6, 7, 13, 14, 15,  
16, 17, 24, 25, 26, 31, 35, 36, 37,  
39, 40, 41, 59, 61, 62, 63, 68, 80,  
81, 86, 88, 132, 136, 143, 148,  
149, 152, 157, 163, 164, 176, 177,  
185, 186, 199, 206, 215, 219, 220,  
226, 303, 307, 322, 324, 332, 347,  
361, 379, 392, 441, 453, 475, 481,  
495, 497, 501, 503, 513, 515, 16,  
17, 31
- Droit pénal, 38, 72, 440, 26
- Droit privé, 2, 11, 13, 14, 15, 17, 18,  
20, 29, 58, 127, 128, 130, 140,  
176, 198, 200, 202, 206, 209, 210,  
219, 220, 221, 359, 379, 456, 471,  
473, 475, 478, 480, 482, 490, 491,  
495, 496, 499, 500, 4, 5, 24, 25,  
26, 27
- Droit public, 2, 6, 14, 15, 16, 17, 32,  
72, 73, 91, 96, 127, 128, 130, 140,  
144, 145, 179, 478, 490, 491, 499,  
25
- Droit romain, 8, 17, 18, 70, 197,  
467, 477
- Dubreuil Charles-André, 5, 26, 508
- Duchon-Doris Jean-Christophe, 146,  
493, 503, 507
- Dumas-Lavenac Sophie, 383, 390,  
392
- Dupin André, 43, 45, 46, 47, 54, 36
- Durkheim Emile, 512, 20
- Durry Georges, 60, 381, 452, 498
- Duval-Arnould Domitille, 138, 268,  
335

## E

Elias Norbert, 9, 218, 20

Embryon, 4, 24, 210, 31  
Enfant, 2, 39, 40, 41, 42, 43, 96,  
106, 121, 137, 160, 226, 237, 247,  
254, 264, 267, 293, 299, 300, 379,  
382, 383, 393, 450, 460, 461  
*Epoux V*, 101, 102, 103, 104, 105,  
106, 502  
Equilibre, 63, 78, 108, 140, 143,  
197, 199, 216, 263, 281, 291, 303,  
320, 328, 333, 343, 345, 376, 393,  
410, 411, 413, 434, 449, 452, 463,  
467, 482, 510  
Equipe, 61, 86, 148, 174  
Equité, 27, 32, 93, 113, 116, 118,  
122, 129, 145, 147, 159, 192, 267,  
289, 291, 353, 392, 398, 401, 403,  
405, 408, 412, 413, 415, 448, 465,  
466, 467, 468, 469, 470, 471, 472,  
473, 474, 477, 478, 480, 481, 483,  
484, 510  
Esmein, 58, 217, 399, 30  
Espagne, 452, 464  
Etablissements de santé privés, 55,  
504  
Etablissements publics, 17, 124, 139,  
429, 498, 500, 24  
Etat antérieur, 16, 218, 247, 301,  
315, 323, 333, 340, 342, 343, 359,  
361, 365, 366, 367, 368, 373, 399,  
424, 477, 31  
Etats-Unis, 23, 71, 170, 203, 377  
Ethique, 1, 3, 5, 7, 15, 64, 177, 209,  
210, 211, 212, 23  
Etudiants, 9, 14, 409  
Euthanasie, 42  
Exercice illégal, 9

Expert, 39, 40, 75, 104, 127, 146,  
151, 154, 157, 158, 160, 161, 162,  
163, 164, 165, 166, 167, 168, 169,  
170, 171, 172, 173, 174, 175, 176,  
177, 178, 179, 180, 181, 182, 183,  
184, 185, 186, 187, 188, 189, 190,  
191, 192, 193, 194, 198, 199, 200,  
201, 204, 206, 212, 230, 231, 233,  
234, 239, 240, 241, 243, 244, 246,  
248, 267, 293, 294, 296, 298, 304,  
305, 313, 314, 315, 322, 337, 352,  
357, 361, 362, 365, 366, 367, 376,  
378, 407, 409, 410, 411, 413, 430,  
433, 441, 444, 449, 481, 29  
Expertise, 3, 15, 16, 19, 38, 40, 41,  
65, 77, 117, 146, 154, 155, 157,  
158, 159, 160, 161, 162, 163, 164,  
165, 166, 167, 168, 169, 170, 171,  
172, 173, 174, 175, 176, 177, 178,  
179, 180, 181, 182, 183, 184, 185,  
186, 187, 188, 189, 190, 191, 192,  
193, 194, 195, 198, 206, 223, 228,  
229, 231, 232, 234, 240, 242, 248,  
250, 252, 264, 266, 272, 297, 298,  
300, 304, 313, 314, 315, 322, 323,  
326, 347, 348, 350, 351, 352, 353,  
354, 355, 356, 357, 359, 360, 361,  
367, 373, 375, 376, 409, 410, 411,  
425, 428, 435, 441, 449, 462, 499,  
500, 505, 506, 16, 25, 34  
Exponentiel, 26  
Extrapatrimonial, 227, 239, 284, 286

## F

Faculté, 14, 18, 19, 163, 164, 242,  
246, 345, 467, 498, 513  
Faisceau, 82, 374, 376

Faits, 13, 18, 19, 20, 21, 34, 35, 39, 44, 45, 46, 47, 51, 64, 74, 77, 78, 81, 103, 107, 111, 118, 137, 152, 153, 156, 157, 158, 163, 182, 196, 197, 201, 202, 214, 223, 299, 314, 336, 340, 343, 350, 365, 367, 379, 385, 386, 392, 401, 403, 404, 413, 421, 444, 454, 471, 482

Faute caractérisée, 16, 24, 137, 146, 159

Faute de service, 490, 495, 502

Faute détachable, 45, 497

Faute lourde, 5, 26, 65, 89, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 126, 127, 141, 142, 155, 201, 290, 495

Faute personnelle, 45, 49, 65, 495, 496, 502

Faute simple, 26, 89, 97, 98, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 108, 123

Femmes, 10

FIVA (Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante), 225, 318, 319, 320, 425, 508

Fonctionnaires, 283, 286, 488

Fonctionnement du service, 11, 95, 97, 99, 100, 104, 106, 107, 108, 111, 126, 145, 379, 382, 496, 502

Fonds d'indemnisation, 15, 125, 277, 317, 318, 319, 330, 408, 425

Foucault Michel, 8, 9, 39, 41, 42, 43, 303, 338, 20

Foyer (Jean), 22, 23, 177, 186, 348, 470, 3, 4, 11, 20

Frais de logement, 513

Frais de logement adapté, 231

Frais de véhicule adapté, 232

Frais divers, 232

Frison-Roche Marie-Anne, 18, 486, 4

## G

Gardner Daniel, 476

Gaudemet Yves, 201, 514, 8, 9, 25

Gény, 53, 473

Girer Marion, 15, 16, 61, 139, 190, 340, 396, 14, 16, 25

Gobert Michèle, 87, 480

Gomez, 100, 113, 114, 115, 116, 125, 503, 36

Gout Olivier, 16, 220, 255, 256, 257, 258, 283, 285, 317, 339, 340, 342, 387, 388, 476

Gouttefangeas Alice, 439, 440

Grandmoulin, 57, 58

Gratuite, 9, 12, 180, 314, 322

Grellier Claude, 16, 38, 449, 466, 508

Grimaldi Joseph, 428, 2, 4, 30

Groutel Hubert, 15, 128, 245, 277, 279, 283, 365, 425, 443, 446, 455, 456, 479, 30

Grynbaum Luc, 37, 220, 371, 399, 474, 475, 30

Guégan-Lecuyer Anne, 482

Guillain-Barré, 207

Guinchard Serge, 6, 18, 20, 21, 419, 466, 477, 3, 4, 18

Guyomar Mattias, 90, 133, 136, 499, 10

Gynécologue, 362

## H

Halpérin Jean-Louis, 219, 486, 2, 4, 11  
Hardy Jacques, 4, 5, 30  
Harichaux Michèle, 60, 82, 133, 358, 490  
Harmonisation, 25, 136, 141, 223, 270, 272, 307, 313, 324, 346, 354, 421, 437, 445, 456, 457, 491  
Haute autorité de santé, 205  
Hédreul, 74, 75, 79, 83, 133  
Hépatite, 152, 207, 210, 226, 248, 294, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 29  
Heuzé Vincent, 483  
Historien, 29  
Hocquet-Berg Sophie, 15, 16, 86, 129, 139, 317, 323, 332, 341, 342, 365, 368, 383, 387, 388, 394, 398, 493, 496, 502, 31  
Hommes, 7, 11, 45, 47, 70, 71, 184, 196, 207, 212, 218, 288, 289, 449, 466, 468, 509, 513  
Honoraires, 7, 8, 51, 52, 53, 182, 193, 228, 265, 407, 452, 496  
Hôpital, 3, 7, 8, 9, 11, 31, 64, 96, 98, 99, 101, 102, 103, 108, 114, 115, 119, 120, 124, 126, 127, 130, 134, 135, 143, 145, 146, 158, 180, 278, 352, 385, 396, 402, 450, 491, 495, 496, 497, 499, 507, 27  
Humanisme, 2, 186, 206, 387, 513

## I

Impartialité, 161, 178, 179, 180, 193, 353, 403, 454

Implant, 127  
Imputation, 259, 260, 261, 276, 282, 283, 284, 297, 371  
*In solidum*, 86, 129, 130, 148, 241, 383  
Incapacité permanente, 118, 121, 159, 225, 235, 245, 284, 286, 294, 321, 422, 423, 437, 443, 457, 461  
Indemnisation, 7, 9, 10, 11, 12, 15, 16, 26, 37, 58, 59, 60, 74, 85, 110, 113, 116, 118, 120, 121, 122, 123, 124, 128, 129, 130, 131, 134, 135, 137, 140, 141, 142, 143, 145, 159, 160, 163, 186, 191, 193, 200, 213, 215, 218, 220, 221, 224, 225, 226, 230, 231, 232, 233, 234, 236, 238, 240, 241, 243, 247, 249, 250, 252, 253, 254, 255, 256, 258, 260, 261, 263, 266, 267, 268, 269, 272, 274, 275, 277, 278, 280, 281, 282, 284, 287, 288, 289, 291, 293, 294, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 329, 330, 331, 332, 333, 337, 338, 339, 341, 342, 343, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 358, 359, 360, 364, 365, 366, 368, 373, 374, 376, 379, 381, 382, 385, 386, 387, 390, 391, 392, 393, 394, 396, 398, 407, 408, 409, 411, 415, 417, 418, 419, 421, 423, 425, 426, 431, 432, 433, 434, 435, 436, 437, 441, 443, 444, 445, 446, 447, 448, 449, 450, 451, 452, 453, 454, 455, 456, 457, 462, 463, 464, 470, 472, 474, 475, 476, 477,

478, 479, 480, 481, 482, 483, 490,  
491, 492, 493, 497, 499, 504, 505,  
507, 510, 511, 16, 27, 28, 30, 31,  
32, 34, 35  
Individu, 1, 2, 3, 8, 9, 70, 72, 76, 93,  
163, 211, 212, 216, 218, 220, 231,  
246, 303, 448, 475, 483, 486, 512,  
20  
Inégalité, 102, 121, 288, 319, 376,  
426, 507  
Inexécution, 6, 12, 53, 57, 59, 60,  
62, 79, 361  
Infections nosocomiales, 11, 126,  
127, 128, 130, 131, 140, 143, 159,  
311, 312, 321, 326, 344, 346, 347,  
348, 351, 353, 359, 363, 366, 423,  
475, 497, 498, 503, 512, 32  
Infirmière, 60, 86  
Infraction, 12, 24, 50, 154, 201  
Inscription, 171, 172, 179, 189, 359  
Institutionnalisation, 9, 10, 220  
Intégrité, 64, 66, 72, 77, 135, 214,  
223, 239, 276, 280, 313, 378, 384,  
395, 419, 421, 425, 450, 474, 475,  
477, 481, 483  
Intellectuel, 54, 145, 182, 185, 197,  
203, 218, 304, 339, 380, 390, 471,  
512, 26  
Interdits, 6, 33  
Intérêt thérapeutique, 66, 68  
Internes, 92  
Invalidité, 4, 114, 235, 238, 239,  
244, 253, 264, 279, 283, 285, 286,  
328, 359, 397, 422, 423, 429, 443,  
444, 462  
Italie, 214, 425, 451  
IVG, 4

## J

Jand'heur, 50  
Jestaz Philippe, 33, 97, 147, 149  
Jèze, 95  
*Joseph Imbert d'Arles*, 122, 123,  
125, 36  
Josserand Louis, 43, 50, 52, 53, 54,  
55, 139  
Jourdain Patrice, 16, 21, 25, 55, 56,  
58, 60, 67, 74, 79, 111, 128, 129,  
130, 137, 152, 220, 247, 257, 260,  
261, 263, 269, 277, 279, 281, 283,  
297, 299, 328, 332, 339, 342, 343,  
344, 362, 368, 372, 379, 383, 388,  
390, 391, 394, 396, 477, 479, 2, 4,  
31  
Judiciarisation, 15, 17, 165, 358  
Juridictionnel, 26, 33, 87, 93, 168,  
173, 186, 205, 212, 305, 312, 317,  
321, 324, 325, 327, 333, 349, 354,  
355, 375, 439, 467, 470, 485, 486,  
487, 488, 489, 492, 493, 515, 25  
Jurisprudence, 3, 5, 7, 14, 15, 16, 19,  
24, 27, 29, 31, 33, 34, 37, 38, 39,  
40, 41, 42, 44, 46, 47, 49, 52, 53,  
55, 56, 60, 62, 65, 66, 67, 69, 71,  
75, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 85, 87,  
88, 89, 90, 92, 93, 94, 95, 96, 97,  
101, 102, 103, 104, 105, 106, 110,  
111, 112, 113, 114, 115, 116, 118,  
119, 120, 121, 122, 123, 124, 126,  
127, 128, 130, 131, 132, 133, 135,  
136, 137, 138, 141, 142, 144, 145,  
146, 147, 148, 149, 151, 154, 155,  
162, 167, 168, 182, 186, 187, 188,  
198, 200, 203, 205, 210, 215, 221,

225, 226, 228, 230, 234, 249, 252,  
255, 262, 264, 272, 274, 275, 276,  
282, 284, 285, 286, 288, 289, 290,  
291, 292, 302, 303, 319, 324, 328,  
330, 332, 334, 335, 340, 347, 348,  
350, 351, 352, 354, 357, 359, 362,  
366, 369, 370, 372, 373, 374, 376,  
377, 379, 385, 386, 387, 388, 393,  
398, 401, 402, 403, 408, 412, 413,  
415, 436, 442, 447, 454, 455, 461,  
463, 467, 469, 470, 471, 473, 474,  
475, 477, 480, 483, 484, 495, 497,  
498, 502, 507, 511, 514, 515, 2, 5,  
9, 24, 29, 30, 31, 34  
Justiciables, 88, 100, 105, 144, 287,  
355, 399, 410, 445, 472, 487, 507,  
509, 511

## K

Kant, 70, 192, 216, 303, 513, 21  
Kantorowicz Ernst, 29  
Klein Zivia, 70, 216, 303  
Krynen Jacques, 21, 22, 25, 27, 32,  
33, 87, 91, 92, 93, 102, 402, 447,  
480, 485, 486

## L

Labetoulle Daniel, 486  
Lacabarats Alain, 29, 34, 348  
Laferrière, 92  
Lagrange Marie-Christine, 16, 191,  
193, 408, 409, 445, 447, 454, 455,  
463, 31  
Lajartre Arnaud de, 113, 115  
Lambert-Faivre Yvonne, 15, 136,  
140, 202, 224, 229, 259, 260, 274,  
279, 281, 282, 284, 288, 294, 313,

314, 316, 323, 329, 411, 421, 426,  
430, 434, 492, 493, 503, 16, 31  
Landais Claire, 94, 199, 387  
Langage, 2, 22, 23, 80, 109, 258,  
292, 421  
Lantero Caroline, 17, 124, 135, 220,  
270, 291, 339, 388  
Larroumet Christian, 57, 58, 329,  
330, 2  
Latin, 9, 17, 18, 163, 322, 477  
Lebreton Gilles, 70, 71, 73, 4, 9  
Leca Antoine, 7, 15, 61, 163, 186,  
266, 493, 503, 509, 16  
Lecocq Pierre-André, 469  
Legal Hubert, 31, 65, 101, 102, 103,  
106, 415, 36  
Législation, 5, 11, 13, 37, 56, 77,  
110, 113, 124, 149, 210, 220, 284,  
288, 299, 313, 439, 451, 472, 474,  
492, 515  
Législative, 2, 3, 6, 13, 33, 35, 84,  
147, 211, 277, 345, 440, 490, 505  
Légitimité, 21, 23, 76, 166, 185,  
410, 421, 439, 449, 450, 487  
Leleu Thibault, 14, 207, 269, 272,  
396, 417, 426, 428, 478, 491  
Lencou Dominique, 188  
Lenica Frédéric, 94, 387  
*Letisserand*, 96, 216, 290  
Liberté fondamentale, 67  
Liberté individuelle, 488, 501  
Lienhard Claude, 178, 277, 434,  
446, 463, 482, 484, 30  
Linguistique, 2, 163  
Lipovetsky Gilles, 475, 21  
Littérature, 191, 216

Logique, 3, 14, 20, 23, 26, 35, 59,  
65, 70, 76, 79, 88, 94, 101, 103,  
113, 124, 139, 153, 175, 191, 202,  
209, 216, 229, 261, 299, 319, 333,  
337, 338, 339, 340, 342, 371, 401,  
412, 418, 449, 472, 475, 488, 493  
Loi, 4, 7, 8, 10, 13, 15, 16, 18, 20,  
23, 24, 25, 26, 27, 32, 33, 34, 35,  
38, 40, 41, 44, 45, 46, 47, 48, 50,  
52, 54, 60, 61, 62, 66, 67, 69, 71,  
72, 73, 74, 77, 78, 79, 80, 83, 87,  
90, 91, 92, 94, 96, 97, 99, 109,  
112, 113, 115, 120, 121, 122, 123,  
124, 125, 129, 131, 136, 137, 138,  
139, 140, 144, 146, 147, 148, 149,  
153, 154, 159, 160, 162, 165, 166,  
170, 171, 172, 177, 180, 182, 185,  
187, 192, 193, 200, 216, 222, 224,  
255, 256, 259, 260, 261, 267, 270,  
275, 276, 277, 278, 279, 280, 281,  
282, 283, 284, 285, 286, 287, 292,  
311, 314, 315, 317, 318, 320, 321,  
322, 328, 329, 330, 332, 333, 336,  
337, 341, 342, 346, 348, 349, 350,  
352, 353, 354, 356, 358, 359, 360,  
363, 365, 367, 377, 378, 384, 386,  
387, 393, 395, 396, 398, 403, 412,  
418, 421, 423, 429, 434, 436, 437,  
443, 446, 450, 451, 452, 453, 454,  
466, 467, 468, 470, 471, 476, 478,  
479, 480, 484, 485, 486, 487, 491,  
492, 493, 494, 496, 497, 498, 499,  
504, 507, 508, 509, 514, 5, 6, 14,  
16, 17, 19, 24, 29, 31, 35  
Loi Badinter, 16, 276, 360, 434  
Loi Huriet, 125

## M

Magistrats, 16, 22, 23, 25, 35, 39,  
41, 42, 43, 47, 54, 87, 98, 121,  
124, 142, 153, 162, 171, 184, 187,  
189, 190, 191, 193, 194, 204, 206,  
225, 226, 237, 255, 256, 268, 284,  
296, 320, 325, 337, 351, 408, 409,  
412, 418, 432, 433, 436, 437, 440,  
441, 445, 446, 450, 454, 455, 456,  
457, 463, 464, 465, 467, 469, 472,  
480, 488, 490, 499, 508, 515, 516  
Majeurs, 36, 84, 216, 328, 333, 394,  
435  
Maladies professionnelles, 423, 430,  
442  
Maladresse, 44, 51, 86, 104, 206,  
329, 330, 362, 456  
Maurie Philippe, 6, 59, 70, 136,  
302, 1, 4, 5  
Marcou, 485  
Maroc, 451  
Martin Raymond, 411  
Mattéi Jean-François, 70  
Matter Paul, 43, 50, 51, 52, 53, 54,  
55, 139, 36  
Maugüe Christine, 122, 504  
Mazars Jean, 284, 479, 488  
Mazeaud Denis, 67, 129  
Mazeaud Henri, 57, 3  
Médecins, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 14, 16,  
35, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 45, 47,  
48, 49, 55, 60, 67, 79, 84, 95, 100,  
101, 119, 131, 133, 135, 136, 159,  
162, 164, 177, 179, 180, 181, 182,  
190, 194, 195, 199, 206, 207, 209,  
228, 246, 255, 294, 295, 297, 313,

329, 330, 335, 360, 369, 380, 407,  
411, 412, 423, 424, 425, 426, 462,  
469, 490, 496, 497, 498, 499, 501,  
502, 504, 507, 515, 14  
Médicaments, 4, 10, 25, 369, 424  
Mémeteau Gérard, 14, 15, 16, 25,  
55, 60, 61, 68, 71, 128, 139, 148,  
149, 164, 176, 178, 185, 186, 199,  
200, 201, 209, 220, 322, 324, 325,  
346, 347, 353, 379, 490, 503, 513,  
16, 26, 31, 32  
Mercier, 14, 39, 43, 49, 50, 51, 53,  
55, 56, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 104,  
139, 143, 163, 198, 330, 501, 36  
Merignac, 66, 74  
Mineurs, 84  
Ministère, 11, 127, 194, 260, 434,  
464  
Molfessis Nicolas, 13, 81, 470, 471,  
476, 5  
Montaigne, 216, 220, 303, 21  
Moquet-Anger Marie-Laure, 2, 16,  
83, 16  
Mor Gisèle, 16, 192, 282, 284, 287,  
323, 324, 325, 407, 408, 423, 437,  
490  
Mornet Benoît, 436, 437, 445, 454,  
32  
Morvan Patrick, 147, 480, 4, 5  
Motulsky, 20, 34, 161, 162, 403,  
412, 471, 5, 32  
Moyen Âge, 8, 21, 162, 218

## N

Nature, 12, 15, 18, 20, 31, 34, 35,  
41, 43, 48, 49, 50, 52, 53, 55, 56,  
58, 59, 60, 62, 63, 65, 67, 69, 75,

76, 82, 86, 92, 96, 99, 103, 104,  
105, 106, 107, 108, 109, 112, 114,  
125, 127, 129, 130, 134, 139, 149,  
151, 156, 162, 166, 167, 177, 179,  
199, 200, 210, 213, 218, 222, 227,  
239, 242, 243, 244, 248, 259, 265,  
268, 273, 274, 283, 284, 285, 290,  
293, 299, 302, 315, 321, 322, 323,  
324, 325, 326, 337, 338, 342, 343,  
347, 348, 349, 352, 353, 354, 355,  
362, 365, 368, 376, 379, 382, 395,  
401, 404, 405, 408, 421, 425, 435,  
439, 446, 448, 450, 454, 458, 467,  
477, 502, 507  
Neyret Laurent, 67, 210, 375, 376,  
419, 420, 455, 463, 26, 33  
Nietzsche Friedrich, 219, 399, 22  
Nomenclature, 1, 16, 141, 142, 170,  
172, 185, 213, 219, 221, 224, 225,  
226, 227, 228, 229, 230, 231, 232,  
233, 235, 236, 237, 238, 239, 240,  
241, 242, 243, 244, 245, 246, 247,  
248, 249, 250, 251, 252, 253, 254,  
255, 256, 257, 258, 259, 260, 262,  
263, 265, 267, 268, 269, 270, 271,  
272, 282, 284, 287, 293, 294, 295,  
296, 297, 407, 436, 437, 443, 451,  
457, 463, 505, 512, 28, 30, 33  
Non-assistance, 12  
*Non-cumul*, 56

## O

Obligation, 2, 6, 15, 18, 19, 47, 51,  
53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 62,  
65, 67, 68, 71, 74, 75, 76, 77, 78,  
79, 80, 81, 82, 86, 103, 104, 108,  
121, 123, 127, 128, 129, 130, 132,

133, 134, 135, 136, 139, 141, 142,  
 143, 152, 155, 158, 159, 161, 165,  
 193, 256, 265, 270, 300, 318, 324,  
 330, 343, 370, 387, 388, 395, 398,  
 404, 405, 406, 447, 467, 469, 476,  
 482, 491, 499, 501, 503, 6, 24, 25,  
 32  
 Obstétriciens, 292, 398  
 Obstination, 145  
 Olson Thierry, 137, 146, 215, 334,  
 375, 380, 483  
 Omission, 12  
 OMS, 5, 162, 231  
 ONIAM, 12, 159, 190, 243, 248,  
 266, 311, 312, 314, 316, 317, 318,  
 319, 320, 321, 323, 325, 326, 327,  
 329, 331, 332, 336, 339, 343, 344,  
 345, 346, 347, 348, 349, 350, 351,  
 354, 355, 356, 359, 365, 376, 386,  
 397, 413, 434, 435, 436, 447, 459,  
 460, 461, 492, 505  
 Oppetit Bruno, 13, 5  
 Ordonnance, 3, 32, 33, 144, 158,  
 162, 276, 278, 286, 468

**P**

Pascal Blaise, 8, 22, 70, 196, 207,  
 216, 303, 443, 22, 23  
 Passion, 13, 192  
 Pathologies, 207, 226, 247, 248,  
 249, 296, 361, 425  
 Patients, 3, 12, 63, 69, 71, 74, 83,  
 84, 132, 136, 172, 177, 180, 207,  
 208, 209, 321, 332, 336, 348, 354,  
 356, 359, 360, 388, 482, 483, 494,  
 497, 499, 501, 515  
 Patrimonial, 227, 229, 240, 248,  
 249, 285, 286, 432, 459  
 Pauvert Bertrand, 1  
 Pension, 4, 235, 236, 264, 265, 279,  
 283, 285, 433, 440, 464  
 Péquignot, 15, 80  
 Perier Michel, 430, 477  
 Perrocheau Vanessa, 441  
 Personnel médical, 7, 55, 99, 126  
 Personnes, 1, 3, 4, 6, 84, 86, 95, 104,  
 105, 111, 112, 113, 115, 125, 136,  
 155, 166, 174, 180, 184, 233, 252,  
 254, 278, 289, 291, 292, 297, 312,  
 322, 325, 331, 334, 337, 349, 352,  
 355, 356, 376, 377, 421, 426, 435,  
 439, 440, 459, 483  
 Perte de chance, 56, 68, 77, 79, 80,  
 85, 108, 132, 134, 135, 146, 166,  
 235, 236, 237, 246, 247, 250, 281,  
 315, 318, 331, 339, 363, 366, 377,  
 378, 379, 380, 381, 382, 383, 384,  
 385, 386, 387, 388, 389, 390, 391,  
 392, 393, 394, 395, 396, 397, 398,  
 413, 34  
 Pertes de gains, 228, 229, 235, 237,  
 283, 284, 285, 287, 294, 402  
 Pharmacie, 10, 37, 42, 263  
 Philopoulos Dimitri, 431, 432, 33  
 Piedelièvre Christian, 167, 428  
 Pierre Phlippe, 255, 282, 365, 366,  
 394, 478  
 Pleine juridiction, 35, 94  
 Police, 2, 33, 91, 99, 102, 105, 111,  
 184  
 Politique, 203  
 Population, 3, 10, 131, 429

Porchy-Simon Stéphanie, 15, 135,  
158, 168, 223, 274, 277, 283, 284,  
285, 288, 294, 295, 296, 297, 305,  
313, 314, 316, 323, 329, 332, 342,  
381, 394, 411, 421, 446, 451, 454,  
456, 492, 503, 505, 507, 5, 16

Portalis, 27, 124, 175, 196, 201, 464,  
9

Pouvoir royal, 32, 91

Pragmatisme, 77, 124, 192, 300,  
337, 338, 395

Praticiens, 4, 7, 61, 87, 130, 133,  
134, 141, 190, 225, 256, 277, 307,  
359, 383, 398, 401, 407, 433, 439,  
462, 496, 498, 499

Précédents, 31, 81, 277, 445

Préjudice, 6, 7, 9, 15, 16, 19, 25, 37,  
44, 45, 48, 56, 60, 66, 72, 74, 77,  
80, 85, 87, 94, 95, 96, 108, 110,  
111, 112, 119, 131, 132, 135, 137,  
141, 142, 143, 151, 153, 154, 155,  
160, 166, 174, 180, 183, 191, 211,  
212, 213, 214, 215, 216, 217, 218,  
219, 220, 221, 222, 223, 224, 225,  
226, 227, 228, 229, 230, 231, 233,  
234, 235, 236, 237, 238, 239, 240,  
241, 242, 243, 244, 245, 246, 247,  
248, 249, 250, 251, 252, 253, 254,  
255, 256, 257, 258, 259, 260, 261,  
262, 263, 264, 265, 266, 267, 268,  
269, 270, 271, 272, 273, 274, 275,  
277, 278, 279, 280, 281, 282, 283,  
284, 285, 286, 287, 288, 289, 290,  
291, 292, 293, 294, 295, 296, 297,  
298, 299, 301, 302, 303, 304, 307,  
311, 312, 315, 319, 320, 322, 323,  
324, 325, 331, 334, 342, 348, 354,  
359, 362, 364, 365, 366, 367, 368,  
371, 378, 379, 380, 382, 383, 384,  
385, 386, 387, 388, 389, 390, 391,  
392, 393, 394, 395, 396, 397, 398,  
399, 400, 402, 405, 406, 407, 408,  
409, 410, 413, 415, 417, 421, 422,  
426, 432, 433, 436, 437, 441, 443,  
444, 445, 446, 447, 448, 450, 451,  
452, 453, 454, 455, 456, 457, 458,  
459, 460, 461, 462, 463, 464, 467,  
469, 470, 474, 475, 476, 477, 478,  
479, 481, 482, 483, 490, 493, 504,  
505, 507, 511, 512, 16, 17, 26, 29,  
33

Président, 23, 34, 35, 69, 81, 93, 95,  
125, 171, 172, 189, 257, 348, 408,  
445, 464, 488, 507

Présomptions, 68, 76, 82, 100, 120,  
133, 140, 363, 367, 368, 369, 370,  
371, 372, 373, 374, 375, 398

Préteur, 18, 467, 477

Preuve, 6, 18, 20, 26, 38, 41, 43, 44,  
51, 56, 57, 74, 75, 76, 77, 78, 79,  
80, 82, 83, 87, 100, 128, 129, 131,  
132, 133, 134, 136, 140, 143, 145,  
146, 148, 154, 157, 158, 161, 164,  
169, 176, 177, 181, 182, 186, 187,  
190, 194, 204, 210, 214, 228, 229,  
243, 284, 286, 350, 351, 363, 367,  
368, 370, 372, 374, 375, 390, 392,  
393, 398, 402, 403, 404, 405, 407,  
444, 471, 485, 497, 498, 1, 2, 6,  
25, 29, 33

Prévost Jean-Baptiste, 175, 258, 399,  
425, 448, 449, 476, 477, 481, 33

Processus, 3, 70, 87, 142, 151, 166,  
177, 213, 282, 312, 321, 323, 325,

326, 327, 338, 349, 361, 362, 370,  
397, 405, 408, 410, 422, 440, 441,  
452, 463  
Procureur, 32, 45, 46, 47, 51, 54, 87,  
412, 441, 507  
Produits de santé, 3, 4, 5, 25, 370,  
372, 373  
Protection, 1, 2, 4, 9, 24, 70, 72, 73,  
79, 84, 113, 115, 122, 397, 474,  
475, 488, 501, 508, 24  
Provision, 157, 158, 159, 234, 247,  
280, 410, 429  
Puigelier Catherine, 29, 34, 87, 147,  
170, 177, 186, 194, 197, 203, 210,  
322, 348, 471, 479, 3, 4, 5, 6, 13,  
15, 16, 17, 18, 20, 21, 22, 26, 33

## R

Radé Christophe, 474  
Raisonnement, 35, 46, 54, 75, 120,  
166, 175, 182, 191, 192, 201, 206,  
229, 261, 269, 284, 285, 288, 289,  
293, 338, 340, 341, 370, 374, 375,  
383, 386, 396, 399, 402, 439, 464,  
471, 483, 484, 490, 502, 27  
Rapport Dintilhac, 293, 407  
Rapport Terré, 142, 419  
Rationalisation, 4, 255, 417, 440,  
464  
Rau, 149, 219, 1  
Rawls John, 472, 19  
Recherche, 6, 9, 21, 23, 24, 37, 71,  
72, 96, 105, 108, 115, 132, 166,  
192, 194, 202, 204, 205, 219, 238,  
278, 291, 309, 313, 319, 328, 329,  
342, 345, 353, 365, 369, 374, 378,  
379, 403, 405, 421, 439, 445, 446,

463, 467, 469, 474, 483, 492, 504,  
13, 22, 24, 25, 26  
Référentiels, 16, 191, 193, 408, 409,  
415, 418, 421, 433, 434, 436, 437,  
438, 443, 445, 447, 449, 450, 454,  
455, 456, 457, 458, 461, 463, 464,  
31, 32, 33  
Réflexion, 1, 7, 11, 14, 24, 54, 58,  
59, 82, 90, 139, 161, 165, 192,  
194, 195, 199, 202, 212, 225, 256,  
289, 304, 309, 338, 360, 407, 419,  
422, 439, 442, 444, 446, 452, 453,  
455, 464, 468, 475, 484, 513  
Règles de l'art, 40, 45, 49, 86, 104,  
107, 176, 200, 201, 493  
Reiss Lydie, 153, 174, 216, 217,  
390, 417  
Religions, 8, 466  
Remy Philippe, 57, 58, 60, 491  
Réparable, 95, 96, 216, 274, 289,  
291, 299, 399, 510  
Réparation, 1, 12, 16, 24, 25, 37, 38,  
44, 48, 50, 56, 57, 58, 59, 60, 72,  
74, 77, 80, 85, 87, 96, 108, 114,  
117, 121, 131, 135, 137, 140, 141,  
145, 147, 153, 155, 156, 159, 165,  
168, 175, 180, 182, 185, 213, 214,  
215, 216, 219, 220, 221, 222, 225,  
229, 234, 241, 243, 244, 245, 247,  
249, 255, 256, 261, 266, 267, 268,  
270, 272, 275, 278, 279, 280, 281,  
289, 290, 291, 296, 298, 299, 301,  
302, 303, 305, 318, 319, 321, 323,  
329, 330, 331, 332, 335, 337, 344,  
346, 348, 366, 367, 368, 372, 379,  
380, 383, 384, 385, 386, 387, 388,  
391, 394, 395, 396, 397, 398, 400,

402, 408, 410, 411, 412, 413, 415, 419, 421, 422, 423, 425, 426, 428, 430, 433, 435, 436, 437, 438, 442, 443, 444, 446, 448, 449, 450, 451, 452, 455, 456, 457, 461, 462, 463, 464, 465, 467, 469, 470, 473, 474, 475, 476, 477, 478, 479, 480, 481, 482, 483, 484, 490, 493, 495, 497, 498, 504, 507, 510, 28, 35

Réparation intégrale, 16, 25, 44, 48, 85, 141, 147, 155, 156, 216, 249, 255, 256, 261, 270, 299, 319, 380, 384, 385, 386, 396, 397, 398, 400, 408, 411, 412, 413, 415, 419, 421, 428, 430, 433, 437, 438, 443, 446, 448, 450, 451, 452, 455, 456, 461, 462, 463, 464, 465, 467, 473, 474, 475, 476, 477, 478, 479, 480, 481, 482, 483, 484, 490, 510, 28

République, 9, 13, 92, 94, 165, 192, 410, 480, 487, 489, 501, 507

Résolution, 2, 25, 155, 162, 197, 255, 349, 358, 451, 476

Responsabilité administrative, 89, 96, 97, 102, 112, 125, 130, 215, 259, 272, 273, 291, 383, 390, 392, 405, 490, 496, 503, 511

Responsabilité contractuelle, 6, 35, 50, 52, 53, 54, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 198, 361

Responsabilité délictuelle, 37, 39, 41, 56, 57, 58, 60, 490, 491

Responsabilité sans faute, 6, 17, 58, 89, 93, 96, 97, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 118, 119, 122, 123, 124, 125, 128, 139, 140, 145, 330, 333, 334, 402, 469, 497, 502, 24, 27

Rétroactivité, 81, 88, 89, 90, 386, 24, 26

Révolution, 21, 25, 34, 468, 472

Revue, 13, 14, 16, 17, 209

Ripert, 17, 50, 196, 202, 217, 6

Risques, 10, 11, 16, 65, 67, 68, 75, 80, 81, 82, 83, 84, 88, 111, 115, 118, 119, 122, 125, 130, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 203, 207, 218, 220, 262, 268, 280, 291, 328, 335, 336, 339, 340, 341, 359, 362, 388, 389, 394, 395, 396, 398, 440, 447, 448, 454, 470, 471, 475, 476, 477, 478, 483, 499, 16, 29

Rivero, 81, 89, 90, 144, 468, 508, 9

Roland Henri, 18, 19, 197, 403, 404, 406, 467, 468, 477, 6

Romanens Jean-Louis, 96, 498

Rome, 9, 21, 70, 467

Romieu Jean, 93, 106, 110, 113, 289, 469

Rousseau Dominique, 489, 501

Rousseau Jean-Jacques, 196

Rousselet Marcel, 21, 22, 32, 22

## S

Sacrée, 7, 22, 76

Saintelette, 56, 57, 58

Saint-Simon, 7, 22

Saisine, 4, 12, 226, 312, 315, 316, 322, 345, 346, 348, 349, 350, 351, 354, 356, 405

Saison-Demars Johanne, 16, 500

Salas Denis, 468

SAMU, 105, 500

Sandevour Pierre, 17, 34  
 Sang contaminé, 4, 122, 448, 495  
 Sauvé Jean-Marc, 125, 333, 356, 501  
 Savatier (Emmanuel), 17, 55, 60, 493  
 Savatier (Jean), 80, 206, 17  
 Savatier (René), 11, 13, 15, 48, 66, 75, 95, 163, 176, 198, 202, 206, 220, 221, 359, 379, 389, 390, 468, 474, 477, 17  
 Sayn Isabelle, 422, 437, 439, 440, 442, 446, 449, 450, 453, 456, 464  
 Schopenhauer Arthur, 217  
 Scolaire, 5, 236, 237, 265, 270  
 Secret médical, 138, 176  
 Secret professionnel, 12, 38, 71  
 Sécurité juridique, 81, 94, 377, 419, 445, 470  
 Seiller Bertrand, 144, 377, 487, 10  
 Service public, 17, 31, 65, 95, 96, 97, 99, 106, 107, 108, 110, 114, 115, 116, 117, 118, 120, 123, 124, 148, 164, 171, 173, 187, 334, 379, 435, 490, 495, 496, 497, 498, 500, 502, 504, 507, 17  
 Sexuel, 191, 217, 220, 239, 244, 245, 246, 253, 255, 266, 268, 269, 290, 295, 475  
 Sicard Didier, 204  
 Simler Philippe, 46, 4  
 Soins, 1, 3, 4, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 16, 45, 47, 51, 52, 53, 54, 55, 61, 62, 64, 67, 71, 80, 82, 83, 84, 99, 100, 104, 107, 109, 114, 121, 126, 127, 129, 132, 138, 139, 140, 141, 143, 177, 200, 210, 226, 227, 230, 240, 255, 256, 263, 274, 293, 294, 312, 317, 321, 329, 332, 340, 341, 343, 361, 362, 364, 365, 378, 381, 396, 398, 482, 490, 495, 496, 498, 499, 500, 507, 24, 25  
 Solidarité nationale, 5, 10, 16, 110, 112, 140, 148, 159, 239, 309, 311, 316, 317, 318, 320, 321, 328, 329, 331, 332, 333, 335, 336, 339, 341, 342, 343, 344, 348, 349, 350, 356, 358, 360, 364, 386, 413, 434, 475, 493, 512, 29, 31  
 Souffrances morales, 96, 247, 255, 269, 456  
 Souffrances physiques, 96, 240, 266, 268, 275, 280, 290, 458  
 Sources, 5, 25, 33, 87, 90, 97, 137, 147, 149, 209, 262, 278, 370, 409, 426, 456, 467, 468, 473, 10, 31  
 Spécialisation, 14, 160, 189, 407, 408, 450  
 Stahl Jacques-Henri, 72, 95, 105, 122, 346  
 Starck, 318  
 Stirn Bernard, 92, 488, 8, 10  
 Stoffel-Munck Philippe, 59, 61, 67, 393, 1, 4  
 Symbole, 23, 112, 118, 396, 466, 481, 512  
 Système de santé, 3, 4, 5, 9, 14, 136, 137, 139, 140, 166, 216, 292, 312, 348, 435, 492, 494, 496, 510, 30

**T**

Table, 153, 156, 181, 233, 260, 282, 283, 285, 294, 297, 428, 429, 457, 462, 463, 505

Tabuteau Didier, 2, 15, 17, 116, 119, 377, 16

Taccoen Marc, 188

Tapinos Daphné, 14, 168, 252, 257, 302, 379, 454, 34

Techniques, 1, 8, 10, 15, 24, 51, 161, 164, 165, 169, 173, 174, 175, 182, 190, 203, 206, 330, 377, 407, 445, 493, 503, 513

Temples, 22, 32, 485

Temps, 3, 4, 7, 8, 13, 20, 21, 23, 24, 26, 35, 41, 43, 47, 50, 53, 54, 57, 59, 68, 69, 77, 79, 86, 88, 89, 94, 95, 101, 106, 113, 122, 136, 144, 155, 156, 157, 166, 176, 191, 196, 198, 201, 204, 208, 211, 220, 221, 226, 227, 229, 233, 234, 235, 236, 239, 241, 245, 258, 259, 265, 269, 274, 282, 283, 284, 285, 288, 289, 294, 295, 296, 297, 299, 300, 301, 311, 324, 327, 341, 343, 347, 349, 352, 354, 356, 358, 359, 364, 369, 370, 373, 375, 381, 384, 386, 395, 398, 403, 405, 406, 410, 411, 413, 420, 426, 446, 450, 455, 463, 474, 475, 479, 481, 484, 496, 497, 501, 502, 509, 510, 9, 21, 22

Terminologie, 2, 11, 31, 44, 100, 106, 107, 115, 116, 126, 135, 148, 162, 183, 249, 265, 269, 271, 292, 334, 341, 362, 367, 399

Terré François, 13, 33, 142, 153, 161, 194, 199, 205, 219, 418, 419, 421, 462, 472, 479, 488, 514, 2, 4, 5, 6, 7, 16, 17, 20, 22, 28

Teyssier, 31, 53, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 79, 85, 138, 380, 387, 397, 398, 495

Théorie, 16, 20, 40, 57, 87, 93, 97, 114, 188, 216, 312, 318, 322, 362, 380, 382, 386, 387, 390, 397, 399, 462, 471, 472, 473, 474, 487, 492, 497, 20

Thérapeutique, 40, 42, 48, 54, 66, 67, 84, 86, 104, 106, 114, 115, 116, 119, 120, 121, 123, 124, 125, 132, 174, 185, 201, 203, 209, 329, 332, 336, 343, 362, 394, 26

Thiellay Jean-Philippe, 263, 281, 285, 335, 380, 435, 504, 17

Thiriez Frédéric, 118

Thouret-Noroy, 37, 43, 44, 47, 48, 49, 51, 69, 36

Thouvenin Dominique, 15, 129, 206, 350, 352, 359, 361, 17, 34

Tierce personne, 14, 16, 141, 174, 228, 233, 234, 264, 295, 296, 298, 299, 300, 411, 428, 432, 481

Tiers payeurs, 14, 141, 142, 213, 229, 238, 239, 245, 246, 255, 256, 258, 260, 261, 262, 263, 268, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 286, 287, 288, 304, 315, 319, 344, 345, 384, 385, 388, 436, 437, 476, 478, 512

Tocqueville Alexis de, 288, 23

Tokyo, 194

Toublanc Alix, 105, 106, 201

Transfusions, 4, 123, 143, 210, 317, 362, 364, 425

Trente glorieuses, 4

Tricot Daniel, 194, 412, 34

Truchet Didier, 1, 2, 5, 15, 24, 37,  
96, 113, 139, 145, 311, 486, 10,  
17, 34  
Tunc, 16, 25, 48, 202, 330, 401, 443,  
467, 476  
Turpin Anthony, 145, 199, 433  
Typologie, 96, 213, 221, 255, 258,  
259, 267, 282

## U

Université, 14, 161, 10  
Urgence, 3, 40, 42, 66, 67, 68, 83,  
100, 102, 105, 133, 138, 157, 197,  
317, 340, 431, 487, 500, 505, 28

## V

Vaccinations obligatoires, 100, 125,  
140, 326, 333, 346, 363, 369, 373,  
375, 376, 503, 32  
Vaccins, 178, 207, 369, 372  
Vedel, 90  
Vérité, 9, 21, 184, 192, 196, 202,  
204, 206, 211, 212, 221, 225, 282,

372, 375, 399, 401, 403, 446, 449,  
466, 471, 496, 512, 6  
Victimes directes, 227, 248, 249,  
268, 303, 392  
Victimes indirectes, 214, 227, 249,  
250, 251, 253, 254  
Vie privée, 71, 84, 138  
VIH, 210, 226, 248, 294, 317, 362,  
363, 492  
Viney Geneviève, 16, 25, 57, 62, 74,  
79, 80, 82, 111, 121, 128, 130,  
133, 143, 311, 379, 452, 455, 2, 4,  
27, 35  
Visionnaires, 15

## W

Waline Marcel, 89, 90, 289, 290, 10  
Weber Max, 29, 23  
Wittgenstein Ludwig, 292, 303, 399,  
454, 23

## Z

Zenati Frédéric, 34, 467, 476

