

UNIVERSITÉ DE LILLE II – DROIT ET SANTÉ

Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales

École doctorale n° 74

LE DEVENIR DE LA RESPONSABILITÉ MÉDICALE DU
FAIT D'AUTRUI APRÈS LA LOI DU 4 MARS 2002

Odile OBOEUF

Droit privé

DEA

Le 3 octobre 2003

Mme Annick DORSNER-DOLIVET, Professeur à l'université de Lille II,
Directeur de recherches

Mme Delphine AUTEM, Maître de conférence à l'université de Lille II

INTRODUCTION

L'idée générale qui sous-tend la notion de responsabilité du fait d'autrui réside dans le fait qu'une personne soit civilement tenue de réparer le préjudice causé par une autre. Est ainsi mise en valeur la spécificité de la responsabilité du fait d'autrui, à savoir la mise en place d'une relation tripartite. Traditionnellement le mécanisme de la responsabilité s'articule autour de deux protagonistes, l'auteur du dommage qui devra réparer celui-ci au près de la victime de ce même dommage. Or dans le cadre de la responsabilité du fait d'autrui, on retrouve l'auteur du dommage, la victime de ce dernier mais aussi une troisième personne, le « civilement responsable » qui sera également tenu de réparer le dommage, alors qu'il n'a en aucun cas contribué à sa réalisation. Cette appellation générique « responsabilité du fait d'autrui », pourrait donc supporter plusieurs interprétations différentes¹ de cette relation tripartite. En effet, il pourrait être question d'une responsabilité pour autrui, qui verrait le civilement responsable être substitué à la personne de l'auteur matériel du dommage, dans la réparation de celui-ci tout en conservant un recours contre lui. Il pourrait également s'agir d'une responsabilité à la place d'autrui, situation dans laquelle le civilement responsable assumerait totalement et définitivement le poids de la réparation. Enfin, il peut être question d'une responsabilité aux côtés d'autrui ; c'est véritablement cette dernière proposition qui traduit le mieux le mécanisme de la responsabilité du fait d'autrui. La superposition de la responsabilité du fait d'autrui à celle qui est propre à l'auteur matériel du dommage, semble être de l'essence de ce mécanisme. Il s'agit d'adjoindre, aux côtés de l'auteur du dommage, « le responsable primaire », un répondant supplémentaire, par mesure de faveur envers la victime. La responsabilité du fait d'autrui peut ainsi être rapprochée du mécanisme des sûretés, qui offrent une protection similaire au créancier. Lorsque ce dernier bénéficie d'un cautionnement solidaire ne peut-il pas demander le paiement de la dette directement à la caution, sans que celle-ci ne puisse invoquer un quelconque bénéfice de discussion ou de division ? Mais s'il est possible effectivement de rapprocher les deux matières, une étude un peu plus approfondie de la responsabilité du fait d'autrui laisse apparaître leurs considérables différences. En effet, la responsabilité du fait d'autrui revêt a priori une appréciation défavorable ou du moins perplexes. Un tel mécanisme heurte le principe de la personnalité des fautes, selon lequel l'on n'est responsable que des fautes que l'on a commises soi-même. Tout

à chacun, juriste ou non adhère spontanément à ce principe, il serait en effet injuste que l'on réponde de dommages qui ne peuvent nous être imputés, c'est-à-dire qu'aucune faute personnelle n'a contribué à réaliser. Or c'est exactement la spécificité de la responsabilité du fait d'autrui : une personne est responsable du fait de l'activité dommageable d'une autre alors qu'aucune faute ne peut lui être reprochée. En effet, comme le souligne Mme AMBIALET², si une faute pouvait lui être reprochée, cette personne serait tenue de réparer, certes, un dommage causé à autrui, mais serait tenue en raison de son fait personnel. Il convient donc d'insister car c'est essentiel : il n'y a pas de responsabilité du fait d'autrui chaque fois qu'une personne répare un dommage causé par autrui, mais uniquement chaque fois qu'une personne répare les conséquences de la seule faute d'autrui. Si le concept de responsabilité du fait d'autrui apparaît aujourd'hui étrange et relever de l'exception, l'idée d'une responsabilité du fait d'autrui n'a jamais été absente de la vie sociale et juridique des peuples, comme faisant partie de leur « inconscient collectif ».

La responsabilité du fait d'autrui entendu de manière large comme un mécanisme faisant peser sur une personne les conséquences des agissements d'une autre se retrouve souvent dans les sociétés dont la cohésion dépendait de l'unité de sa collectivité. Ainsi J.C. Frazer³ nous relate le cas des boucs émissaires humains en Grèce ancienne : « les Athéniens entretenaient régulièrement, aux frais de l'Etat, un certain nombre d'individus dégradés et inutiles ; et quand une calamité, telle que la peste, la sécheresse, la famine s'abattait sur la ville, ils sacrifiaient deux de ces réprochés, comme boucs émissaires. Mais l'apparition de la responsabilité du fait d'autrui en droit médical est beaucoup plus récente. En effet, le facteur d'apparition de la responsabilité du fait d'autrui a été « l'équipe »⁴, qui résulte de la transformation de la profession médicale dans la seconde moitié du XX siècle. Le malade a de moins en moins recours au sage et bon médecin de famille. Il fait appel à la « médecine de groupe », c'est-à-dire celle qui « apporte aux uns comme aux autres (médecins et malades) le bénéfice d'un meilleur équipement, d'une concentration géographique des moyens de

*diagnostic ou de soins, surtout d'une collaboration fructueuse entre les spécialistes et les médecins »*⁵. Ainsi la « médecine de groupe » se définit en deux termes : concentration des moyens techniques et collaboration des connaissances scientifiques. Cependant avant

² AMBIALET (J.), *responsabilité du fait d'autrui en droit médical*, préface M. de JUGLART, Bibliothèque de droit privé, tome 54, LGDJ 1965, p. 13.

³ FRAZER (J.G.), *le rameau d'or*, Robert Laffont, 1983, p.574.

⁴ DORSNER-DOLIVET (A.), *Contribution à la restauration de la faute : condition des responsabilités civile et pénale, dans l'homicide et les blessures par imprudence : à propos de la chirurgie*, LGDJ 1986, p.287.

⁵ Docteur ESCOFFIER-LAMBIOTTE, *le Monde*, 28 mars 1962 : au colloque de Royaumont, « évolution et perspectives de la médecine dans la Nation ».

d'envisager les raisons qui ont présidé à la transformation de l'exercice de la médecine et donc corrélativement à l'apparition de la responsabilité du fait d'autrui, il convient d'apporter une précision terminologique. Pour certains la notion de « médecine de groupe » ne se confond plus avec celle « d'équipe »⁶. Elle recouvre une réalité différente, à savoir le fait que plusieurs praticiens exercent dans le même local en se rendant des services mutuels. Dans une telle hypothèse, chaque médecin du groupe reste seul responsable envers ses patients. De même lorsqu'un médecin adresse un patient à un confrère spécialiste, celui-ci sera seul responsable des conséquences de son examen ou de ses soins. Enfin, le médecin n'est pas responsable des fautes de son remplaçant, sauf s'il avait pris l'engagement d'exécuter personnellement l'acte médical ou s'il a désigné quelqu'un ne présentant pas la qualification convenable. On peut relever deux facteurs essentiels à la transformation de la médecine de « l'artisanat à l'association », de type individuelle à celle collective : l'évolution des techniques médicales et le « droit à la santé ». Tout d'abord, l'acte chirurgical, voire même un simple acte médical ne peut plus se concevoir seul. Il est précédé d'investigations de toutes sortes, il est exécuté par un praticien assisté soit de spécialiste comme l'anesthésiste soit de personnel auxiliaire comme les infirmières, enfin il nécessite postérieurement à sa réalisation le concours de professionnels qui ont pour tâche de guider l'ancien malade vers le retour progressif à une vie normale. Ainsi, les médecins ont été contraints soit en raison du coût trop élevé de leur réalisation, soit en raison de leur nature même, à s'adjoindre un personnel privé et surtout à se mettre en rapport avec un centre de soins qui met à leur disposition, matériel perfectionné et personnel compétent, « *c'est alors une sorte d'usine qui fonctionne autour du malade avec toute son équipe humaine comme avec tout son équipement* »⁷. Puis la notion sociale de « droit à la santé » a accéléré la transformation dans le sens d'une disparition de « l'assistance » médicale à laquelle de substitue la prise en charge des soins par des organismes collectifs. En effet, « *complications techniques et administratives, extension de l'assurance maladie...isolement du praticien dans une société chaque jour plus organisée, exigent que la conception même de la pratique journalière soit entièrement repensée pour l'adapter aux conditions nouvelles, scientifiques et sociales de son exercice* ». Ainsi petit à petit on assiste à une nouvelle pratique collective de la médecine, qui constitue le terrain de prédilection d'une responsabilité du fait d'autrui. En effet, lorsqu'un praticien se charge seul de guérir un malade, il répond comme tout individu des préjudices qu'il a pu causé lui-même au malade. Mais lorsque ce même praticien n'agit plus seul, mais se fait assister d'un

⁶ LE TOURNEAU (P.), CADIET (L.), *droit de la responsabilité*, Dalloz action, 1996, n°2050.

⁷ SAVATIER, AUBY et PEQUIGNOT, *traité de Droit médical*, 1956, p.22, § 10.

personnel auxiliaire, collabore avec d'autres professionnels, exerce au sein d'une équipe, qui sera déclaré responsable des dommages causés au malade ? Serait-ce chacun pour les fautes qu'il a commises, ou serait-il possible de rechercher la responsabilité du chef de l'équipe quoiqu'il n'ait pas personnellement commis de faute, ou bien encore l'employeur du personnel mis à la disposition de ce praticien ? Autant de questions angoissantes pour les éventuels responsables mais surtout pour la victime. Car l'essentiel est bien l'indemnisation des victimes de dommages médicaux. Si l'activité médicale en équipe permet la mise en jeu d'une responsabilité du fait d'autrui, l'indemnisation des victimes de dommages médicaux en est la finalité essentielle.

La responsabilité du fait d'autrui est en effet, un concept civiliste, « *le seul nom de responsabilité pénale du fait d'autrui suffit à éveiller un malaise...* »⁸ ; en droit pénal il n'existe donc pas de « responsabilité pénale du fait d'autrui ». Il n'est pas concevable que l'on puisse punir une personne dont la conduite est complètement étrangère à l'infraction poursuivie. Le principe de la personnalité de la responsabilité pénale fut très tôt reconnu par la jurisprudence, en une formule sacramentelle : « nul n'est punissable qu'à raison de son propre fait », et consacré à l'article 121-1 du code pénal de 1994. Pourtant tous les auteurs relèvent l'existence de solutions y dérogeant ou du moins en apparence. En effet, il peut être relevé l'article L 260-1 du Code du travail, mais le chef d'entreprise sera tenu de payer les amendes consécutives au fait pénal d'autrui, et non pas d'endosser la responsabilité pénale de cet acte. Il s'agit plus de cas de « *responsabilité civile du fait pénal d'autrui* »⁹. Ensuite même lorsque la jurisprudence condamne, en apparence, un chef d'entreprise du fait pénal de son préposé, la qualification de responsabilité pénale du fait d'autrui demeure incertaine. Car elle se fonde généralement sur une faute du dirigeant. Il s'agit donc plus d'une présomption de faute que d'une véritable responsabilité pénale du fait d'autrui. Ainsi la responsabilité du fait d'autrui en matière médicale correspond à des circonstances assez diverses.

Il y a d'abord celle où le médecin exerçant individuellement emploie un personnel qui se trouve être à l'origine d'un dommage médical : personnel infirmier (assistante médicale) ou même administratif. Il y a ensuite celles où plusieurs médecins exercent collectivement la médecine, généralement dans le cadre d'un établissement hospitalier.

Il peut s'agir d'un établissement public ou privé mais, dans le premier cas, la responsabilité relèvera normalement de la compétence et de fond du droit administratif. Il n'en sera pas

⁸ SALVAIRE (J.), « réflexion sur la responsabilité pénale du fait d'autrui », Rev.sc.crim. 1964, pp. 307-315, p.307.

⁹ selon l'expression de LASSALE (J.-Y.), « la responsabilité civile du fait pénal d'autrui », Rev.sc.crim. 1993, pp.19-32.

traité, sauf à titre de comparaison ou lorsque par exception, le droit privé trouve à s'appliquer. Il peut y avoir responsabilité de la clinique et autres établissements de soins du fait des personnes qui exercent en leur sein. Ces établissements répondent en effet, classiquement des faits dommageables de leur personnel infirmier dans l'accomplissement des soins courants. Mais ce qui est plus original et que la jurisprudence antérieure à la loi du 4 mars 2002 tend à admettre de plus en plus largement, qu'ils répondent également dans certaines circonstances, des auxiliaires médicaux et même des médecins qui y exercent leur activité. La responsabilité des cliniques du fait des médecins ne va pas sans poser de problèmes au regard de leur traditionnelle indépendance dans l'exercice de leur art.

Mais cet exercice collectif de la médecine peut aussi être le cadre de la responsabilité du médecin du fait d'autrui lorsqu'il exerce en équipe. L'hypothèse est illustrée par la responsabilité du chirurgien ou de l'obstétricien, en tant que chef de l'équipe médicale, du fait de membres de cette équipe, c'est-à-dire du fait de subordonnés, d'auxiliaires médicaux ou d'autres médecins, notamment un anesthésiste.

Cette pratique collective de la médecine peut d'ailleurs prendre d'autres formes, comme par exemple l'exercice au sein de structure juridique telle que les sociétés professionnelles ou les sociétés d'exercice libéral. Ces dernières sont en effet, amenés à jouer un rôle essentiel dans le monde de la santé. Dans le cadre de ces sociétés d'exercice libéral, les différents professionnels de santé peuvent créer des sociétés à responsabilité limitée, des sociétés anonymes et des sociétés en commandite par actions. Mais des textes récents, leur permettent de constituer d'autres formes sociales. Ainsi, la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 permet la création de société d'exercice libéral prenant la forme de société par actions simplifiée¹⁰. Pourtant, il n'en sera point traité, car cette hypothèse reste étrangère à la responsabilité du fait d'autrui. En effet, la responsabilité des médecins demeure une responsabilité personnelle et individuelle, à laquelle peut s'ajouter celle de la société personne morale elle-même.

Après avoir envisagé les différentes hypothèses de responsabilité du fait d'autrui en matière médicale, il convient de s'attacher à son domaine d'application. Mais au préalable, il est nécessaire de la distinguer d'une autre notion qui s'en rapproche. En effet, la seule mise en présence de plusieurs personnes responsables n'est pas, à elle seule, suffisante pour permettre l'application des règles de la responsabilité du fait d'autrui, cette dernière ne se confond pas avec l'obligation *in solidum*. De la même façon, lorsque la personne du civilement responsable sera, par sa conduite, à l'origine, fût ce partiellement, de la production du

¹⁰ pour une étude plus détaillée des sociétés d'exercice libéral, VELARDOCCHIO (D.), « les sociétés d'exercice libéral », Dr.et patrimoine, janvier 2003, p. 53- 59.

dommage, il n'y aura pas responsabilité du fait d'autrui mais cumul de deux responsabilités personnelles. Ainsi, en cas de concours de fautes, il y aura condamnation *in solidum* au bénéfice du patient, dans un arrêt du 7 juillet 1998 « Clinique saint Martin »¹¹, ont été reprochées à une clinique, un médecin et une sage-femme (salariée de la clinique) des fautes distinctes qui étaient toutes en relation de causalité avec le préjudice du patient. Par conséquent, il y a véritablement responsabilité du fait d'autrui lorsqu'une personne, n'ayant pas matériellement participé à la production du dommage, sera néanmoins tenue d'en assurer la réparation. Il convient de prendre conscience que la responsabilité du fait d'autrui, en matière médicale, tient une place très importante, à tel point que Mme AMBIALET a pu se demander si elle n'est pas devenue le terrain d'élection de la matière. Il est dès lors, classique de distinguer à ce stade, la responsabilité contractuelle du fait d'autrui des cliniques ou des médecins de celle de nature délictuelle. Cette distinction ne date cependant que du début du XX siècle. M.HUGUENEY pouvait écrire en 1915¹² : « *Il faut reconnaître que la doctrine classique en France est tombée dans une contradiction étrange, en confondant, quant à la responsabilité du fait d'autrui, les deux responsabilités contractuelle et délictuelle, tandis que par ailleurs, quant à la responsabilité du fait personnel, elle proclamait le principe de la dualité de la responsabilité.* » En effet, la jurisprudence utilisait l'article 1384 du Code civil, notamment l'alinéa 5, le seul applicable en matière médicale, prévoyant la responsabilité du commettant du fait de ses préposés, aussi bien lorsque le responsable était lié à la victime par un contrat que lorsqu'il ne l'était pas. C'est BECQUE qui, le premier, conscient de l'autonomie de la responsabilité contractuelle du fait d'autrui écrivit en 1914 : « *C'est sur les dispositions de la loi relatives à l'inexécution des conventions et sur elles seules, que doit reposer la théorie de la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle* »¹³. Par la suite la conception dualiste de la responsabilité du fait d'autrui fut peu contestée. Conformément à la jurisprudence Mercier¹⁴, la responsabilité du médecin est en principe de nature contractuelle, même s'il doit répondre du fait d'un tiers. Le domaine contractuel est donc le domaine privilégié de la responsabilité du fait d'autrui en matière médicale. La responsabilité contractuelle du fait d'autrui est celle qui incombe à un contractant relativement à l'inexécution des obligations qu'il avait à assumer, alors que cette inexécution est le fait d'un tiers qu'il a introduit lui-même, dans l'exécution du contrat sans commettre par là-même une faute. Le fondement textuel de la responsabilité contractuelle du fait d'autrui se trouve à

¹¹ Bull.civ., I, n° 239, p. 165.

¹² Note sous Cass. (Req.), 27 nov. 1911 (S. 1915-113)

¹³ BECQUE (E.), « De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle, contribution à l'étude du droit comparé des obligations », R.T.D.Civ., 1914, pp. 251-320, p. 253.

¹⁴ Civ, 20 mai 1936, D. 1936, jurisp. pp. 88-96.

l'article 1147 du Code civil. Lorsque le dommage est causé par une personne à laquelle le médecin a eu recours, il doit en principe en répondre contractuellement. Le principe en a été posé par un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation en date du 18 octobre 1960¹⁵ à propos de la responsabilité du chirurgien en cas d'accident d'anesthésie. Si l'obligation contractée est une obligation de résultat, la victime, partie au contrat, devra simplement prouver que le résultat n'a pas été obtenu, son cocontractant devra dès lors répondre de l'inexécution bien qu'elle soit le fait d'un tiers, qui ne constitue pas la cause étrangère exonératrice de responsabilité. Mais surtout en matière médicale, l'obligation contractée sera généralement de moyen, c'est-à-dire que le débiteur ne s'engage plus à obtenir un résultat mais à fournir la diligence requise de tout homme avisé pour tenter d'obtenir un résultat. Le créancier devra prouver que la diligence promise n'a pas été fournie, donc que le tiers, auteur direct de l'inexécution a commis une faute, une négligence ou une imprudence. Ainsi, en cas de dommage causé au patient par le personnel infirmier ou par un anesthésiste à l'occasion d'une opération, le chirurgien pourra être déclaré contractuellement responsable du fait d'autrui. Par ailleurs, la responsabilité d'une clinique se rattache logiquement à la convention passée avec les patients. La responsabilité contractuelle du fait d'autrui de la clinique peut donc être engagée si l'inexécution des obligations issues du contrat de soins est le fait d'un tiers qu'elle a elle-même introduit. Une difficulté peut surgir lorsque le dommage causé au patient l'a été par le personnel infirmier salarié de la clinique mais mis à la disposition du chirurgien ; Qui du chirurgien ou de la clinique tous deux liés par contrat à la victime doit répondre des actes fautifs accomplis par le personnel infirmier ? Il suffit de savoir à qui incombait l'obligation qui n'a pas été exécutée ou qui l'a mal été. Le chirurgien sera donc responsable contractuellement du fait des auxiliaires médicaux pour les soins autres que les soins hôteliers et pour les soins autres que ceux non nécessités par l'intervention. Cependant il apparaît parfois difficile de déterminer si un soin est nécessité par l'intervention ou pas.

Mais en dehors de ces hypothèses de responsabilité contractuelle du fait d'autrui, il est des cas où la responsabilité est recherchée sur un terrain délictuel. Le dommage peut d'abord être totalement étranger à l'activité médicale. Hormis cette circonstance, les cas de responsabilité délictuelle recouvrent plusieurs hypothèses¹⁶ :

¹⁵ Civ. 18 oct., 1960, D. 1961, p.125-126 ; J.C.P. 1960, II, 11846, note SAVATIER (R.) ; Gaz. Pal. 1960, p. 289.

¹⁶ V. pour une étude un peu plus détaillée : DORSNER-DOLIVET (A.), *Contribution à la restauration de la faute : condition des responsabilités civile et pénale, dans l'homicide et les blessures par imprudence : à propos de la chirurgie*, LGDJ 1986, pp. 47-55.

- Celles où le médecin est conduit à donner des soins à une personne qui n'a pas pu consentir au contrat (urgence, malade incapable d'exprimer une volonté) et dont les proches n'ont pas pu être joint. Car si tel avait été le cas, il aurait été possible de conclure à l'existence d'un contrat entre le médecin et le malade, bien que ce dernier n'ait pas pu donner son consentement, en se fondant sur la théorie du mandat tacite ou de la stipulation pour autrui.
- Celles où un contrat a bien été passé entre un médecin et un patient, mais où ce sont les ayants droit qui agissent en tant que victimes par ricochet. Ils exercent une action en réparation de leur préjudice personnel, en agissant en leur nom propre et non pas en qualité d'ayant-cause de la victime initiale¹⁷ (patient décédé suite à l'intervention).
- Celles où le contrat existe mais où il a été annulé en raison de l'illicéité de son objet ou l'existence d'un vice du consentement. En raison du caractère rétroactif de la nullité, les rapports juridiques entre le médecin et le patient ne peuvent produire des effets de droit, la responsabilité doit être recherchée sur le plan délictuel.
- Enfin et surtout celle où la victime exerce son action devant les juridictions répressives. Les tribunaux répressifs s'interdisent de connaître du contrat et envisagent la responsabilité sous le seul angle délictuel. En effet selon la chambre criminelle de la Cour de cassation « *Si la responsabilité médicale est en principe une responsabilité contractuelle, il en est autrement lorsque le manquement à son obligation commis par un médecin présente les caractères d'une imprudence ou d'une négligence constitutifs de l'infraction prévue à l'article 318 du Code pénal*¹⁸ ».

Dans toutes ces circonstances, la responsabilité du fait d'autrui sera celle des commettants du fait des préposés et relèvera de l'article 1384 al 5 du Code civil. La victime devra donc établir premièrement, un lien de préposition entre l'auteur du dommage et le civilement responsable, deuxièmement, une relation entre l'acte du préposé et les fonctions au service du commettant, et troisièmement, une responsabilité virtuelle du préposé. Cette responsabilité ne suscite pas de difficultés particulières lorsque l'auteur du dommage appartient au personnel infirmier d'un établissement de soin ou d'un médecin. Bien qu'il soit possible de caractériser le transfert temporaire de la qualité de commettant de la personne du médecin exploitant une

¹⁷ L'effet relatif du contrat, posé à l'article 1134 du Code civil, oblige les tiers à se placer sur le terrain délictuel, pour obtenir réparation de leur préjudice. Le contrat d'hospitalisation et de soins lie seulement l'établissement de santé à son patient. Dès lors, l'action en réparation des victimes par ricochet (parents du patient) a un caractère délictuel : Cass. 1^{ère} Civ. 18 juillet 2000, J.C.P. 2000, II, 10145, concl. SARGOS.

¹⁸ V. Crim. 22 avril 1950, J.C.P. 1950, II, 5690.

clinique à celle du médecin traitant, dès lors que l'acte fautif accompli par l'infirmier n'est pas détachable de l'acte opératoire. En revanche, si l'auteur est un médecin, la qualité de préposé qui doit alors lui être reconnue pour engager la responsabilité d'un commettant est souvent jugée incompatible avec l'indépendance qui caractérise l'exercice de la profession médicale.

Ainsi les applications de la responsabilité du fait d'autrui en matière médicale sont à la fois nombreuses, diversifiées et sources, parfois, de sérieuses difficultés. Mais depuis la loi du 4 mars 2002, on peut légitimement se demander si toute l'étude de la responsabilité du fait d'autrui en matière médicale précédemment évoquée, ne relève pas aujourd'hui de l'histoire du droit.

La loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et la qualité du système de santé est venue répondre à la crise que connaissait la responsabilité en matière médicale. Les techniques médicales sont de plus en plus performantes mais aussi de plus en plus dangereuses, donc le risque est introduit dans l'acte même de soigner. L'évolution technologique est un facteur de multiplication et d'aggravation des dommages médicaux, alors même qu'aucune faute ne peut être établie. Parallèlement l'attitude de la victime a beaucoup évolué. Il apparaît évident et même légitime que la victime réclame réparation du préjudice qu'elle subit. Pourtant, une telle réaction ne se rencontrait pas au siècle dernier, empreint de fatalisme non dissimulé. Georges RIPERT l'exposait de la sorte en 1935 : « *en réalité, le choix a été fait par la force obscure du destin. La victime est élue. Les hommes sont habitués à se courber devant la fatalité. Admettre l'action en responsabilité, ce n'est pas attribuer le dommage, c'est en modifier l'attribution naturelle. Or les qualités d'auteur et de victime ont été établies par le hasard, et par sa seule qualité, la victime n'apparaît pas comme préférable à l'auteur* ». Ce fut d'ailleurs en droit médical que l'évolution des comportements fut la plus patente, peut-être parce que c'est d'abord lui, qui se trouve confronté à la détresse humaine. S'il n'existe pas un droit au bonheur du moins existe-t-il un droit à ne pas être malheureux, ou à tout le moins à recevoir réparation, d'où que proviennent les coups du sort sous lesquels succombe la victime. En effet, plus que le désir de vengeance, dans nos sociétés modernes, ce sont la mort et son acceptation qui ont disparu de la culture¹⁹. L'individu guidé par un besoin de sécurité, cherche un responsable à tous ses malheurs. La multiplication des accidents provoqués par l'utilisation de techniques très complexes et dangereuses, bien que très efficaces, a conduit les victimes et le public « *à ne plus admettre*

¹⁹ HOCQUET-BERG (S.), *Obligations de moyens ou obligation de résultat. A propos de la responsabilité médicale*, th. Paris XII, 1995, n° 153.

que l'acte médical, destiné à guérir, engendre infirmités et mort »²⁰. Le patient « demande au praticien, contre rémunération, un service de nature médicale comme on demande à d'autres professionnels un service d'une autre nature et dans tous les cas le client estime être en droit de ne pas être tué ou blessé par la prestation qu'il achète. Le service médical conserve certes une forte spécificité, ne serait-ce que parce qu'il concerne la vie et l'intégrité de la personne, mais on doit tenir compte des changements scientifiques ou sociologiques »²¹. L'individu exige en matière médicale une sorte de droit à la sécurité physique, il considère que les progrès de la science ont fait disparaître les dangers de l'acte thérapeutique et que, tout au moins, il est fondé à en demander réparation²². Ainsi les juridictions ont eu tendance, face à ces deux évolutions, à élargir le plus possible les possibilités d'engager la responsabilité des médecins ou des établissements, pour permettre aux victimes d'être indemnisées. Cet élargissement a touché les trois conditions de mise en jeu de la responsabilité (faute, préjudice et lien de causalité), même si l'obstacle majeur à l'indemnisation de la victime est l'impossibilité pour cette dernière de prouver une faute à l'origine de son dommage. Tout d'abord, le préjudice ; les juridictions ont développé dans le domaine médical la théorie de la perte de chance. Le médecin est tenu d'une obligation d'information qui porte sur les risques graves mêmes rares, [depuis la loi du 4 mars 2002, cette information est limitée aux risques fréquents ou graves s'ils sont normalement prévisibles²³]. Si un chirurgien n'a pas informé son patient sur l'existence d'un risque et qu'au cours de l'intervention, ce risque se réalise en dehors de toute faute, la Cour de cassation estime que l'insuffisance d'information fait perdre au patient une chance d'effectuer un choix thérapeutique différent, voire de refuser l'acte dangereux. Le préjudice est donc constitué par la perte d'une chance d'échapper au risque réalisé²⁴, à l'exclusion du risque final lui-même (Civ, 7 fév. 1990). Le lien de causalité fut également touché. La Cour de cassation a permis, dans le fameux arrêt Perruche²⁵, à l'enfant né handicapé d'obtenir réparation du préjudice résultant de son handicap congénital, alors

²⁰ LAMBERT-FAIVRE (Y.), *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, Paris, Dalloz, 3^{ème} éd. 1996, 917p., n° 568.

²¹ SARGOS (P.), « Réflexions sur les accidents médicaux et la doctrine jurisprudentielle de la Cour de cassation en matière de responsabilité médicale », D. 1996, Chron. p. 323.

²² Ce droit à la sécurité est une expression du droit à la santé, d'après M. MARTINI (P.), *La responsabilité du chirurgien*, th. 1998, p. 26.

²³ Cette formulation laisse supposer un retour en arrière, en dispensant le médecin de son obligation d'information lorsque le risque est grave mais exceptionnel, V. contra CE, 5 et 7 ssect., 27 septembre 2002, J.C.P. 25 juin 2003, IV, p.1232, obs. ROAULT (M.C.) : « Lorsque l'acte médical envisagé, (...), comporte des risques connus de décès ou d'invalidité, le patient doit en être informé (...), la seule circonstance que les risques ne se réalisent qu'exceptionnellement ne dispense pas les praticiens de leur obligation ».

²⁴ encore faut-il que la perte de chance ne soit pas illusoire, ex Civ, 7 oct. 1998, même si le patient avait été informé du risque de perforation du colon, il aurait accepté l'ablation du polype (risque de dégénérescence en cancer).

²⁵ Civ. 17 nov. 2000, J.C.P. 2000, II, 10438, ccl. St ROSE (J.) et rapp. SARGOS (P.).

même que les fautes retenues à l'encontre des professionnels de santé ne pouvaient être en relation de causalité avec la maladie de l'enfant (au pire seulement, en relation avec sa naissance).

La faute fut touchée, on a pu assister à un véritable dévoiement de la faute dans l'unique but d'indemniser la victime de dommages médicaux. Les juges civils ont eu recours à la notion de faute virtuelle. Elle constitue une des manifestations de l'évolution de certaines données sociologiques, caractéristiques de la seconde moitié du XX siècle : « sanctification » de la notion de réparation, socialisation du droit. Les juges ont déduit la faute, non prouvée, de l'explication causale du dommage. Ainsi la cour d'appel de Rennes dans un arrêt du 30 juin 1982 a pu estimer que la section au cours d'une opération des varices du nerf sciatique poplité était constitutive d'une faute aux motifs, que la section ne pouvait provenir que de trois causes également constitutives d'une faute ; soit la négligence, soit l'inattention, soit la maladresse. La Cour de cassation a d'ailleurs rejeté le pourvoi, estimant que la faute n'était pas hypothétique (Civ, 25 mai 1983²⁶). Face à l'impossibilité pour certaines victimes d'obtenir une indemnisation faute de pouvoir établir une faute médicale, les juridictions ont dans certains cas établi un régime de présomption de faute et même de responsabilité sans faute. Les juges voulant remédier aux iniquités, se sont dégagés du paradigme de la faute pour recourir à la notion de risque ou de garantie pour fonder la responsabilité. D'où une inquiétude des médecins et des établissements de soin qui redoutent « une dérive à l'américaine » et le développement d'une médecine « défensive », qui ne serait pas dans l'intérêt des malades. Malgré ces différentes évolutions des règles, destinées à indemniser la victime, il reste un domaine où la victime est démunie, c'est celui de l'aléa thérapeutique. La Cour de cassation l'a rappelé dans un arrêt du 8 novembre 2000²⁷ : « *la réparation des conséquences de l'aléa thérapeutique n'entre pas dans le champ des obligations dont un médecin est contractuellement tenu à l'égard de son patient* ». Ainsi Mme le professeur LAMBERT-FAIVRE dénonce depuis quelques temps en matière de dommages corporels, ce qu'elle appelle un « droit en miettes »²⁸ : à l'unité de nature du dommage correspond un « manteau d'Arlequin » dont les parties, souvent rapiécées, finissent par s'étioler . Le droit est, en effet, enfermé dans une terrible contradiction qui le pousse à établir des responsabilités, peut-être là où il n'en a pas, afin d'indemniser les victimes, à stigmatiser une faute dans une matière où elle est souvent, sinon impalpable, du moins fuyante. Il est à noter que c'est au

²⁶ Civ. 1^{ère}, 25 mai 1983, J.C.P. 1984, II, 20281, note DORSNER-DOLIVET (A.)

²⁷ Civ, 1^{ère}, 8 nov. 2000, R.D.sanit. et soc. 2001, p.54, note DUBOUIS.

²⁸ LAMBERT-FAIVRE (Y.), *droit du dommage corporel, systèmes d'indemnisation*, Paris, Dalloz, 4^{ème} éd. 2000, n°18.

regard de cette même finalité que s'est développée la responsabilité du fait d'autrui. C'est peut-être que le droit médical concentre toutes les attentes et toutes les espérances, et qu'il ne lui est pas permis de faillir. Peut-être est-ce aussi un échec de la responsabilité et qu'en ce domaine d'autres voies doivent être recherchées. C'est d'ailleurs ce que la loi du 4 mars 2002²⁹ a fait. L'objectif du législateur était simple, il fallait concilier le droit à réparation des victimes, exigence de valeur constitutionnelle, et la protection des acteurs de santé qui supportaient jusque là seuls la montée du courant victimologiste.

La loi du 4 mars 2002 distingue désormais ce qui relève du domaine de la responsabilité fondée en principe sur la faute (pris en charge au titre de l'assurance) et ce qui incombe à la solidarité nationale, qui dépersonnalise la dette de réparation et assure à la victime la prise en charge effective de son dommage par l'Office national d'indemnisation. De même, pour garantir aux victimes de dommages médicaux une réparation effective, dans le cadre d'une action en responsabilité, la loi impose désormais à tous les professionnels ainsi qu'aux établissements de santé une obligation d'assurance dont le non respect se trouve fortement sanctionné³⁰. La loi du 4 mars 2002 réalise également une unification des règles juridiques applicables aux dommages médicaux. Elle met un terme à l'inégalité de traitement entre les victimes selon qu'elles relevaient du droit privé ou du droit public. Toutes ces dispositions sont applicables d'après l'article 101 de la loi à l'indemnisation des dommages médicaux consécutifs « à des activités de prévention, de diagnostic et de soins réalisés au plus tôt six mois avant la publication de la présente loi ». Dans l'esprit des parlementaires, il s'agissait certainement de limiter l'application de la loi aux seuls dommages médicaux réalisés dans les six mois précédant l'entrée en vigueur de la loi. Mais dans un avis en date du 22 novembre 2002, la Cour de cassation avait estimé que les nouvelles dispositions s'appliquent « *non seulement aux accidents médicaux, affections iatrogènes et infections nosocomiales consécutifs à des activités de prévention, de diagnostic ou de soins survenus depuis le 5 septembre 2001, mais également à toutes les procédures en cours au moment de la publication de la loi quelle que soit la date du fait générateur* »³¹. Or, la loi du 30 décembre 2002³² relative à la responsabilité civile médicale est venue modifier sur certains points la loi du 4 mars 2002, alors que certaines d'entre eux n'étaient mêmes pas encore entrées en

²⁹ Loi n° 2002-303, 4 mars 2002, J.O. 5 mars 2002, p.4118.

³⁰ Art L 1142-25 C.S.P. : 45 000 euros d'amende ainsi qu'une peine complémentaire d'interdiction professionnelle et des sanctions disciplinaires.

³¹ Cass., Avis n° 0020006P du 22 nov. 2002, Bull. 2002, n°5, p.7.

³² Loi n° 2002-1577 du 30 décembre 2002, relative à la responsabilité civile médicale, J.O. n° 304 du 31 déc. 2002, p. 22100.

application. L'article 3 de cette loi énonce désormais que les dispositions³³ de la loi du 4 mars 2002 s'appliquent aux dommages médicaux réalisés « à compter du 5 septembre 2001, même si ces accidents médicaux, affections iatrogènes et infections nosocomiales font l'objet d'une instance en cours, à moins qu'une décision de justice irrévocable n'ait été prononcée ». L'indemnisation des victimes de dommages médicaux au titre de la responsabilité est désormais régie par le nouvel article L 1142-1 I, al 1^{er} du code de la santé publique, ce dernier dispose : « Hors le cas où leur responsabilité est encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé, 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 ». Le domaine de la responsabilité voit donc son principe consacré, une responsabilité pour faute médicale, assortie de deux exceptions, relevant du domaine de la responsabilité sans faute, la responsabilité du fait des produits défectueux (art L 1142-1 I al 1^{er}) et celle des établissements en raison d'une infection nosocomiale, prévue à l'alinéa suivant. Ainsi cette loi ne permet d'engager la responsabilité d'un médecin, d'un établissement de soins que sur le fondement d'une faute prouvée. Or la responsabilité du fait d'autrui est une responsabilité sans faute, en effet une personne est responsable du fait de l'activité dommageable d'une autre alors qu'aucune faute ne peut lui être reprochée. Comme le souligne EISENMANN, « *jamais la responsabilité des fautes d'autrui ne peut être une responsabilité pour faute* »³⁴. On peut donc légitimement s'interroger sur le devenir de la responsabilité du fait d'autrui après la loi du 4 mars 2002.

Il est intéressant de noter dès à présent, que cette question ne suscite pas de vifs débats au sein de la doctrine même la plus avertie. Madame le professeur PORCHY-SIMON³⁵ estime en effet, que la position contemporaine de la jurisprudence relative à la responsabilité du fait d'autrui en matière médicale n'est pas remise en cause par la récente loi du 4 mars 2002. Cependant, on peut penser que cette loi en exigeant une « faute » exclut la reconnaissance d'une responsabilité délictuelle du fait d'autrui dans laquelle le praticien est responsable en tant que commettant en dehors de toute faute de sa part. La loi du 4 mars 2002 semble également s'opposer à la responsabilité contractuelle du fait d'autrui, qui n'exige pas de la présente loi, à l'exception du chapitre 1^{er}, de l'article L 1142-2 et de la section 5 du chapitre II

³⁴ EISENMANN, in AMBIALET (J.), *responsabilité du fait d'autrui en droit médical*, préface M. de JUGLART, Bibliothèque de droit privé, tome 54, LGDJ 1965, p. 13.

³⁵ PORCHY-SIMON (S.), *regard critique sur la responsabilité civile de l'établissement de santé privé du fait du médecin*, in droit et économie de l'assurance et de la santé : Mélanges Lambert, Dalloz, 2002, p. 361-374.

d'avantage la constatation d'une faute personnelle à la charge du médecin. Le seul fait qui compte est que le médecin ait confié l'exécution d'une partie de ses obligations à un tiers qu'il a introduit dans le contrat. Il est à noter qu'au-delà du devenir de la responsabilité du fait d'autrui en matière médicale, on peut s'interroger sur le devenir de la distinction entre la responsabilité de nature délictuelle et celle de nature contractuelle. En effet, la loi du 4 mars 2002 voulant unifier les régimes de droit privé et de droit public, ne se réfère à aucun moment à cette distinction devenue pourtant, aujourd'hui classique.

Ainsi au regard de la lettre du texte législatif, la responsabilité du fait d'autrui semble avoir disparu du domaine médical alors même qu'elle y occupait une place prépondérante. Cependant, il convient de se référer également aux travaux préparatoires de la loi pour mieux cerner l'objectif du législateur. Le maintien ou au contraire la suppression de la responsabilité du fait d'autrui dépendra surtout de l'interprétation que les juges vont faire des dispositions de la loi du 4 mars 2002.

Mais les juridictions ne seront pas les seules à connaître des affaires relatives à l'indemnisation de malades victimes de dommages médicaux. En effet, la loi du 4 mars 2002 introduit une nouvelle procédure de règlement amiable³⁶ en créant les commissions régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux. Si ces commissions ne sont compétentes pour rendre un avis qu'en cas de dommages présentant un caractère de gravité prévu à l'article L 1142-1, II, C.S.P., elles seront également amenées à interpréter la loi du 4 mars 2002. On perçoit dès lors un risque d'interprétation divergente qui pourrait être porté sur la responsabilité du fait d'autrui.

Si les juges souhaitent maintenir la responsabilité du fait d'autrui en droit médical, ils le pourront, en interprétant le texte dans ce sens, mais ils devront au préalable concilier ce maintien avec l'exigence législative d'une faute. Dès lors, l'étude du devenir de la responsabilité du fait d'autrui après la loi du 4 mars 2002 apparaît essentiellement comme un travail d'anticipation de la jurisprudence. L'option que choisira le juge, maintien ou suppression de la responsabilité du fait d'autrui, dépendra de l'utilité de cette dernière après la loi du 4 mars 2002. Si la responsabilité du fait d'autrui n'a plus d'utilité après la loi du 4 mars 2002, c'est-à-dire si les fonctions qu'elle remplissait au sein de cette relation tripartite, sont aujourd'hui assurées par d'autres mécanismes, le juge n'aurait a priori aucun intérêt à interpréter les dispositions claires de la loi dans le sens d'un maintien ; hormis bien sûr, la

³⁶ LACHAUD (Y.), *la mise en œuvre de l'action en responsabilité civile médicale après la loi du 4 mars 2002*, droit et patrimoine janv. 2003, p.95-104.

volonté de ne pas réfléchir sur son utilité et maintenir sans se poser de questions un mécanisme bien connu aujourd'hui. Il conviendra donc de s'interroger sur l'existence du concept de responsabilité du fait d'autrui après la loi du 4 mars 2002 (première partie), pour ensuite s'interroger sur son utilité (deuxième partie).

PREMIÈRE PARTIE – L'EXISTENCE INCERTAINE DE LA RESPONSABILITÉ DU FAIT D'AUTRUI EN DROIT MÉDICAL APRÈS LA LOI DU 4 MARS 2002

En disposant à l'article L 1142-1 I al 1^{er} qu' « hors le cas où leur responsabilité est encourue en raison d'un produit de santé, 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 », la loi du 4 mars 2002 semble donc exclure la reconnaissance d'une responsabilité du fait d'autrui. En effet dans le cadre de la responsabilité du fait d'autrui, le civilement responsable n'a commis aucune faute, il s'agit d'une hypothèse de responsabilité sans faute.

Cependant, si la responsabilité du fait d'autrui est une responsabilité sans faute, elle est classiquement aussi considérée comme une responsabilité pour faute d'autrui. Ainsi il semble

possible de concilier la responsabilité du fait d'autrui et l'exigence d'une faute ; en interprétant la loi comme exigeant un fait générateur fautif personnel ou non.

Il conviendra ainsi d'envisager la disparition apparente de la responsabilité du fait d'autrui en tant que responsabilité sans faute (chapitre 1) mais aussi son possible maintien en tant que responsabilité pour faute d'autrui (chapitre 2).

Chapitre 1 : La disparition apparente de la responsabilité du fait d'autrui en tant que responsabilité sans faute

La loi du 4 mars 2002 ne fait aucune référence à la responsabilité du fait d'autrui. Cette responsabilité semble donc être exclue du domaine de la responsabilité médicale tel qu'institué par la loi du 4 mars 2002 (§1). De plus, il ne semble pas possible de pallier l'absence de consécration d'une responsabilité du fait d'autrui en ayant recours au système de responsabilité du droit commun (§2).

§1- L'exclusion législative de la responsabilité du fait d'autrui du domaine de la responsabilité médicale

La loi du 4 mars 2002 scinde le domaine de la responsabilité en distinguant le principe, une responsabilité pour faute et les cas de responsabilité sans faute. La responsabilité du fait d'autrui est exclue du domaine de la responsabilité pour faute puisque par définition, il s'agit d'une responsabilité sans faute (A). Mais elle est également exclue du domaine de la responsabilité sans faute puisqu'elle ne figure pas dans les cas explicitement prévus par la loi (B).

A- L'exclusion du domaine de la responsabilité pour faute

Dans le cadre de la responsabilité du fait d'autrui, une personne (le civilement responsable) est responsable du fait de l'activité dommageable d'une autre alors qu'aucune faute ne peut lui être reprochée. Si une faute pouvait lui être reprochée, cette personne serait tenue de réparer certes un dommage causé par autrui, mais serait tenue en raison de son fait personnel. Ainsi la caractéristique essentielle de la responsabilité du fait d'autrui, à savoir l'absence de faute du civilement responsable, la rend incompatible avec le principe, rappelée par la loi du 4 mars 2002, d'une responsabilité pour faute prouvée des établissements et des professionnels de santé.

Le tribunal des conflits dans un arrêt du 14 février 2000 a rappelé cette dichotomie entre faute personnelle et faute d'autrui pour la clinique, « *en vertu du contrat d'hospitalisation et de soins le liant au patient, un établissement de santé privé est responsable des fautes commises*

tant par lui-même que par ses substituts ou ses préposés qui ont causé un préjudice à ce patient »³⁷. Ainsi « *jamais la responsabilité des fautes d'autrui ne peut être une responsabilité pour faute* »³⁸. Le civilement responsable est donc une personne moralement irresponsable d'un dommage dont elle est reconnue juridiquement responsable. Il en résulte qu'aucune faute ne peut être imputée au responsable du fait d'autrui et qu'il ne peut par conséquent s'exonérer en établissement qu'il n'a commis aucune faute. C'est ainsi que la responsabilité des « instituteurs » ne peut plus être considérée comme une responsabilité du fait d'autrui. La loi du 5 avril 1937 a modifié le fondement de la responsabilité qui est désormais une faute à prouver (art 1384 al. 8) qu'il s'agisse d'un instituteur du public ou du privé. L'alinéa 8 de l'article 1384 déclare que « en ce qui concerne les instituteurs, les fautes, imprudences ou négligences invoquées contre eux comme ayant causé le fait dommageable, devront être prouvées, conformément au droit commun par le demandeur à l'instance ». C'est un retour à la responsabilité de droit commun des articles 1382 et 1383 du Code civil, avec la nécessité pour la victime d'apporter la preuve de la faute invoquée lorsqu'il s'agit d'un fait personnel. La faute n'est pas un élément constitutif des responsabilités délictuelle et contractuelle du fait d'autrui. La responsabilité contractuelle est celle qui incombe à un cocontractant relativement à l'inexécution des obligations qu'il avait à assumer. Cette responsabilité est dite du fait d'autrui lorsque l'inexécution est le fait d'un tiers que le contractant a introduit lui-même dans l'exécution du contrat sans par la même commettre une faute. Le civilement responsable est responsable en tant que débiteur de l'obligation, peu importe qu'il ait commis ou non une faute personnelle. Ainsi il suffit de prendre en compte le contenu des obligations pesant sur la clinique et le chirurgien pour savoir lequel répondra des actes accomplis par le personnel infirmier. La cour d'appel de Rennes a pu juger que « *la responsabilité de l'oubli d'une compresse à la suite d'une néphrectomie incombe à la clinique au motif que la compresse n'a pu être oubliée qu'à l'occasion des soins infirmiers extérieurs à l'opération pratiquée. Est (donc) mis hors de cause le chirurgien auteur de l'intervention chirurgicale après laquelle le compte des compresses était exact et alors qu'aucune compresse marquée n'a été révélée par la radiographie postérieure subie par la patiente* »³⁹. S'il n'existe pas de contrat entre la victime et le responsable du fait d'autrui, la responsabilité sera de nature délictuelle⁴⁰. La clinique, le médecin seront responsables en tant

³⁷ T.C., 14 février 2000, D. 2000, I.R. p.138 ; J.C.P. 2001, éd.G., II, 10584, note HARDY ; P.Aff., 26 avril 2001, note DE ANDRADE.

³⁸ EISENMANN, in AMBIALET (J.), *responsabilité du fait d'autrui en droit médical*, préface M. de JUGLART, Bibliothèque de droit privé, tome 54, LGDJ 1965, p. 13.

³⁹ Rennes, 28 novembre 2001, Clinique Jeanne d'Arc c/ L., Juris-Data 180856, in R.D.Sanit.Soc. 2003, p.59, cet arrêt retient la responsabilité de la clinique du fait du personnel infirmier et rejette la responsabilité du chirurgien.

⁴⁰ V. les hypothèses de responsabilité délictuelle du fait d'autrui en droit médical, *supra* introduction.

que commettant du personnel infirmier, par exemple. Or il suffit de se reporter à l'alinéa 5 de l'article 1384 du Code civil pour constater qu'il n'est pas exigé une faute du commettant, et que ce dernier ne peut s'exonérer de sa responsabilité en établissant qu'il n'a pas commis de faute. Cette construction jurisprudentielle est celle développée avant la loi du 4 mars 2002. Cette loi ne permet d'engager la responsabilité d'un médecin, d'une clinique que sur le fondement d'une faute prouvée. On peut donc penser que cette loi exclut la reconnaissance d'une responsabilité délictuelle du fait d'autrui dans laquelle le praticien est responsable en tant que commettant en dehors de toute faute de sa part. La loi du 4 mars 2002 semble aussi s'opposer à la responsabilité contractuelle du fait d'autrui, qui n'exige pas davantage la constatation d'une faute personnelle à la charge du médecin. L'essentiel est que le médecin a confié l'exécution d'une partie de ses obligations à un tiers qu'il a introduit dans le contrat.

Si par principe la responsabilité du fait d'autrui est exclue du domaine de la responsabilité pour faute, la loi du 4 mars 2002 ne prévoit pas pour autant, la mise en jeu d'une telle responsabilité au titre des responsabilités sans faute admises à titre dérogatoire.

B- l'exclusion du domaine de la responsabilité sans faute

La loi retient la responsabilité pour faute, par principe, et la responsabilité sans faute, par défaut. Cependant, la loi énumère les différents cas de responsabilité sans faute qu'elle entend admettre, la responsabilité du fait d'autrui n'en fait pas partie.

L'article L. 1142-1 I prévoit qu' « hors le cas où leur responsabilité est encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé », les professionnels de santé et les établissements sont responsables « qu'en cas de faute ». Ainsi la loi du 4 mars 2002 entend délimiter avec précision le domaine de la responsabilité sans faute, « hors le cas où » révèle cette volonté et marque le caractère limitatif des exceptions à la responsabilité pour faute. L'alinéa second apporte une autre exception puisque « les établissements, services et organismes (...) sont responsables des dommages résultant d'infections nosocomiales, sauf s'ils rapportent la preuve d'une cause étrangère ». Ainsi dans deux hypothèses seulement, la loi n'exige pas la preuve d'une faute médicale pour engager la responsabilité, la responsabilité du fait des produits de santé défectueux et celle des établissements en raison d'une infection nosocomiale⁴¹. Cette conclusion a été confirmée par la cour d'appel de Poitiers dans un arrêt

⁴¹ V. loi n°2002-1577 du 30 décembre 2002, relative à la responsabilité civile médicale, J.O. 31 décembre 2002, p. 22100, cette loi procède à un partage distributif entre ce qui relève de la responsabilité (l'assurance) et ce qui relève de la solidarité (office national d'indemnisation des victimes d'accidents médicaux) lorsqu'un malade a subi un dommage à la suite d'une infection nosocomiale. C'est désormais en fonction de la gravité des dommages que se répartissent a priori les actions. En effet « ouvre droit à réparation au titre de la solidarité nationale les dommages résultants d'infections nosocomiales qui correspondent à un taux d'incapacité permanente supérieur à 25 % ainsi que le décès provoqué par ces infections ».

du 21 janvier 2003, où la cour avait à juger d'une action en responsabilité intentée par une patiente victime d'une infection nosocomiale contractée dans un établissement de santé. La cour d'appel estime en effet, que « *le nouvel article L.1142-1 du Code de la santé publique issu de cette loi (la loi du 4 mars 2002) pose le principe suivant lequel hormis, d'une part, les dommages résultant d'un défaut d'un produit de santé, d'autre part, les dommages résultant d'infections nosocomiales contractées dans les établissements, service ou organisme dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins, les professionnels de la santé ne sont responsables qu'en cas de faute* »⁴².

Or relevaient traditionnellement du domaine de la responsabilité sans faute du médecin, la responsabilité du fait d'autrui ainsi que la responsabilité du fait des choses. La loi du 4 mars 2002 en ne les consacrant pas, les exclut de ce fait, du domaine de la responsabilité médicale sans faute. Ainsi le principe de la responsabilité du fait d'autrui, ayant pourtant acquis une place prépondérante dans le domaine médical, semble être exclu. Il en est de même du principe de la responsabilité du fait des choses, qui quitte au vingt-et-unième siècle le domaine de la responsabilité médicale après y avoir fait une irruption salutaire au vingtième⁴³. M. RADE souligne la possibilité pour la jurisprudence de revenir à l'antique présomption de faute dérogée il y a de cela plus d'un siècle dans l'arrêt *Teffaine*, puisque la loi impose la preuve d'une faute mais laisse selon lui toute latitude pour l'établir, ce qui l'autorise à en rapporter la preuve par présomptions⁴⁴. Ainsi M. RADE conclut « *par le paradoxe qu'il y a à constater qu'une loi aussi moderne (la loi du 4 mars 2002) puisse conduire au retour de solutions aussi archaïques !* »⁴⁵.

L'unique possibilité pour mettre en jeu dans ces conditions la responsabilité du fait d'autrui, est de recourir au droit commun. Cependant, la nature de la loi du 4 mars 2002 semble s'y opposer.

§2- Le recours impossible au système de responsabilité de droit commun.

Le recours au système de responsabilité de droit commun et donc à la responsabilité du fait d'autrui semble impossible au regard de l'économie générale de la loi du 4 mars 2002. En

⁴² V. Poitiers 21 janvier 2003, legifrance.gouv.fr.

⁴³ La responsabilité du fait des choses était appliquée soit dans le cadre de l'article 1384 al 1^{er} du Code civil, soit dans le cadre du contrat de soins (obligation de sécurité de résultat), V. notamment Cass. 1^{ère} Civ. 9 nov. 1999, J.C.P. 2000, II, 10251, pp. 301-303, note BRUN (P.).

⁴⁴ V. RADE (C.), « La réforme de la responsabilité médicale après la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé », Resp. Civ. Ass. mai 2002, pp. 4-12, p. 11.

⁴⁵ *Ibid.*

effet cette loi apparaît comme une loi d'ensemble, autonome en matière de réparation de dommages médicaux. Cette autonomie ne permet cependant pas de parler de responsabilité légale.

A- L'autonomie de la loi en matière de réparation de dommages médicaux

Pour résoudre la question de l'autonomie de la loi du 4 mars 2002 par rapport au droit commun, deux modes de raisonnement pourront être successivement employés, l'analyse téléologique et analogique.

La loi du 4 mars 2002 ne consacre pas explicitement la responsabilité du fait d'autrui. Il convient donc de se reporter aux travaux préparatoires de la loi pour connaître sa portée. Le rapport n° 3688 indique que la loi « réaffirme le principe de responsabilité et en le complétant par un mécanisme de solidarité »⁴⁶, de même le rapport n° 3263 énonce que la loi « clarifie et réaffirme la responsabilité médicale fondée sur la faute et définit un nouveau droit à indemnisation en cas d'aléa thérapeutique »⁴⁷

Selon ces rapports le législateur poursuivait trois objectifs :

1. La clarification des règles régissant la responsabilité médicale
2. L'indemnisation de l'aléa médical
3. L'amélioration de la situation de malades particuliers.

Ce qui laisse à penser que la loi n'a vocation qu'à clarifier. Soit elle clarifie en supprimant le recours à la responsabilité du fait d'autrui, soit bien qu'elle ne l'évoque pas expressément, il est possible d'avoir recours aux dispositions de droit commun.

Mais, devant l'assemblée nationale, au cours de la présentation et de la discussion du projet de loi, M. KOUCHNER, ministre délégué à la Santé, soulignait ainsi la singularité du système proposé en matière d'assistance aux victimes d'accident médical : « *il ne comporte à notre connaissance aucun équivalent dans les législations comparables... Je crois que nous débattons aujourd'hui de la première disposition législative au monde qui s'appliquera quel que soit le risque, qu'il soit dû à un produit de santé, à un médicament, à un acte chirurgical ou à un acte d'investigation et de prévention...La loi permet l'indemnisation de tous les*

⁴⁶ EVIN (C.), CHARLES (B.), DENIS (J.-J.), Rapport d'information, déposé en application de l'article 145 du règlement de la commission des affaires culturelles, sur la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, Ass.Nat., n° 3688, 11 avril 2002, <http://www.assemblee-nat.fr/rap-info/i3688.asp>.

⁴⁷ EVIN (C.), CHARLES (B.), DENIS (J.-J.), Rapport n° 3263, Ass. Nat. 1^{ère} lecture, rendu au nom de la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé, <http://www.assemblee-nat.fr/rapports/r3263-3.asp>

accidents graves, avec ou sans faute, évitables ou inévitables, sur la base de la solidarité quand la responsabilité n'est pas en cause [...]»⁴⁸.

Le rapporteur M. Claude EVIN indique que « *le dispositif proposé ne se réduit pas à la réparation de l'aléa thérapeutique. Il traite de tous les accidents médicaux, qu'ils soient fautifs ou non fautifs. Le système préexistant n'était plus satisfaisant ni pour les victimes, ni pour les professionnels de santé* »⁴⁹.

La loi semble ainsi une loi d'ensemble, prévoyant tous les moyens pour une victime de dommages médicaux d'obtenir une indemnisation. Elle exclut par voie de conséquence le recours à des mécanismes non prévus par la loi, à savoir la responsabilité du fait d'autrui.

Mme DREYFUSS-NEITTER interprète la loi du 4 mars 2002 comme instaurant un véritable régime de responsabilité médicale unique qui se substitue aux précédents⁵⁰. Elle énonce que de nombreuses lois récentes ont instauré des systèmes de responsabilité légale afin de faciliter l'indemnisation de certaines victimes. Comme pour la loi du 4 mars 2002, la question de leur autonomie par rapport au droit commun a été posée.

Une première comparaison peut être effectuée avec la loi du 5 juillet 1985 sur l'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation⁵¹. Cette loi tend à l'amélioration de la situation d'une catégorie spécifique de victimes, celles des accidents de la circulation, ce qui n'est pas sans rappeler l'un des objectifs de la loi du 4 mars 2002 à savoir l'amélioration de la situation des victimes d'accidents médicaux. Le législateur en 1985 a voulu également accélérer les procédures d'indemnisation et a ainsi favorisé le règlement amiable des litiges. La loi fait obligation à l'assureur de l'automobiliste impliqué, d'adresser à la victime ayant subi une atteinte à sa personne une offre d'indemnisation amiable, couvrant tous les préjudices dans les huit mois de l'accident⁵². Des sanctions sont prévues en cas de dépassement des délais ou de présentation d'offre manifestement insuffisante⁵³. Si l'automobiliste impliqué n'est pas assuré, malgré l'obligation qui lui en est faite, le fonds de garantie contre les accidents de circulation

⁴⁸ Débats du 2 octobre 2001 : JOAN n° 53, 3 octobre 2001, p. 5321-5322.

⁴⁹ V. rapport d'information, Ass.Nat., n° 3688, *op .cit., supra* note n°43.

⁵⁰ V. DREYFUSS-NETTER (F.), « *Feu la responsabilité civile contractuelle du médecin ?* », Resp. Civ. Ass. 2002, pp. 4- 8.

⁵¹ 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, J.O. du 6 juillet 1985, p. 7584.

⁵² V. art L. 211-9 al 1 du Code des assurances, « l'assureur qui garantit la responsabilité civile du fait d'un véhicule terrestre à moteur est tenu de présenter dans un délai maximal de huit mois à compter de l'accident une offre d'indemnité à la victime qui a subi une atteinte à sa personne. En cas de décès de la victime, l'offre est faite à des héritiers et , s'il y a lieu à son conjoint ».

⁵³ V. art L. 211-13 et L.211-14 du Code des assurances.

prend le relais auprès de la victime et propose une offre d'indemnisation⁵⁴. Cette procédure amiable n'est que facultative, la victime peut toujours préférer la voie juridictionnelle.

Une procédure similaire a été mise en place par la loi du 4 mars 2002. Des commissions régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux vont prendre en charge facultativement le règlement amiable des dommages médicaux. En effet, la victime peut toujours préférer recourir à la voie juridictionnelle. La compétence de la commission est limitée aux dommages excédant un certain seuil de gravité, 24%⁵⁵. Si la commission s'estime compétente, elle émet un avis qui détermine à quel type d'indemnisation va se rattacher le dommage, la responsabilité ou la solidarité nationale. Dans l'hypothèse où le dommage relève d'une responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé, la commission demande à l'assureur qui garantit la responsabilité civile ou administrative de cette personne d'adresser dans les quatre mois de l'avis une offre d'indemnisation qui couvre la réparation de l'intégralité des préjudices subis sauf le jeu des plafonds de garantie⁵⁶. Le parallèle avec la loi de 1985 est évident, d'autant plus que des sanctions sont également prévues en cas de non-respect de délai ou de présentation d'offre manifestement insuffisante⁵⁷. Le fonds de garantie, l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux, se substitue d'office à l'assureur lorsque le responsable n'est pas assuré ou que le plafond de garantie est dépassé⁵⁸. Les lois du 5 juillet 1985 et du 4 mars 2002 procédant de la même intention, il convient d'examiner la réponse qui fut donnée à l'articulation entre le dispositif légal et celui de droit commun. En effet la loi de 1985 n'ayant pas évacué toutes les difficultés, les juges ont eu le réflexe de revenir au droit commun de la responsabilité civile.

Dès l'été 1985, la doctrine s'est divisée en deux clans, les autonomistes et les autres. La thèse autonomiste a été défendue notamment par M. GROUTEL pour qui la loi de 1985 est un texte qui tourne le dos au Code civil. La jurisprudence a pris une position de principe, en adoptant la thèse de l'autonomie de la loi. Le triomphe de l'autonomie a été rapide puisque dès le mois de mai 1987, la Cour de cassation précisait que « *l'indemnisation de la victime d'un accident de la circulation dans lequel est impliqué un véhicule terrestre à moteur ne peut être fondée que sur les dispositions de la loi du 5 juillet 1985, à l'exclusion de celles des articles 1382 et suivants du Code civil* »⁵⁹. Si par rapport à la responsabilité délictuelle, l'affirmation de

⁵⁴ V. art L.421-1 du Code des assurances.

⁵⁵ V. décret n° 2003-314 du 4 avril 2003, J.O. du 5 avril 2003, p. 6114.

⁵⁶ V. art L.1142-14 du Code de la santé publique.

⁵⁷ V. art L.1142-14 al 9 et art L.1142-15 al 5 du Code de la santé publique.

⁵⁸ V. art L.1142-15 al 1 du Code de la santé publique.

⁵⁹ Cass. 2^{ème} Civ. 4 mai 1987, Gaz. Pal.1987, p. 428, note CHABAS

l'autonomie a été assez rapide, la portée de la loi par rapport à la responsabilité contractuelle et à la règle du non-cumul a été plus longue à s'imposer⁶⁰.

De même la loi du 19 mai 1998⁶¹ sur la responsabilité du fait des produits défectueux, transposant une directive européenne⁶², met en place une responsabilité de plein droit du producteur et des personnes assimilées à l'égard de toutes les victimes d'un défaut du produit et limite les causes d'exonération de responsabilité⁶³. Cependant à la différence de la loi de 1985 sa portée semble limitée puisque l'article 1386-18 du Code civil, conformément à l'article 13 de la directive, autorise la victime du dommage à délaissier la loi au profit de « la responsabilité contractuelle ou extra contractuelle ou (...) d'un régime spécial de responsabilité » si cela lui est plus favorable. Ainsi bien que la loi de 1998 codifiée aux articles 1386-1 à 18 du Code civil soit une loi d'ensemble et institue un régime spécifique d'indemnisation pour les victimes de produits défectueux, ces victimes pourraient recourir au droit commun si ce dernier leur est plus favorable. Cette position limite la portée du nouveau régime. Cependant, il semble difficile de transposer cette alternative à la loi du 4 mars 2002. Elle permettrait de pallier l'absence de consécration de la responsabilité du fait d'autrui et ainsi d'y recourir en se référant au droit commun. Mais à la différence de la loi de 1998, la loi du 4 mars 2002 ne prévoit pas explicitement ce recours au droit commun. De plus ce recours subsidiaire au droit commun semble aujourd'hui menacé depuis la décision de la Cour de justice des Communautés européennes en date du 25 avril 2002⁶⁴. A la question préjudicielle posée par un juge espagnol qui portait sur le destin d'une loi espagnole antérieure à l'entrée en vigueur de la loi de transposition de cette directive, la Cour de justice a, en effet, répondu, en des termes dénués de toute ambiguïté, que « *les droits conférés par un Etat membre aux victimes d'un dommage causé par un produit défectueux au titre d'un régime général de responsabilité ayant le même fondement que celui mis en place par ladite directive, peuvent se trouver limités ou restreints à la suite de la transposition de celle-ci dans l'ordre juridique interne dudit Etat* ». Ainsi, qu'elle soit plus favorable ou non pour les victimes, la loi nationale ancienne relative à la responsabilité du fait des produits défectueux est « abrogée » par la loi de transposition nouvelle, lorsque ces deux lois ont le même fondement. Par conséquent, un régime général d'indemnisation ne peut pas subsister postérieurement à

⁶⁰ Cass. 2^{ème} Civ. 19 janvier 1999, Resp. Civ. Ass., 1999, chron. 10, GROUTEL.

⁶¹ Loi n° 98-389 du 19 mai 1998, J.O. 21 mai 1998, p. 7744.

⁶² directive n° 85/ 374-CEE du Conseil des Communautés européennes 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.

⁶³ La loi admet l'exonération pour « risque de développement » sauf pour les produits d'origine humaine, art 1386-12 al 1 du Code civil.

⁶⁴ C.J.C.E. 25 avril 2002, D. 2002, p. 2462, note LARROUMET ; R.T.D.Civ 2002, p.523, obs. JOURDAIN.

l'entrée en vigueur de la loi de transposition de la directive, ayant un objet et un fondement identiques⁶⁵.

Ainsi il semble peu probable que la loi du 4 mars 2002 ait entendu prévoir la possibilité de recourir à d'autres responsabilités sans faute que celles expressément prévues.

La loi du 4 mars 2002 apparaît comme une loi d'ensemble, régissant tout le domaine de la responsabilité civile médicale et s'oppose donc au recours des systèmes de responsabilité de droit commun comme la responsabilité du fait d'autrui. Mme FREIFUSS-NETTER souligne que la seule option prévue expressément au profit de la victime d'un accident médical est en faveur de la responsabilité du fait des produits défectueux. Elle en conclut qu'« il est peu probable que la personne ayant subi un dommage lié à un acte médical ait la faculté d'ignorer la loi du 4 mars 2002 pour la responsabilité contractuelle [personnelle ou du fait d'autrui] de droit commun dans l'hypothèse où cette dernière serait plus avantageuse »⁶⁶. La même conclusion s'impose s'agissant de la responsabilité délictuelle. Cependant, apparaît une autre difficulté de la loi du 4 mars 2002, à savoir le maintien de la distinction entre responsabilité délictuelle et contractuelle.

B- Une loi autonome n'instituant pas une responsabilité légale : le problème du maintien de la distinction entre responsabilité délictuelle et contractuelle

La loi du 4 mars 2002 pose la question de la suppression de la distinction entre la responsabilité délictuelle et contractuelle. En effet, le droit contemporain a de plus en plus tendance à négliger cette distinction. Par ailleurs, l'existence même de la responsabilité contractuelle suscite depuis une dizaine d'années, une très stimulante controverse doctrinale qui trouve un écho tout particulier en droit médical. Il ne serait donc pas invraisemblable que la loi du 4 mars 2002 ait sonné le glas de la responsabilité contractuelle du médecin qu'elle soit personnelle ou du fait d'autrui.

Mme DREYFFUS-NEITTER va au-delà de la loi d'ensemble puisqu'elle estime que la responsabilité du médecin est devenue légale et n'hésite pas à intituler son commentaire de la loi du 4 mars 2002 « *Feue la responsabilité civile contractuelle du médecin ?* ». Pour cet auteur, la faute de nature à engager la responsabilité du professionnel de santé au sens de l'article L.1142-1 se définit comme la violation de l'une de ses obligations statutaires. En effet, le « paternalisme médical » aurait laissé place à une relation statutaire entre

⁶⁵ V. pour les implications de cette décision en droit français, MAZEAUD (D.), « Responsabilité civile : petit bilan annuel », *Dt et patrimoine* mars 2003, pp. 62- 68, p. 68.

⁶⁶ V. DREIFUSS-NETTER (F.), « *Feue la responsabilité civile contractuelle du médecin ?* », *Resp. Civ. Ass.* 2002, pp. 4- 8, p.7.

professionnels de santé et leurs malades, la loi venant prévoir les devoirs pesant sur les professionnels de santé. Ainsi « *et bien que la loi ne le dise pas, semble émerger un nouveau statut du professionnel de santé, investi d'une mission d'intérêt public* »⁶⁷. Hors ces devoirs imposés par la loi, il appartient à la collectivité de prendre le relais⁶⁸. Un tel modèle se retrouve s'agissant de la responsabilité du notaire⁶⁹, qui est lui aussi, librement choisi par son client et uni à ce dernier par une relation privilégiée fondée sur la confiance et la confidentialité. Or la doctrine dominante estime que la responsabilité du notaire n'est pas de nature contractuelle mais délictuelle, étant précisé que la faute notariale est celle de l'article 1382 du Code civil et consiste dans la méconnaissance d'une des obligations que la loi lui impose. Cependant, la loi du 4 mars 2002 ne se contente pas de définir les obligations pesant sur le médecin, elle régleme aussi les conditions de la responsabilité. Ainsi pour Mme DREYFFUS-NEITTER à la différence de la responsabilité du notaire, celle du médecin n'est pas une responsabilité de droit commun de nature délictuelle, mais une responsabilité légale. La volonté de dépasser le clivage délictuel, contractuel se trouve explicitement dans les lois du 5 juillet 1985 et du 19 mai 1998, dont le rapprochement avec la loi du 4 mars 2002 a été démontré⁷⁰. En effet, la loi de 1985 sur la réparation des accidents de la circulation pose des règles identiques que la victime passagère d'un véhicule soit transportée en vertu d'un contrat ou non⁷¹. De même la loi de 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux s'applique autant à l'acquéreur du produit qui a traité avec le fabricant qu'à celui qui n'a pas acquis le produit⁷². La loi du 4 mars 2002 pourrait tout à fait suivre la voie de ces différentes lois, puisque l'un des objectifs du législateur est l'égalité entre les différentes victimes, qu'elles soient soignées dans le secteur privé ou public, on pourrait ajouter qu'elles soient liées ou non par un contrat à l'auteur du dommage.

De plus une partie de la doctrine a récemment mené l'offensive contre le « faux concept » de responsabilité contractuelle⁷³. Cette théorie doctrinale initiée par Philippe LE TOURNEAU et développée par Philippe REMY estime qu'au lieu de multiplier les cas de « responsabilités légales » qui « transcendent » la distinction des deux ordres de responsabilité, il serait

⁶⁷ V. DREIFUSS-NETTER (F.), *id.* pp. 6-7.

⁶⁸ C'est ainsi qu'il faut comprendre l'absence de responsabilité dans l'hypothèse de l'aléa thérapeutique que la loi n'impose pas au médecin de garantir.

⁶⁹ V. AUBERT (J.L.), *responsabilité professionnelle des notaires*, éd. Du répertoire Defrénois, 2^{ème} éd., n° 25.

⁷⁰ V. nos développements, *supra* première partie, chapitre 1, §2, A.

⁷¹ V. art 1^{er} de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 : « les dispositions du présent chapitre s'appliquent, même lorsqu'elles sont transportées en vertu d'un contrat, aux victimes d'un accident de la circulation dans lequel est impliqué un véhicule terrestre à moteur[...] ».

⁷² V. art 1386-1 du Code civil : « Le producteur est responsable du dommage causé par un défaut de son produit, qu'il soit ou non lié par un contrat avec la victime ».

⁷³ V. REMY (P.), « la « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept », R.T.D.Civ. 1997, pp. 323-355.

souhaitable de revenir au concept originel d'une « *responsabilité contractuelle ayant une pure fonction d'exécution forcée du contrat* »⁷⁴. Selon ces auteurs c'est à tort que l'on parle de responsabilité contractuelle lorsqu'un créancier demande des dommages-intérêts à la suite de l'inexécution par le débiteur de ses obligations contractuelles. Parce que les contractants « *doivent exécuter le pacte qui leur tient lieu de loi, (...) si l'un ne respecte pas son engagement, l'autre (...) demandera un substitut de l'exécution (dont) la source ne réside pas tant dans l'inexécution que dans le contrat lui-même. (...) Ce qui est nommé réparation, par habitude et sans trop y regarder, constitue en réalité un mode d'exécution du contrat, différent sans doute de celui qui était prévu et souvent différé, mais mode d'exécution tout de même* ». Ainsi, toujours selon cette théorie, « la responsabilité contractuelle du fait d'autrui » est un procédé d'imputation inutile, car « *on doit des dommages-intérêts parce qu'on est débiteur d'une obligation inexécutée ; c'est le contrat qui fait le débiteur, et il est indifférent que l'inexécution du contrat ait sa cause dans « le fait d'autrui », dès lors que ce fait ne constitue pas pour le débiteur l'un des faits libératoires énoncés par les articles 1147 et 1148* »⁷⁵. Cette inutilité de la responsabilité contractuelle du fait d'autrui trouve un écho particulier dans le domaine médical. Si M. PENNEAU estime que

la clinique répond des carences de son personnel placé au chevet du malade sur le fondement d'une « responsabilité contractuelle du fait d'autrui », M. MEMETEAU s'écarte de cette explication, pour penser « qu'il y a plutôt ici une responsabilité non du fait d'autrui, mais personnelle de la clinique ». D'après cet auteur « c'est en effet elle qui est tenue, par le contrat hospitalier, à donner les soins non médicaux, mis en œuvre par des techniciens, et les fautes de ceux-ci, car ce sont bien eux, il est vrai, qui interviennent, ne sont que celles de la clinique qui leur a demandé de réaliser la prestation promise à l'hospitalisé »⁷⁶. Certes, M. MEMETEAU évoque encore le concept de responsabilité, mais il n'y a qu'un pas pour que cet auteur rejoigne la théorie développée par M. REMY⁷⁷. De plus un arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation en date du 30 janvier 2002⁷⁸ pourrait bien avoir fait sienne cette théorie doctrinale. En l'espèce, alors qu'un contrat de bail avait été rompu, le locataire demandait la restitution du dépôt de garantie et le bailleur agissait

⁷⁴ *Id.*, p. 323.

⁷⁵ *Id.*, p. 347.

⁷⁶ V. MEMETEAU (G.), « La responsabilité médicale de la clinique privée », R.D.Sanit.Soc. 1997, pp. 96-103, p. 99.

⁷⁷ Il convient cependant de préciser que la substitution d'une responsabilité personnelle de la clinique à une responsabilité contractuelle du fait d'autrui développée par M. MEMETEAU est circonscrite à l'hypothèse susvisée, en aucun cas M. MEMETEAU rejette l'existence d'une responsabilité contractuelle du fait d'autrui, V. MEMETEAU (G.), *Le droit médical*, Litec, 1985, 543p., p. 443.

⁷⁸ Cass, 2^{ème} Civ., 30 janvier 2002, Dr. § pat. 2003, n°111, chr. N°3205, obs. CHABAS (F.) ; P. Aff. 18 nov. 2002, p. 10, note STOFFEL-MUNCK (Ph.) ; R.T.D.Civ. 2002, p. 321, obs. GAUTIER (P.-Y.).

reconventionnellement en responsabilité, motif pris de l'inexécution des réparations locatives. Les juges du fond avaient débouté le bailleur de sa demande en réparation, parce qu'il n'avait pas apporté la preuve d'un préjudice. Au visa de l'article 1147 du Code civil, la Cour de cassation a sanctionné les juges du fond dans les termes suivants : « l'indemnisation du bailleur en raison de l'inexécution par le preneur des réparations locatives prévues au bail n'est subordonnée ni à l'exécution de ces réparations, ni à la justification d'un préjudice ». Deux lectures de cet arrêt sont possibles, soit la Cour de cassation a opéré une confusion entre l'action en exécution forcée du contrat de bail et l'action en responsabilité contractuelle, soit la Cour de cassation adhère à la doctrine du « faux concept » de la responsabilité contractuelle⁷⁹. On peut dès lors se demander si la loi du 4 mars 2002 n'a pas eu l'ambition de consacrer dans le domaine médical cette théorie. Serait ainsi expliqué non seulement l'absence de référence à la distinction classique en matière de responsabilité civile à savoir délictuel et contractuel, mais aussi l'absence de référence au concept de responsabilité du fait d'autrui.

Si la loi du 4 mars 2002 peut apparaître comme une loi d'ensemble, il semble excessif de l'interpréter comme faisant disparaître la responsabilité contractuelle ou comme instituant une responsabilité légale dépassant la distinction contractuelle et délictuelle. Certes la lecture des travaux préparatoires n'est pas très éclairante à cet égard, la question du fondement juridique n'ayant pas été soulevée. Le silence conduirait cependant à pencher pour le statu quo, puisque le législateur aurait pu, s'il l'avait souhaité, rayer d'un coup de plume cette distinction délictuelle et contractuelle⁸⁰. M. le conseiller SARGOS estime que la loi du 4 mars 2002 est une reprise à droit constant et par conséquent la loi maintiendrait une responsabilité contractuelle à côté d'une responsabilité délictuelle lorsqu'il n'y a pas de contrat⁸¹. De plus dans le rapport n° 3688, le rapporteur M. Claude EVIN, souligne que l'obligation d'assurance « est destinée à garantir la responsabilité du souscripteur pour les risques engendrés par son activité professionnelle ; elle couvre aussi bien leur responsabilité contractuelle que délictuelle ».

~~définitivement à cette question~~ mais il souligne qu' « à cet égard, on a cru comprendre, à en croire les révélations faites par un conseiller de la première chambre civile de la Cour de cassation présent lors de cette journée, que cette chambre était sur le point de rendre un arrêt qui marquerait son ralliement à la doctrine évoquée ».

⁸⁰ Ce que le législateur a fait dans les lois du 5 juillet 1985 et du 19 mai 1998.

⁸¹ SARGOS (P.), intervention orale lors du colloque « droit médical : état du droit et (r) évolution » du 30 octobre 2002, lille.

Cependant cette controverse aussi stimulante soit-elle apparaît bien futile au regard de l'intérêt à distinguer la responsabilité médicale délictuelle et contractuelle. En effet, la preuve du manquement à l'obligation de soins pèse, dans les deux cas, sur le patient (sauf pour l'obligation d'information, où il appartient au médecin de prouver qu'il a bien informé son patient). Les prescriptions sont identiques, la loi du 4 mars 2002 les fixe à dix ans à compter de la consolidation du dommage (Avant les délais étaient distincts : 30 ans en matière contractuelle, 10 ans en matière délictuelle, 4 ans dans le domaine administratif). Le seul intérêt qui subsiste est l'absence de réparation du dommage imprévisible en matière contractuelle⁸².

Ainsi, bien que nous estimions que la loi du 4 mars 2002 n'a pas entendu mettre fin à la distinction entre la responsabilité délictuelle et contractuelle, nous ne pouvons que rejoindre Mme DREYFFUS-NEITTER pour qui « l'abandon de la responsabilité médicale contractuelle est en pratique plus favorable aux victimes et aux praticiens puisqu'il évite toute discussion fondée sur la nature du lien entre le demandeur et le défendeur. Il permet également une meilleure harmonisation des jurisprudences des deux ordres de juridiction »⁸³.

Les dispositions de la loi du 4 mars 2002 semblent donc avoir mis fin à l'existence d'une responsabilité du fait d'autrui en droit médical. Cependant, la responsabilité du fait d'autrui est traditionnellement une responsabilité certes sans faute de la personne qui voit sa responsabilité engagée mais pour faute d'autrui. Traditionnellement, car de nos jours de nombreuses responsabilités du fait d'autrui, ne sont pas des responsabilités pour faute d'autrui. Le meilleur exemple est la responsabilité des parents du fait de l'enfant, qui n'exige pas un fait fautif du mineur. Si on garde la définition initiale de la responsabilité du fait d'autrui, il apparaît possible de concilier responsabilité du fait d'autrui et exigence d'une faute et ainsi maintenir la responsabilité du fait d'autrui en droit médical.

⁸² V. art 1150 du Code civil.

⁸³ V. DREYFFUS-NETTER (F.), « Feue la responsabilité civile contractuelle du médecin ? », Resp. Civ. Ass.. 2002, pp. 4- 8, p.7.

Chapitre 2 : Un maintien possible de la responsabilité du fait d'autrui en tant que responsabilité pour faute d'autrui

La faute apparaît à l'article L.1142-1 I al 1^{er}, comme une condition nécessaire pour engager la responsabilité des professionnels de santé, des établissements... Cependant, en visant la faute sans précision, le juge pourrait l'interpréter comme exigeant la preuve d'une faute personnelle ou d'autrui (§1). Ainsi, la loi du 4 mars 2002 loin de remettre en cause la responsabilité du fait d'autrui en droit médical, réaffirmerait seulement l'existence d'une responsabilité du fait d'autrui traditionnelle (§2).

§1 - La faute visée à l'article L.1142-1 I al 1^{er} : faute personnelle ou faute d'autrui

Le juge pourrait interpréter l'absence de l'adjectif qualificatif « personnel » adjoint à la faute, comme n'instituant pas l'exigence de la preuve d'une faute uniquement personnelle (A). Une telle interprétation n'est possible que par l'absence de volonté explicite du législateur sur le devenir de la responsabilité du fait d'autrui (B).

A- L'interprétation de l'exigence d'une « faute »

En l'absence de précision, la référence à la faute peut recouvrir deux notions, la faute personnelle et la faute d'autrui. La formule de l'article L.1142-1 du Code de la santé publique, « ne ...que » revêt un caractère restrictif. En effet, la responsabilité des professionnels de santé ne peut être engagée qu'en cas de faute, ce qui exclut l'absence de faute sauf pour les dommages résultant de produits défectueux. Cette restriction empêche surtout la jurisprudence de créer de nouvelles obligations de résultat. Une faute est donc obligatoirement requise pour engager la responsabilité des professionnels de santé mais aucune précision n'est apportée à son sujet. Comme l'interprète ne doit pas distinguer là où la loi ne distingue pas, l'absence de précision relative à la « faute » permet au juge de relever une faute personnelle ou d'autrui. Cette interprétation de la loi du 4 mars 2002 maintiendrait la responsabilité du fait d'autrui : le civilement responsable ne commet certes, pas de faute, mais il demeure responsable en raison de la faute de l'auteur du dommage.

L'article L.1142-1, I, al 1^{er} du Code la santé publique, subordonne la mise en cause de la responsabilité à la preuve d'une faute, sans autre précision, et non à la preuve d'une faute commise personnellement par l'établissement ou le professionnel. Telle est l'interprétation soutenue par M. Radé : *« toute autre solution aurait en effet ruiné la responsabilité médicale. Cette absence de correspondance nécessaire entre la faute et le responsable est en effet une nécessité absolue s'agissant de la responsabilité des personnes morales. Sauf à exiger une faute commise par les organes de ces dernières, aucune autre solution n'était envisageable, car ce sont bien les personnels de ces établissements qui exécutent les actes médicaux pour le compte de leur employeur, mais sans le représenter au sens juridique du terme. Cette affirmation entraîne des conséquences sur la responsabilité des professionnels de santé exerçant à titre libéral puisque ces derniers seront responsables lorsqu'ils auront commis une faute personnelle mais également lorsque de telles fautes auront été commises par leurs préposés »*.

Cet auteur conclut que *« la loi du 4 mars 2002 se contente de poser le principe, que le fait générateur de responsabilité soit fautif mais non, que le responsable ait personnellement commis une faute, ce qui est très différent⁸⁴ »*.

On pourrait estimer que l'article L.1142-1 du Code la santé publique ne précise pas le caractère personnel de la faute, car sont visés les professionnels de santé, personnes physiques mais aussi les établissements, organismes, services, des personnes morales. Ces dernières ne peuvent pas commettre de fautes personnelles puisqu'elles agissent toujours par le truchement d'une personne physique.

Dès lors l'absence de précision sur le caractère personnel de la faute serait uniquement liée à la mise en cause de la responsabilité des personnes morales et ne traduirait pas la volonté de maintenir la responsabilité pour faute d'autrui. Cette dernière serait maintenue seulement par voie de conséquence. Mais cette interprétation est erronée, car les établissements peuvent engager leur responsabilité sur le fondement d'une faute personnelle, sans l'intervention médicale d'autrui. La clinique a ainsi manqué à ses obligations à l'égard de sa cliente, en faisant soigner celle-ci par une infirmière qui n'était pas qualifiée⁸⁵. La faute de la clinique peut être également relevée dans l'organisation du service des médecins anesthésistes et des infirmières, lorsque ces dernières n'ont pas alerté l'anesthésiste de garde en dépit des doléances du patient⁸⁶. Ces manquements aux obligations contractuelles de l'établissement

⁸⁴ RADE (C.), « La réforme de la responsabilité médicale après la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé », Resp. Civ. Ass. mai 2002, pp. 4- 12, p. 7.

⁸⁵ Cass. 1^{ère} Civ., 1^{er} juin 1976, D. 1976, somm. 63, J.C.P. 1976, II, 18483, obs. SAVATIER.

⁸⁶ Aix-en-Provence, 18 juin 2002, R.D.Sanit. Soc. 2003, p. 60.

entraînent la responsabilité de celui-ci. Si en revanche, la clinique a organisé ses services selon les exigences de l'art et de la sécurité, mis à la disposition des praticiens et des moyens appropriés à leur pratique, sa responsabilité n'est pas retenue⁸⁷. L'arrêt du 26 mai 1999 de la Cour de cassation le précise en des termes dépourvus d'ambiguïté : « *En vertu du contrat d'hospitalisation et de soins le liant au patient, un établissement de santé privé est responsable des fautes commises tant par lui-même, que par ses substitués ou ses préposés qui ont causé un préjudice à ce patient* »⁸⁸. Ainsi l'absence de référence à la faute personnelle, ne peut résulter uniquement du fait que sont visés à l'article L. 141-1 I, al 1^{er}, à la fois des personnes physiques et des personnes morales. Il apparaît dès lors possible de concilier la responsabilité du fait d'autrui et l'exigence d'une faute. Cette opinion est défendue M. le conseiller SARGOS puisqu'il estime que la loi est intervenue en « droit constant ». Il prône le *statu quo*, c'est-à-dire le maintien de la jurisprudence antérieure, donc de la responsabilité du fait d'autrui, tout en innovant en permettant l'indemnisation de l'aléa thérapeutique.

Cette interprétation permet de maintenir la responsabilité du fait d'autrui en droit médical, en conformité avec l'exigence d'une faute. Puisque « *il n'y a pas de responsabilité du fait d'autrui chaque fois qu'une personne répare un dommage causé par autrui, mais uniquement chaque fois qu'une personne répare les conséquences de la seule faute d'autrui* »⁸⁹. Cette interprétation n'est cependant possible qu'en raison de l'absence de volonté explicite du législateur.

B- Une interprétation possible par l'absence de volonté explicite du législateur

La responsabilité du fait d'autrui n'a jamais été évoquée lors des travaux préparatoires de la loi du 4 mars 2002. Ce qui semble tout à fait surprenant, puisque la responsabilité du fait d'autrui occupe une place importante en droit médical⁹⁰.

Comme le législateur n'a à aucun moment exprimé la volonté de supprimer la responsabilité du fait d'autrui ou de limiter la responsabilité aux fautes personnelles, il est possible d'interpréter l'exigence d'une faute comme recouvrant aussi la faute d'autrui. Cependant, on ne peut que se joindre à M. RADE lorsqu'il évoque « *la piètre qualité rédactionnelle du texte* »⁹¹. La loi du 4 mars 2002 a été adoptée dans l'urgence ; sans réels débats parlementaires. Le temps n'a donc pas été suffisamment pris pour envisager toutes les conséquences des

⁸⁷ V. Paris 25 octobre 2001, Gaz. Pal. 19 juin 2002, p. 31, note BONNEAU (J.).

⁸⁸ Cass. 1^{ère} Civ. 26 mai 1999, Dt et patrimoine Juillet- août 1999, p. 84.

⁸⁹ AMBIALET (J.) *responsabilité du fait d'autrui en droit médical*, préface M. de JUGLART, Bibliothèque de droit privé, tome 54, LGDJ 1965, p. 13.

⁹⁰ V. nos développements *supra*, introduction.

⁹¹ RADE (C.), « La réforme de la responsabilité médicale après la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé », Resp. Civ. Ass. mai 2002, pp. 4- 12, p. 5

nouvelles dispositions. Il est vraisemblable que le législateur n'ait pas perçu les conséquences de l'adoption de l'article L. 1142-1 al 1^{er} du Code de la santé publique sur le devenir de la responsabilité du fait d'autrui. Un problème identique se retrouve à l'article 1^{er} de la loi du 4 mars 2002 qui dispose que « nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance ». Le législateur envisageait cette disposition comme « anti-perruche », ne voulant pas qu'un enfant né handicapé obtienne réparation du préjudice résultant de son handicap. Mais par voie de conséquence, une telle disposition exclut la réparation du préjudice d'un enfant né d'un viol. Il n'est pas certain que le législateur ait voulu cela, il ne l'a pas envisagé comme pour la responsabilité du fait d'autrui. La même remarque est à formuler s'agissant des autres lois du même jour, celle relative au nom de famille ou bien encore à l'autorité parentale. L'adoption précipitée de ces lois n'a pas favorisé l'adoption de textes clairs et dépourvus d'ambiguïté.

Le mérite de cette loi est alors, de réaffirmer la nécessité d'établir la faute de l'auteur du dommage, pour engager la responsabilité du professionnel de santé ou de l'établissement du fait d'autrui. La loi maintient une responsabilité du fait d'autrui indirecte.

§2- La réaffirmation d'une responsabilité du fait d'autrui traditionnelle en droit médical

La responsabilité du fait d'autrui traditionnelle en droit médical se traduit par l'exigence d'une faute du tiers ou du préposé comme un préalable obligatoire. La responsabilité du fait d'autrui est traditionnellement une responsabilité indirecte. La loi du 4 mars 2002 ne ferait donc que confirmer ce caractère indirect (A). Cependant, un mouvement jurisprudentiel, en dehors du domaine médical, se développe à l'heure actuelle, s'orientant vers une responsabilité du fait d'autrui directe. La loi du 4 mars 2002 consacrerait la spécificité du domaine médical (B).

A- Le préalable de la responsabilité du fait d'autrui : l'exigence d'une faute du tiers ou du préposé

Certes la loi ne fait pas la distinction délictuelle, contractuelle, mais cette interprétation prône le statu quo et ne devrait donc pas remettre en cause cette distinction⁹². La responsabilité du fait d'autrui qu'elle soit délictuelle ou contractuelle exige que puisse être engagée la responsabilité personnelle du préposé ou du tiers pour que soit engagée celle du civilement responsable, à savoir le commettant ou le débiteur de l'obligation.

⁹² V. nos développements, *supra*, première partie, chapitre 1, §2, B.

Depuis toujours la doctrine majoritaire enseigne que la responsabilité du commettant est indirecte. La jurisprudence en déduit logiquement que « *la responsabilité civile du commettant ne peut être engagée qu'en cas de faute du préposé* »⁹³. Pour entraîner la responsabilité du commettant, le fait dommageable du préposé doit constituer une faute et doit avoir été accompli dans l'exercice des fonctions du préposé.

En cas de responsabilité contractuelle du fait d'autrui, il convient de distinguer selon la nature de l'obligation qui n'a pas été exécutée ou qui l'a été mais incorrectement. En effet, la responsabilité sera appréciée différemment en présence d'une obligation de moyen ou d'une obligation de résultat⁹⁴. La preuve d'une faute du tiers n'est nécessaire que s'il s'agit d'une obligation de moyen. Or le médecin n'est pas tenu de guérir le malade mais il doit lui apporter « des soins consciencieux, attentifs et conformes aux données acquises de la science »⁹⁵. Ainsi l'obligation qui pèse sur le médecin est une obligation de moyen et non de résultat. Ce principe a été réaffirmé récemment par la Cour de cassation⁹⁶. En l'espèce, pour déclarer un médecin responsable de la perte d'un œil dont avait été victime l'un de ses patients, la cour d'appel avait considéré que cet accident révélait une faute incluse qui était déduite à la fois de l'anormalité du dommage et de la gravité exceptionnelle des troubles provoqués par un acte de soins courants. Le médecin avait injecté à un enfant un produit destiné à faire disparaître un angiome frontal, or suite à la seconde injection, un œdème inflammatoire s'est formé conduisant à la cécité. La Cour de cassation casse l'arrêt de la cour d'appel, elle considère que le médecin n'est tenu que d'une obligation de moyen. Ainsi lorsqu'un professionnel de santé introduit un tiers dans l'exécution du contrat de soins et que survient un dommage, il appartient à la victime de prouver la faute du tiers si elle souhaite engager la responsabilité contractuelle du médecin du fait du tiers. La Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler l'exigence d'une faute dans de nombreux arrêts et notamment dans celui du 9 octobre 1984⁹⁷. En l'espèce, la patiente avait subi l'ablation de son utérus puis lors d'une seconde intervention, le chirurgien a découvert une compresse oubliée dans son abdomen. La Cour de cassation rappelle que « *le chirurgien est investi de la confiance du malade, est tenu en vertu de son contrat, de le faire bénéficier, pour l'ensemble de l'opération, de soins consciencieux*

⁹³ Cass. 2^{ème} Civ., 8 octobre 1969, Bull Civ., II, n° 269.

⁹⁴ V. DEMOGUES (R.), l'obligation est dite de résultat lorsque le débiteur s'engage à obtenir un résultat déterminé, l'obligation est dite de moyen lorsque la partie qui s'oblige s'engage seulement à faire son possible pour parvenir au résultat, à agir avec la plus grande prudence ou diligence sans pour autant garantir l'obtention d'un résultat.

⁹⁵ Cass. Civ., 20 mai 1936, Mercier, G.A.J.C., 11^{ème} éd. n° 161-162 ; depuis Cass. 1^{ère} Civ., 26 octobre 1970, la jurisprudence fait référence aux données « actuelles » de la science.

⁹⁶ Cass. 1^{ère} Civ., 27 mai 1998, J.C.P. 1998, I, 187, n°32, obs.VINEY.

⁹⁷ Cass. 1^{ère} Civ., 9 octobre 1984, dame BUTELLI et a. , Bull. Civ. I, n° 251 ; confirmation de Cass. 1^{ère} Civ., 18 octobre 1960, J.C.P. G. 1960, II, 11846, note SAVATIER (R.) .

et attentifs ; Que dès lors, à supposer qu'en l'espèce [le chirurgien] ait abandonné à un tiers le soin de faire le compte des champs utilisés » la responsabilité du chirurgien n'en serait pas moins retenue « puisqu'il devait répondre des fautes des membres de son équipe, c'est-à-dire des personnes qu'il s'était substituées, en dehors du consentement de sa patiente, pour l'accomplissement d'une partie inséparable de son obligation ».

Ainsi que la responsabilité du fait d'autrui soit contractuelle ou délictuelle, la faute du tiers ou du préposé est un préalable indispensable, comme l'explique la Cour de cassation dans un arrêt où la victime était le médecin. En l'espèce, la penseuse, préposée de la clinique, avait écrasé le pied droit du médecin suite à une erreur de manipulation de la table d'opération. La Cour de cassation précise qu'« un médecin répond des fautes commises au préjudice des patients par les personnes qui l'assistent lors d'un acte médical d'investigation ou de soins [...] (responsabilité contractuelle du fait d'autrui) il n'en est pas de même lorsque la victime est le praticien lui-même ; qu'il peut, en ce cas, rechercher la responsabilité de la clinique pour les fautes commises à son préjudice par un préposé de cette dernière (responsabilité délictuelle du fait d'autrui) »⁹⁸.

La loi du 4 mars 2002 ne ferait ainsi que réaffirmer le caractère indirect de la responsabilité du fait d'autrui. Cependant, les différentes responsabilités du fait d'autrui connaissent à l'heure actuelle une évolution tendant à consacrer une responsabilité du fait d'autrui directe. La loi du 4 mars 2002 entendrait maintenir le caractère indirect de cette responsabilité dans le domaine médical.

B- Le caractère indirect de la responsabilité du fait d'autrui en droit médical

Le caractère indirect semblait être une caractéristique du concept de responsabilité du fait d'autrui. Or une tendance actuelle est à l'effacement de ce caractère, la responsabilité du civilement responsable peut être engagée sans que soit reconnue celle de l'auteur du dommage. Cette tendance est consacrée pour la responsabilité des parents du fait de leurs enfants, en voie de consécration pour la responsabilité du commettant du fait du préposé et on s'interroge sur la contamination des autres responsabilités du fait d'autrui. Les dispositions de la loi du 4 mars 2002 marqueraient une limite de cette tendance jurisprudentielle.

Certains auteurs se demandent si la responsabilité du fait d'autrui n'est pas devenue une responsabilité directe et personnelle⁹⁹. Le point de départ de cette interrogation est l'arrêt

⁹⁸ Cass. 1^{ère} Civ., 13 mars 2001, Gaz. Pal. 2002, juris, p. 387-390, note GENCY-TANDONNET (D.).

⁹⁹ V. BRUN (P.), « L'évolution des régimes particuliers de responsabilité du fait d'autrui », Resp. Civ. Ass. Hors-série novembre 2000, pp. 10- 17 ; SAINT-PAU (J.C.), « La responsabilité du fait d'autrui est-elle devenue une responsabilité personnelle et directe », Resp. Civ. Ass. octobre 1998, pp. 4-7.

Fullenwarth de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du 9 mai 1984. D'après cet arrêt il suffit que le mineur « ait commis un acte qui soit la cause directe du dommage invoqué par la victime » pour que la responsabilité des parents soit engagée. Cependant, deux interprétations étaient possibles, soit les parents étaient tenus de répondre de tous les actes de leurs enfants qui ont été ne fût-ce que pour partie l'instrument du dommage, même lorsque ces actes ont été objectivement normaux et corrects, soit la Cour de cassation s'est seulement interrogée sur le lien existant en l'espèce entre le discernement et l'éventuelle responsabilité du mineur. Si on examine la jurisprudence postérieure à l'arrêt Fullenwarth, on constate que les parents n'ont été condamnés qu'à raison d'un acte de l'enfant qui méritait d'être qualifié de faute¹⁰⁰. Il reste cependant qu'il y a sur cette question de persistantes et irritantes incertitudes. Un arrêt de 2001 semble opter pour une responsabilité directe. En effet alors que la Cour d'appel avait estimé que la responsabilité d'un enfant est un préalable à la détermination de celle de ses parents, la Cour de cassation estime que la cour d'appel en relevant que les agissements de l'auteur du dommage ne saurait engager sa responsabilité et qu'en conséquence il n'y avait pas lieu d'examiner celle de ses parents, a violé les articles 1384 al 4 et 7 du Code civil¹⁰¹. La Cour de cassation ouvre ainsi la voie à la reconnaissance du caractère direct de la responsabilité des père et mère. Mais il revient à l'assemblée plénière de la Cour de cassation de trancher clairement la question, ce qu'elle a fait dans deux arrêts du 13 décembre 2002, « la responsabilité de plein droit des père et mère exerçant l'autorité parentale sur un mineur habitant avec eux puisse être recherchée, il suffit que le dommage invoqué par la victime ait été directement causé par le fait, même non fautif, du mineur »¹⁰². Certes, la Haute juridiction n'indique pas expressément qu'il n'est pas utile que la responsabilité de l'auteur du dommage soit engagée pour examiner celle de ses parents, mais elle souligne que le fait directement causal du mineur auteur du dommage peut être « non fautif ». Il est donc facile de déduire de la formulation de ces arrêts que l'assemblée plénière poursuit dans le sens de l'affirmation d'une responsabilité parentale directe ; cette dernière étant détachée de toute responsabilité préalable de l'enfant. Cependant en visant l'article 1384 al 1^{er} du Code civil, la Haute juridiction procède à un « énigmatique visa »¹⁰³. Ce dernier pourrait indiquer la volonté de la Cour de cassation d'uniformiser le régime de la

¹⁰⁰ V. ainsi par exemple, Cass. 2^{ème} Civ., 3 mars 1988, Bull. Civ. 1988, II, n° 58 ; Cass. 2^{ème} Civ., 4 mars 1992, J.C.P. 1992, II, 21941, note DEJEAN DE LA BATIE (N.).

¹⁰¹ V. Cass. 2^{ème} Civ., 10 mai 2001, D. 2001, jur., p. 2851, note TOURNAFOND (O.) ; J.C.P. 2001, II, 10613, note MOULY (J.) ; R.T.D.Civ 2001, p. 601., obs. JOURDAIN (P.) ; P. Aff. 3 décembre 2001, p. 10, note NIBOYET (F.) ; J.C.P. 2002, I, p. 124, obs. VINEY (G.).

¹⁰² Cass, Ass. plen. 13 décembre 2002, P.Aff. 18 avril 2003, pp. 16-20, note LAYDU (J.B.) ; J.C.P. 2003, II, 10010, note HERVIO-LELONG.

¹⁰³ Selon les termes de M. JOURDAIN (P.), note sous Cass. Ass. plen., 13 décembre 2002, préc.

responsabilité du fait d'autrui dans son ensemble dans le sens d'une responsabilité directe¹⁰⁴. On peut se demander si le détour par la responsabilité de l'auteur du dommage pour engager celle du répondant n'est pas en passe de devenir superfétatoire, ce qui marquerait l'avènement de responsabilités directes et « *le chant du cygne des responsabilités du fait d'autrui traditionnelles* »¹⁰⁵. Cette disparition de la responsabilité de l'auteur du dommage comme condition de celle du répondant est déjà intervenue en ce qui concerne la responsabilité des père et mère comme nous venons de le voir. Il n'en va pas de même, *a priori*, de la responsabilité des commettants, mais on peut se demander si la jurisprudence COSTEDOAT ne contient pas en germe l'effacement de l'exigence d'une faute du préposé. Cette position traditionnelle est contestée par certains auteurs qui estiment qu'il n'existe aucune raison de limiter la garantie fournie par le commettant aux seules hypothèses où le préposé a commis une faute. L'activité même non fautive d'un individu peut être la cause d'un dommage¹⁰⁶. Il faudrait donc affirmer que la responsabilité du commettant devrait être directe. Cette solution serait conforme à l'article 1384 al 5 qui n'a jamais exigé un fait illicite du préposé. Cet article n'envisage comme condition que le lien de causalité entre le dommage et le fait du préposé indépendamment du caractère illicite de ce dernier. L'idée d'une responsabilité directe du commettant du fait du préposé aurait été consacrée par l'arrêt de la chambre commerciale du 12 octobre 1993¹⁰⁷. En l'espèce la Cour de cassation écarte la responsabilité personnelle des préposés qui, dans l'accomplissement de leur mission, ont participé à la réalisation du dommage, car ils n'avaient « commis aucune faute personnelle », mais maintient la responsabilité du commettant. Il en résulte que la responsabilité du commettant peut être engagée sans que celle du préposé ne soit retenue. Cependant, il serait présomptueux de sonner le glas du caractère indirect de la responsabilité du commettant du fait du préposé à partir d'un unique arrêt. C'est pourquoi l'arrêt Costedoat de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du 25 février 2000 a réactivé la polémique. La Haute juridiction énonce seulement dans cet arrêt que le préposé n'engage pas en principe sa responsabilité personnelle, elle consacre une véritable immunité au profit du préposé qui est demeuré dans les limites de sa mission. La responsabilité personnelle de l'auteur du dommage se trouve « absorbée » par celle du répondant. Elle n'avance nullement l'idée qu'une faute du préposé n'est plus nécessaire pour engager la responsabilité du commettant. Chacun s'accorde à reconnaître

¹⁰⁴ V. s'interrogeant à ce sujet HERVIO-LELONG (A.), J.C.P. 2003, II, 10010.

¹⁰⁵ Selon les termes de M. BRUN (P.), « l'évolution des régimes particuliers de responsabilité du fait d'autrui », Resp. Civ. Ass. Hors-série novembre 2000, pp. 10- 17, p. 14.

¹⁰⁶ V. VINEY (G.), *traité de droit civil, les obligations, la responsabilité : conditions*, LGDJ 1982, n° 808 ; DURRY (G.), R.T.D.Civ. 1976, p. 143.

¹⁰⁷ Cass. Com., 12 octobre 1993, D. 1994, juris. P. 124, note VINEY (G.), J.C.P. 1995, II, 22493, note CHABAS (F.).

cependant, que la solution consacrée par l'assemblée plénière ne peut s'expliquer que si l'on fonde la responsabilité de l'article 1384 alinéa 5, sur l'idée de risque d'entreprise. M. BRUN s'interroge, alors « *l'acte fautif du préposé n'a-t-il pas vocation dès lors à devenir une manifestation, parmi d'autres, de ce risque ?* »¹⁰⁸. De même si l'on admet que la responsabilité du préposé puisse être « absorbée » par celle du commettant, la mise en œuvre de celle-ci ne doit-elle pas pouvoir s'envisager sans le détour par celle-là ? Il s'agit d'une des conséquences possibles de la « déflagration juridique » occasionnée par l'arrêt Costedoat. L'alinéa 5 de l'article 1384 connaîtrait ainsi la même métamorphose que celle qu'a connue l'alinéa 4, avec l'avènement d'une responsabilité directe : « *ce serait alors le crépuscule des responsabilités du fait d'autrui traditionnelles* »¹⁰⁹.

Or en affirmant clairement la nécessité de la faute, la loi du 4 mars 2002 ne semble pas aller dans cette voie pour le domaine médical.

La jurisprudence ultérieure à la loi du 4 mars 2002, mais pour des faits qui n'entrent pas dans son champ d'application est venue clairement affirmer que l'immunité du préposé ne jouait pas pour le médecin salarié¹¹⁰ et a confirmé (ce que ne dément pas l'arrêt Costedoat) la nécessité d'une faute du médecin salarié pour que l'établissement de santé puisse être déclaré responsable du fait de ce médecin. La Cour de cassation précise que « *la responsabilité délictuelle du fait personnel du médecin* » avait été retenue « *sur le fondement de la faute médicale qu'il avait commise* »¹¹¹. Une solution identique est reprise dans une espèce où le malade qui avait conclu avec une maternité privée un contrat de soins, était décédé en raison d'une difficulté survenue lors de l'anesthésie. La cour de cassation relève que « *l'établissement de santé peut être déclaré responsable des fautes commises par un médecin salarié à l'occasion d'actes médicaux d'investigation et de soins pratiqués sur un patient* »¹¹².

Les dispositions de la loi du 4 mars 2002 pourraient donc être interprétées comme maintenant certes, une responsabilité du fait d'autrui en droit médical, mais surtout une responsabilité indirecte, ce qui seul permet de rester conforme à l'exigence d'une faute visée à l'article L. 1142-1 al 1^{er} du Code de la santé publique.

Synthèse : Le juge confronté au maintien ou à la suppression de la responsabilité du fait d'autrui en droit médical devra faire un choix, mais il ne sera pas le seul. En effet, la loi du 4

¹⁰⁸ V. BRUN (P.), « l'évolution des régimes particuliers de responsabilité du fait d'autrui », Resp. Civ. Ass. Hors-série novembre 2000, pp. 10- 17, p. 15.

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ V. nos développements *infra*, deuxième partie, chapitre 2, § 1, B.

¹¹¹ Cass. 1^{ère} Civ., 9 avril 2002, Bull. Civ. I, n° 114 ; RADE (C.), « Il faut sauver la jurisprudence Costedoat ! », Resp. Civ. Ass. 2002, chron n° 13.

¹¹² Cass. 1^{ère} Civ., 13 novembre 2002, D. 2003, juris., pp. 580-583, note DEIS-BEAUQUESNE (S.).

mars 2002 a mis en place des commissions régionales de conciliation et d'indemnisation « chargées de faciliter le règlement amiable des litiges relatifs aux accidents médicaux, aux affections iatrogènes et aux infections nosocomiales, ainsi que des autres litiges entre usagers et professionnels de santé, établissements de santé... »¹¹³.

- Pour les commissions de conciliation et d'indemnisation.

Ces commissions peuvent être saisies par « toute personne s'estimant victime d'un dommage imputable à une activité à une activité de prévention, de diagnostic ou de soins... »¹¹⁴.

Lorsque les dommages subis présentent un certain caractère de gravité¹¹⁵, la commission émet un avis « sur les circonstances, les causes, la nature et l'étendue des dommages, ainsi que sur le régime d'indemnisation applicable ».¹¹⁶ Ainsi deux régimes d'indemnisation sont applicables, la responsabilité et la solidarité nationale. Si la commission estime que le dommage engage la responsabilité d'un professionnel de santé, d'un établissement, l'assureur qui garantit la responsabilité civile ou administrative de la personne considérée comme responsable par la commission, adresse à la victime une offre d'indemnisation. Or le dommage n'engagera la responsabilité du professionnel de santé ou de l'établissement qu'en cas de faute conformément à l'article L. 1142-1 I, hormis le cas de la responsabilité du fait des produits défectueux et des infections nosocomiales.

- La commission appliquera-t-elle la responsabilité du fait d'autrui ?
- Si la commission a estimé que le dommage était dû à une faute d'un professionnel de santé ou d'un établissement, il est alors vraisemblable qu'elle désigne cet auteur fautif comme responsable, et qu'elle demande à son assureur de faire une offre.

- Pour les juridictions judiciaires

Le maintien de la responsabilité du fait d'autrui est possible mais nécessite l'interprétation d'un silence de la loi. (risque de contradiction avec la position d'une ou des CRCI). Il est donc a priori plus simple de conclure à la disparition de la responsabilité du fait d'autrui. Le juge ne maintiendra la responsabilité du fait d'autrui en droit médical que s'il y trouve une nécessité (il faut espérer que tel sera le raisonnement des juges et que face à l'argutie des plaideurs ils ne mettront pas en avant l'interprétation de l'exigence de la faute, s'entendant aussi comme une faute « d'autrui », simplement parce que la responsabilité du fait d'autrui est

¹¹³ V. art L. 1142-5 C.S.P. dans sa rédaction issue de la loi n°2002-303 du 4 mars 2002, J.O. 5 mars 2002, p. 4118.

¹¹⁴ V. art L. 1142-7 C.S.P. dans sa rédaction issue de la loi n°2002-303 du 4 mars 2002, J.O. 5 mars 2002, p. 4118, « ou, le cas échéant... » .

¹¹⁵ V. art L. 1142-8, art L. 1142-1, II.

¹¹⁶ Art L. 1142-8 al 1 C.S.P.

dorénavant un mécanisme qui leur est familier). Cette démarche a été adoptée par les juges lorsqu'ils ont été confrontés à la loi du 5 juillet 1985. En effet, au-delà du triomphe formel de l'autonomie¹¹⁷, c'est le pragmatisme qui l'a surtout emporté. Il conviendra donc, de rechercher s'il existe encore une nécessité de recourir à la responsabilité du fait d'autrui en droit médical, après la loi du 4 mars 2002.

DEUXIÈME PARTIE - LA RECHERCHE D'UNE NÉCESSITÉ DE LA RESPONSABILITÉ DU FAIT D'AUTRUI EN DROIT MÉDICAL APRÈS LA LOI DU 4 MARS 2002

Jusqu'à présent, elle apparaissait nécessaire pour garantir l'indemnisation de la victime de dommages médicaux. La responsabilité du fait d'autrui a en effet une fonction de garantie. Le civilement responsable pour autrui est en effet un garant de la responsabilité du tiers ou du préposé à l'égard des victimes. Or l'objectif de la loi du 4 mars 2002 est l'indemnisation des victimes de dommages médicaux. Il serait donc a priori contraire à cet objectif de supprimer la responsabilité du fait d'autrui. Cependant la loi a mis en place outre une procédure spécifique, une obligation d'assurance des acteurs de santé. L'utilité de la responsabilité du

¹¹⁷ V. nos développements, *supra*, première partie, chapitre 1, § 2, A.

fait d'autrui en tant que garantie de l'indemnisation de victimes de dommages médicaux apparaît réduite. La nécessité de la responsabilité du fait d'autrui peut également s'apprécier non plus du point de vue des victimes mais des auteurs du dommage. Ne serait-il pas injuste de ne rechercher que la responsabilité personnelle pour faute du tiers ou du préposé ? La loi du 4 mars 2002 est une loi de compromis, voulant concilier les intérêts des victimes avec ceux des professionnels de santé. Il serait donc a priori contraire à cet objectif de supprimer la responsabilité du fait d'autrui. Cependant la responsabilité du fait d'autrui a traditionnellement un caractère auxiliaire, ce qui permet de douter du caractère réellement inéquitable du fait de ne mettre en œuvre que la responsabilité personnelle de l'auteur du dommage en droit privé médical.

Si avant la loi du 4 mars 2002, la responsabilité du fait d'autrui était uniquement nécessaire pour les victimes, les dispositions de cette loi semblent restreindre considérablement l'intérêt de la responsabilité du fait d'autrui pour les victimes (chapitre 1) mais ne devraient pas affecter l'absence d'intérêt d'une telle responsabilité pour les professionnels de santé en raison de son caractère auxiliaire (chapitre 2).

Chapitre 1 : Vers l'inutilité de la responsabilité du fait d'autrui pour les victimes.

La loi du 4 mars 2002 en instituant une obligation d'assurance aux professionnels de santé et aux établissements a considérablement réduit la nécessité de recourir à la responsabilité du fait d'autrui. L'assurance permet de garantir l'indemnisation des dommages médicaux fautifs (§1). Il semble cependant au regard des conditions de garantie de l'assurance que cette dernière ne recouvre pas exactement les cas de responsabilité du fait d'autrui antérieurs à la loi du 4 mars 2002. Il peut ainsi apparaître nécessaire de maintenir une responsabilité du fait d'autrui en raison des insuffisances de l'assurance. Mais n'est-il pas préférable de rechercher des palliatifs aux insuffisances de l'assurance (§2).

§1- Le recours à l'assurance obligatoire: une nouvelle garantie pour les victimes

La loi du 4 mars 2002 innove en imposant aux professionnels de santé exerçant à titre libéral, aux établissements... de souscrire une assurance. L'assurance des établissements couvrira les dommages causés par leurs salariés agissant dans la limite de leur mission. Il convient cependant d'examiner si dans les hypothèses de responsabilité du fait d'autrui consacrées avant la loi du 4 mars 2002, le tiers ou le préposé est aujourd'hui assuré. Si tel est le cas, la responsabilité du fait d'autrui, ayant une fonction de garantie serait inutile. Il convient donc d'examiner s'il y a coïncidence entre les hypothèses de responsabilité du fait d'autrui et la mise en jeu de l'assurance, en fonction des différents critères évoqués à l'article 1142-2 du Code de la santé publique.

A- La distinction : exercice à titre libéral, à titre salarié

Il convient de préciser que l'obligation d'assurance prévue à l'article L. 1142-2 du Code de la santé publique pèse sur les professionnels de santé libéraux, les établissements de santé ou tout autre organisme qui réalise des activités de prévention, de diagnostic et de soins. L'assurance de responsabilité civile est destinée à garantir la responsabilité du souscripteur pour les risques engendrés par son activité professionnelle. S'agissant des médecins et des établissements de santé, elle couvre aussi bien leur responsabilité contractuelle que

délictuelle¹¹⁸. Cette nouvelle obligation d'assurance s'impose à tous « les professionnels de santé exerçant à titre libéral », soit les professionnels de santé mentionnés à la quatrième partie du présent code : les professions médicales (médecins, chirurgiens-dentistes, sages-femmes) ; les pharmaciens et préparateurs en pharmacie ; les paramédicaux (infirmiers, masseurs-kinésithérapeutes, psychomotriciens, orthophonistes, orthoptistes, manipulateurs d'électroradiologie, audioprothésistes, opticiens)¹¹⁹. Seuls les libéraux sont concernés (cabinet ou service de médecine libéral dans un établissement). Les professionnels salariés bénéficient, en effet, de l'assurance de leur employeur (clinique, dispensaire). Ainsi les professionnels de santé peuvent exercer soit à titre libéral soit à titre salarié d'un établissement de santé ou d'un membre d'une profession médicale.

La nature des rapports entre les établissements de santé privés avec les personnes y exerçant leur activité¹²⁰

1- les rapports « établissements de santé privés/ professions médicales.

Les membres des professions médicales, c'est-à-dire les médecins, les chirurgiens-dentistes et les sages-femmes, présentant une caractéristique commune, qui a d'importantes conséquences dans les rapports avec les établissements de santé privés : leur indépendance professionnelle inaliénable. Il convient d'envisager rapidement les relations entre les cliniques et ces professions médicales pour ensuite examiner avec attention les hypothèses de responsabilité contractuelle du fait d'autrui puis délictuelle, ce qui nous permettra de confronter ces hypothèses avec la nouvelle obligation d'assurance.

S'agissant des médecins, leurs rapports avec les établissements de santé doivent impérativement faire l'objet d'un contrat écrit, à peine de sanction pénale¹²¹. Des règles identiques existent pour les chirurgiens-dentistes et les sages-femmes¹²². Pourtant, malgré ces prescriptions, la jurisprudence révèle le large pouvoir du juge face à l'absence d'écrit¹²³. Cette souplesse relative doit inciter les intéressés à organiser leurs relations contractuelles afin d'éviter toute incertitude sur leur situation juridique. Les contrats d'exercice les plus courants confèrent à un médecin le droit d'exercer à titre libéral dans l'établissement de santé privé qui

¹¹⁸ V. EVIN, rapport n° 3263 rendu au nom de la Commission des affaires culturelles, *op. cit.*, *supra* note 44.

¹¹⁹ *Ibid.*

¹²⁰ Sargos (P.), « La doctrine jurisprudentielle de la Cour de cassation en matière d'obligations des établissements de santé privés et des personnes y exerçant leur activité », *Resp. civ. ass.*, n° 7-8 bis, juillet 1999, hors série, p.41, n° 35.

¹²¹ V. art L.4113-9 du Code de la santé publique et 83 du Code de déontologie médicale.

¹²² V. pour les chirurgiens-dentistes l'art 41 du Code de déontologie des chirurgiens dentistes du 22 juillet 1967 et pour les sages-femmes les articles 48 et 49 du Code de déontologie des sages-femmes du 8 août 1991.

¹²³ V. pour une étude de cette jurisprudence, DORSNER-DOLIVET (A.), « le contrat entre clinique et médecin », *Méd. et Droit*, nov.-Déc. 1993, pp. 72-73.

met à sa disposition des moyens en personnel, locaux, matériels et produits, moyennant une certaine somme généralement appelée redevance. Le médecin peut être aussi salarié de l'établissement de santé privé. Ce contrat ne peut en aucun cas prévoir une limitation de l'indépendance du médecin dans l'exercice de son Art par l'entreprise qui l'emploie. Cependant comme l'a souligné la Cour de cassation cette indépendance professionnelle « n'est pas incompatible avec l'état de subordination qui résulte d'un contrat de louages de service le liant à un tiers »¹²⁴. Le même principe a été retenu, à propos d'une sage femme par l'arrêt « clinique du Château » du 30 octobre 1995 de la première chambre civile de la Cour de cassation¹²⁵.

Traditionnellement les établissements de santé ne sont responsables que du fait du médecin, du chirurgien-dentiste ou de la sage-femme salarié.

S'agissant de la responsabilité contractuelle du fait d'autrui.

La Cour de cassation a reconnu dès 1991, la responsabilité contractuelle de l'établissement (fondation) du fait du médecin salarié. Dans cette affaire un patient était devenu sourd de

l'oreille gauche après s'être, à plusieurs reprises, présenté à la consultation d'oto-rhino-laryngologie de la fondation Rotschild où plusieurs médecins avaient successivement diagnostiqué une récurrence d'eczéma sec du conduit auditif externe gauche, avec plaie et perforation du tympan et lui avaient prescrit un traitement comportant l'installation de gouttes auriculaires d'un médicament dénommé « Polydexa », la Cour de cassation a retenu sur le fondement de l'article 1147 du Code civil, la responsabilité de l'établissement de soins et non celle des praticiens, au motif que « le contrat de soins avait été conclu entre (le malade) et la fondation »¹²⁶, dont les médecins étaient salariés. On estimait traditionnellement qu'il existait deux contrats différents, le contrat médical conclu avec le médecin et le contrat hospitalier conclu avec l'établissement de santé privé. Ainsi seul le médecin répond contractuellement des fautes commises dans les soins médicaux. Cependant dans l'hypothèse où le médecin est salarié de l'établissement de santé, le « contrat de soins » ne peut être qu'entre le malade et l'établissement de santé, ce dernier est alors responsable civilement du préjudice causé au malade par les actes médicaux. Au lieu de contracter avec le malade, le médecin salarié se borne à exécuter la prestation contractuelle dont l'établissement est débiteur en vertu du contrat de soins qui le lie au malade. M. SAVATIER estimait qu'une extension de cette jurisprudence au profit des médecins exerçant à titre libéral était justifiée. En effet, ne serait-il

¹²⁴ Cass. Crim., 5 mars 1992, J.C.P. 1993, II, 22013, pp. 100- 102, note CHABAS (F.).

¹²⁵ Cass. 1^{ère} Civ. 30 octobre 1995, Bull n° 383, p. 267.

¹²⁶ Cass. 1^{ère} Civ., 4 juin 1991, J.C.P. 1991, II, 21730, pp. 317- 320, note SAVATIER (J.).

pas possible de soutenir que « *l'établissement hospitalier privé conclut avec les malades un contrat de soins qui englobe les soins proprement médicaux ?* ». Cette solution aurait le mérite de simplifier la situation des victimes de dommages médicaux, puisque le malade ignore la nature juridique du contrat liant le médecin qui l'a soigné à l'établissement. M. SAVATIER s'interroge dans ce sens « *comment pourrait-on lui imposer de mettre en cause, dans le cas de médecins salariés, la responsabilité civile de l'établissement de soins, et dans celle de soins dispensés au sein de l'établissement par des médecins libéraux, la responsabilité personnelle de ces derniers, alors qu'il n'a aucun moyen de savoir quelle est la nature du contrat permettant au médecin d'exercer son art dans l'établissement ?* »¹²⁷. De plus, cette solution permettrait un rapprochement des régimes de responsabilité pour faute médicale dans les établissements de soins publics et privés.

Un arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 25 février 1994 semble reconnaître la responsabilité de la clinique du fait de l'activité d'un médecin libéral. Dans cette espèce, la cour a retenu la responsabilité *in solidum* d'un chirurgien esthétique libéral et de la clinique, en considérant que la responsabilité de cette dernière était engagée, dès lors que la patiente s'était adressée, non pas au chirurgien lui-même qu'elle ne connaissait pas, mais à la clinique « *pour le sérieux et les garanties qu'elle paraissait offrir et parce que la chirurgie plastique figurait au nombre des spécialités qui y étaient pratiquées* ». La cour relève que la patiente avait conclu avec la clinique un contrat de soins « *qui incluait le contrat médical* ». Dès lors l'établissement était investi de la confiance de la personne sur laquelle l'intervention devait être pratiquée, était tenu « *en vertu du contrat qui lie (l'établissement) à celle-ci de la faire bénéficier de soins consciencieux attentifs et conformes aux données de la science* », il devait ainsi répondre « *des fautes que peuvent commettre les médecins auxquels il a recours pour l'exécution du contrat médical et qu'il s'est substitué pour l'accomplissement d'une partie inséparable de son obligation* ». Cependant comme le souligne Me LACHAUD, « *si cette jurisprudence devait être confirmée, elle introduirait un véritable bouleversement dans l'équilibre souvent fragile des relations contractuelles entre praticiens libéraux et établissements privés* »¹²⁸. Deux critiques essentielles peuvent être apportées à cet arrêt. Tout d'abord, le critère de la solution de la cour d'appel de Paris, à savoir le facteur déterminant de l'hospitalisation : la notoriété du praticien ou celle de la clinique, apparaît bien incertain. Ensuite, la responsabilité de la clinique du fait de l'activité du médecin libéral suppose nécessairement une forme de subordination de la part de ce dernier à l'égard de la clinique. La

¹²⁷ *Idem*, p. 319.

¹²⁸ LACHAUD (Y.), « Responsabilités des établissements de santé privés du fait de l'activité des médecins libéraux », Méd. Dt. 1996, n° 17, pp. 14-16, p. 17.

clinique ne peut courir le risque d'engager sa responsabilité médicale, que si elle se donne par ailleurs les moyens d'agir directement sur la façon dont la médecine est exercée par ce praticien. Sur ce dernier point, la critique ne paraît pas insurmontable, la clinique engage sa responsabilité du fait de l'activité d'un médecin salarié. Or le contrat salarié ne porte pas atteinte à l'indépendance professionnelle du médecin, il devrait en être *a fortiori* ainsi quand le médecin exerce à titre libéral, car la subordination issue du contrat de travail ne porte que sur l'organisation générale de l'activité du médecin salarié et doit laisser à ce dernier sa pleine indépendance thérapeutique. La clinique ne saurait exercer son autorité dans l'accomplissement des actes médicaux. Cela est imposé non seulement par les règles déontologiques de la profession mais aussi par des règles légales d'ordre public : des tiers non habilités à exercer la médecine ne sauraient s'immiscer dans l'accomplissement des actes médicaux.

Ces critiques ont eu raison de cette tendance des juges du fond à admettre la responsabilité de la clinique du fait d'un médecin libéral, puisque la Cour de cassation a réaffirmé clairement sa position dans un arrêt du 26 mai 1999 : une clinique n'est responsable de la faute de l'un de ses médecins que s'il est son salarié. En l'espèce, après avoir subi une intervention chirurgicale dans une clinique privée, un patient a souffert de divers troubles sensitifs et moteurs dus à des fautes techniques du chirurgien commises au cours de l'intervention. La clinique et le chirurgien qui avait opéré furent condamnés à réparer le dommage subi par le patient, mais, pour justifier la condamnation de la clinique sur une base contractuelle, la cour d'appel se bornait à constater le lien contractuel unissant la clinique au patient. La Cour de cassation censura sur ce point la cour d'appel pour n'avoir pas recherché si le praticien exerçait dans la clinique à titre salarié. Elle ne reproche pas à la cour d'appel d'avoir admis le principe d'une responsabilité contractuelle de la clinique du fait du chirurgien. Bien au contraire, elle énonce qu'« *en vertu du contrat d'hospitalisation et de soins le liant au patient, un établissement de santé privé est responsable des fautes commises tant par lui-même, que par ses substitués ou ses préposés qui ont causé un préjudice à ce patient* ». Cependant la Cour de cassation subordonne expressément cette responsabilité « *à la condition que ce médecin soit son salarié* ». Cette limitation de la responsabilité contractuelle de la clinique du fait de ses médecins ne paraît nullement s'imposer pour M. JOURDAIN. « *Pourquoi ne pas admettre qu'un établissement de santé privé puisse être responsable d'un médecin exerçant en son sein à titre libéral* »¹²⁹ ? Dans son rapport sur l'affaire M. le conseiller SARGOS évoque deux raisons, d'une part lorsque le médecin exerce à titre libéral, il passe lui-même un

contrat avec le malade, et d'autre part, la responsabilité de la clinique contrarierait les évolutions récentes de la jurisprudence de la Cour de cassation qui entend maintenir fermement le principe de l'indépendance professionnelle des médecins¹³⁰.

Si le médecin est salarié, il est exact que le malade ne peut contracter qu'avec la clinique et non le médecin. Mais si le médecin exerce à titre libéral, il n'y a pas automatiquement deux contrats distincts, l'un d'hospitalisation avec la clinique, l'autre médical avec le médecin. On retrouve le problème de savoir si le malade a entendu conclure avec l'établissement ou avec le médecin qu'il a choisi. M. JOURDAIN souligne que si la malade s'est adressé à la clinique parce que le médecin qu'il avait préalablement choisi, y exerce, alors le contrat médical est certainement conclu avec le médecin ; sinon, il serait plus réaliste d'admettre que c'est avec la clinique que ce contrat a été conclu, comme dans le cas où le médecin est salarié¹³¹. Cependant, la même critique peut être formulée, ce critère apparaît toujours aussi incertain. Quant à l'indépendance professionnelle du médecin exerçant à titre libéral évoquée par M. SARGOS, on ne voit pas en quoi elle serait menacée par la responsabilité contractuelle de la clinique. Il semble que l'admission d'une médecine salariée est plus susceptible d'entamer l'indépendance « inaliénable » du médecin que la constatation d'un contrat médical avec la clinique.

Ainsi, en l'état actuel de la jurisprudence, la clinique n'est responsable des fautes commises par un de ses médecins que s'il est son salarié.

- Si on opte pour la conception restrictive, responsabilité contractuelle du fait de l'activité du médecin salarié : Il n'apparaît plus nécessaire de rechercher la responsabilité de la clinique du fait du médecin pour garantir l'indemnisation de la victime, puisqu'il suffira de rechercher la responsabilité personnelle du médecin, l'assurance de l'établissement couvrira les dommages occasionnés par son salarié. En effet, l'article L. 1142-2 alinéa 4 du Code de la santé publique prévoit que « l'assurance des établissements (...) couvre leurs salariés agissant dans la limite de la mission qui leur a été impartie, même si ceux-ci disposent d'une indépendance dans l'exercice de l'art médical ».
- Même si on opte pour une vision extensive, à savoir que la clinique serait responsable du fait de l'activité du médecin libéral, ce que ne permet pas actuellement la jurisprudence, le médecin exerçant à titre libéral est dans l'obligation de s'assurer, il n'est dès lors pas utile d'avoir recours à la

¹³⁰ SARGOS (P.), rapport Cass. 1^{ère} Civ., 26 mai 1999, J.C.P. 1999, II, 10112, pp. 1193-1195.

¹³¹ JOURDAIN (P.), *op. cit.* note n°110.

responsabilité de la clinique du fait du médecin. La victime sera indemnisée par l'assureur du médecin libéral. Si ce dernier ne respecte pas son obligation de souscrire une assurance, non seulement, il sera sanctionné¹³² mais ce défaut ne sera pas supporté par la victime. En effet, l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux se substituera à l'absence d'assureur¹³³.

S'agissant de la responsabilité délictuelle du fait d'autrui

Lorsque la responsabilité engagée à raison de la faute d'un médecin est délictuelle, la victime qui cherche un répondant comme la clinique doit se placer sur le terrain de l'article 1384 alinéa 5, régissant la responsabilité des commettants¹³⁴. La difficulté tient à l'attribution de la qualité de préposé au médecin fautif. Traditionnellement la responsabilité de la clinique n'était engagée que du fait de l'activité du médecin salarié, alors qu'a priori les notions de préposés et de subordonnés sont différentes.

Après quelques hésitations, la Cour de cassation a admis par un arrêt de la chambre criminelle du 5 mars 1992 que le médecin salarié pouvait recevoir la qualité de préposé. Elle reconnaît ainsi la responsabilité de la « croix rouge » du fait de l'activité d'un médecin salarié¹³⁵.

La qualité de salarié d'un médecin n'est plus aujourd'hui discutée. Le Code de déontologie lui-même envisage expressément l'exercice salarié de la médecine (article 95). En effet, la notion de subordination juridique s'est considérablement élargie, c'est plutôt l'idée d'appartenance à l'entreprise et l'intégration du subordonné dans un service organisé qui caractérise le contrat de travail qu'un contrôle de l'employeur directement exercé sur le travail accompli. La Cour de cassation constate que « *l'indépendance professionnelle dont jouit le médecin dans l'exercice de son art n'est pas incompatible avec l'état de subordination qui résulte d'un contrat de louage de services le liant à un tiers* »¹³⁶. D'autres professionnels jouissant d'une indépendance technique se sont vus reconnaître la qualité de salarié, comme les avocats ou les notaires.

Si l'indépendance du médecin est compatible avec sa qualité de salarié, est-il certain qu'elle soit également conciliable avec celle de préposé ? La qualité de préposé a été contestée pour le médecin. En effet, le préposé est celui qui, au moment où il accomplit une tâche, se trouve en situation de subordination. Il n'y aurait pas de statut de préposé, mais des « situations » dans

¹³² V. art L. 1142-25 du CSP : 45 000 euros d'amende ainsi qu'une peine complémentaire d'interdiction professionnelle et des sanctions disciplinaires.

¹³³ V. art L. 1142-15 al 1^{er} du CSP.

¹³⁴ V. nos développements sur les hypothèses de responsabilité délictuelle, *supra*, introduction.

¹³⁵ Cass. Crim, 5 mars 1992, J.C.P. 1993, II, 22013, pp. 100- 102, note CHABAS (F.)

¹³⁶ *Ibid.*

lesquelles on est préposé : on est préposé à une tâche. Le préposé est une personne qui agit pour le compte de quelqu'un et se trouve à un moment donné sous la subordination juridique de cette autre personne, le commettant, qui peut lui donner des ordres, qui a sur elle un droit de direction, de surveillance et de contrôle¹³⁷. Dès lors, le médecin même salarié ne pourrait pas être préposé à une tâche en raison de son indépendance professionnelle. Mais, comme le souligne M. JOURDAIN, on peut se demander si parallèlement à l'évolution des critères du contrat de travail, la notion de lien de préposition n'a pas elle aussi, de son côté, évoluée dans le sens de l'élargissement¹³⁸. Or il semble, effectivement que l'on ne s'attache plus seulement aujourd'hui, à la subordination juridique résultant de l'autorité du commettant qui caractérisait traditionnellement le lien de préposition. C'est de plus en plus le fait d'agir dans l'intérêt et pour le compte d'autrui, de se mettre au service d'autrui, en se soumettant à certaines sujétions dans le cadre d'une entreprise ou d'une activité déterminée qui caractérise le lien de préposition¹³⁹. L'évolution du lien de préposition résulte certes de l'évolution des critères du contrat de travail mais aussi de la volonté d'imputer directement à l'entreprise, et plus généralement à celui qui profite de l'activité exercée, les risques de cette activité. Dès lors, « le préposé n'est plus seulement celui qui se soumet à des ordres sur la façon d'exécuter le travail ; ce peut être aussi le salarié qui, techniquement indépendant, se plie à certaines contraintes administratives. Ainsi, dans le domaine médical, la Cour de cassation a admis qu'une clinique puisse être délictuellement responsable du fait de l'activité d'une sage-femme. En effet, il importait peu que l'établissement hospitalier ne fût pas autorisé à lui donner des instructions de caractère technique sur la manière d'exercer sa profession en raison de l'indépendance professionnelle dont elle jouissait¹⁴⁰. Puis la Cour de cassation a consacré la responsabilité délictuelle de la clinique du fait du médecin salarié dans l'arrêt du 5 mars 1992¹⁴¹.

Il reste à savoir si le médecin peut également être préposé de la clinique sans être son salarié.

Lorsque le médecin n'est pas le salarié de la clinique, le support du contrat de travail disparaît ainsi, que le lien de subordination juridique et l'obligation de se soumettre à certaines sujétions. Si la relation de travail est l'archétype du lien de préposition, la qualité de salarié n'est pas une condition nécessaire. Un médecin pourrait se voir attribuer la qualité de préposé s'il se soumet « *à des contraintes administratives relatives à l'organisation de son activité,*

¹³⁷ V. BUFFELAN-LANORE (Y.), *Droit civil, deuxième année*, Armand Colin, 6^{ème} éd., 545p., p. 405.

¹³⁸ V. JOURDAIN (P.), « La responsabilité du fait d'autrui en droit médical », P. Aff. 22 septembre 1999, pp. 29-35, p. 33.

¹³⁹ *Ibid.*

¹⁴⁰ Cass. Crim. 13 décembre 1983, Bull. crim., n° 342.

¹⁴¹ Cass. Crim. 5 mars 1992, J.C.P. 1993, II, 22013, pp. 100- 102, note CHABAS (F.).

sans perdre pour autant son indépendance technique »¹⁴². Un arrêt du 22 mars 1988 de la chambre criminelle illustre parfaitement cette hypothèse, hors du domaine médical. En effet, il y est énoncé qu'un artisan « indépendant » qui installe des appareils électroménagers peut être le préposé de la société vendant les appareils installés dès lors qu'il reçoit des ordres et les exécute sous le contrôle de la société. M. JOURDAIN indique que cet arrêt reconnaît que l'indépendance technique et juridique est compatible avec la qualité de salarié. Pourtant, il s'oppose comme la jurisprudence à reconnaître que la clinique puisse être délictuellement responsable de l'activité d'un médecin non salarié. Cet auteur souligne que le médecin « *doit, sans doute, se soumettre à une certaine discipline collective, mais il ne se met nullement au service d'autrui, il exerce pour son propre compte et a une clientèle propre* »¹⁴³. Mme PORCHY-SIMON estime elle aussi qu'il paraît « fort improbable », que la clinique puisse être responsable du fait du médecin libéral sur le fondement de l'article 1384 al 5 du Code civil¹⁴⁴. Cet auteur relève l'évolution de notion de préposition, qui ne nécessite plus désormais une réelle subordination au commettant, mais indique qu'il faut au minimum que le préposé agisse *pour le compte, et au profit de celui-ci*¹⁴⁵. Or le médecin libéral « *ne satisfait à aucun de ces deux critères, puisqu'il accomplit les soins pour son propre compte, perçoit directement les honoraires de son client, et dispose d'une clientèle personnelle* »¹⁴⁶. L'établissement de santé privé ne semble donc pas pouvoir être déclaré responsable du fait du médecin libéral sur le plan délictuel, car celui-ci n'est pas son préposé.

- Si on opte pour la conception traditionnelle, à savoir la responsabilité délictuelle de la clinique du fait de l'activité du médecin salarié : il n'est plus nécessaire de rechercher la responsabilité de la clinique du fait du médecin pour garantir l'indemnisation de la victime, puisqu'il suffira de rechercher la responsabilité personnelle du médecin, l'assurance de l'établissement couvrira les dommages occasionnés par son salarié. L'article L. 1142-2 alinéa 4 du Code de la santé publique prévoit que « l'assurance des établissements (...) couvre leurs salariés agissant dans la limite de la mission qui leur a été impartie, même si ceux-ci disposent d'une indépendance dans l'exercice de l'art médical ».

¹⁴⁴PORCHY-SIMON (S.), « regard critique sur la responsabilité civile de l'établissement de santé privé du fait du médecin », *droit et économie de l'assurance et de la santé, mélanges LAMBERT*, Dalloz 2002, pp. 361-374, p. 373.

¹⁴⁵ V. notamment LE TOURNEAU (P.) et CADIET (L.), *droit de la responsabilité*, Dalloz action, n° 3506 et s.

¹⁴⁶ PORCHY-SIMON (S.), « regard critique sur la responsabilité civile de l'établissement de santé privé du fait du médecin », *droit et économie de l'assurance et de la santé, mélanges LAMBERT*, Dalloz 2002, p. 361-374, p.373.

- Même si on opte pour une vision extensive, ce que ne permet pas actuellement la jurisprudence et dont la majorité de la doctrine ne souhaite pas : le médecin exerçant à titre libéral est dans l'obligation de s'assurer, il n'est dès lors pas utile d'avoir recours à la responsabilité de la clinique du fait du médecin pour garantir l'indemnisation de la victime. La victime sera indemnisée par l'assureur du médecin libéral. Si ce dernier ne respecte pas son obligation de souscrire une assurance, non seulement, il sera sanctionné¹⁴⁷ mais ce défaut ne sera pas supporté par la victime. En effet, l'office national d'indemnisation des accidents médicaux se substituera à l'absence d'assureur¹⁴⁸.

2- les rapports « établissements de santé privés/auxiliaires médicaux » :

Les rapports entre les établissements de santé privé et les auxiliaires médicaux au sens du Code de la santé publique, c'est-à-dire les infirmiers ou les infirmières, masseurs kinésithérapeutes, orthophonistes, orthoptistes, ergothérapeutes, psychomotriciens, manipulateur d'électroradiologie médicale, diététiciens s'organisent normalement à travers un contrat écrit qui peut prévoir un exercice libéral ou un exercice salarié.

La responsabilité de la clinique du fait de l'activité des auxiliaires médicaux salariés peut poser quelques problème lorsqu'ils assistent un médecin. Les auxiliaires médicaux sont en principe sous la responsabilité de l'établissement de santé car ils sont liés à celui-ci par un contrat de travail. Seulement lors de la réalisation d'une opération, il s'effectue souvent un transfert des responsabilités. En effet, ce personnel effectue des actes sous la surveillance du praticien ou sur ses ordres. Ainsi, la responsabilité de la clinique peut s'effacer derrière celle du médecin. Cette solution a été rappelée par la Cour de cassation dans l'arrêt du 13 mars 2001, même si dans cette affaire c'est finalement la responsabilité de la clinique qui a été engagée, car la victime était le praticien lui-même. La haute juridiction énonce qu' « *en vertu de l'indépendance professionnelle dont il bénéficie dans l'exercice de son art, un médecin répond des fautes commises au préjudice de ses patients par les personnes qui l'assistent lors d'un acte médical d'investigation ou de soins, alors même que ces personnes seraient les préposés de l'établissement de santé où il exerce* ». Le commettant est celui qui a le pouvoir de donner des ordres, au préposé relativement à la tâche à accomplir. Lorsqu'un préposé est mis temporairement à la disposition d'un autre, la responsabilité pèse sur celui des deux qui disposait du pouvoir de donner des ordres au préposé qui a causé le dommage. En matière

¹⁴⁷ V. art L. 1142-25 du CSP : 45 000 euros d'amende ainsi qu'une peine complémentaire d'interdiction professionnelle et des sanctions disciplinaires.

¹⁴⁸ V. art L. 1142-15 al 1^{er} du CSP.

médicale cela signifie que l'infirmier préposé habituel de la clinique avec laquelle il a conclu un contrat de travail, prend, pour les actes qu'il exécute sous l'autorité du chirurgien au cours de l'opération la qualité de préposé de celui-ci, critère parfois difficile à mettre en œuvre. La qualité de préposé est liée à la nature des actes accomplis par l'infirmier et à la surveillance qu'exerce le médecin sur l'infirmier à cette occasion : soit le médecin ne surveille pas l'acte de l'infirmier, d'où la responsabilité de la clinique, soit le médecin surveille l'acte de l'infirmier, d'où la responsabilité du médecin. Cependant dans l'arrêt du 13 mars 2001, la cour d'appel avait estimé que les négligences imputables à l'infirmière relevaient de sa compétence de penseuse, et en avait donc déduit que ces simples actes d'exécution ne lui ont pas fait perdre sa qualité de préposé habituel de la clinique. Le pourvoi invoquait au contraire le déplacement du lien de préposition, car l'infirmière « *étant placée, au cours de l'intervention sous la seule autorité du praticien, la clinique ne pouvait être responsable des dommages causés* ». La qualité de commettant avait été perdue par la clinique, et corrélativement acquise par le médecin (commettant occasionnel). La Cour de cassation confirme la responsabilité de la clinique du fait de l'infirmière, sans rechercher classiquement s'il y avait eu transfert du rapport d'autorité, car en l'espèce, la victime était le praticien. Cette décision, comme le souligne Mme GENCY-TANDONNET, est justifiée en équité plus qu'en droit. Elle a été inspirée « *par la nécessité d'indemniser la victime, et par le souci de ne pas faire peser la charge définitive de la réparation sur l'infirmière* »¹⁴⁹.

La qualité de préposé de l'infirmière ne devrait pas se limiter au cas où l'auxiliaire médicale serait le salarié de la clinique. Car le lien de préposition est factuel et non contractuel. De plus la Cour de cassation dans l'arrêt du 13 mars 2001 ne lie pas à la différence de la chambre criminelle ou civile la responsabilité du fait d'autrui à la qualité de salarié, elle énonce que le médecin peut « *rechercher la responsabilité de la clinique pour les fautes commises à son préjudice par un préposé de cette dernière* »¹⁵⁰. Cependant, dans cette espèce, le lien est implicite, l'infirmière est liée par un contrat de travail à la clinique, la Cour de cassation induit le rapport de préposition et la responsabilité de la clinique du fait du préposé de l'existence de ce contrat de travail. Cette approche se rattache à un courant doctrinal moderne mis en avant par le doyen SAVATIER, qui lie la qualité de préposé à celle de salarié, du fait de la

¹⁴⁹ GENCY-TANDONNET (D.), note sous Cass. 1^{ère} Civ., 13 mars 2001, Gaz. Pal. mars-avril 2002, pp. 387-390, p. 390.

¹⁵⁰ Cette formule doit être rapprochée d'expression marquant un lien étroit entre la conclusion d'un contrat de soins entre le patient et la clinique (la responsabilité contractuelle de la clinique du fait d'un médecin salarié envers le patient) et la conclusion d'un contrat de travail entre le médecin et la clinique : V. Cass. 1^{ère} Civ. 4 juin 1991, J.C.P. 1991, II, 21730, pp. 317- 320, note SAVATIER (J.). (« *le contrat de soins avait été conclu entre M. Boksenbaum et la fondation, dont M. Bouaziz était médecin salarié* »); V. également Civ, 26 mai 1999, RTD.Civ. 1999, p. 634-636, note JOURDAIN (P.).

subordination économique et sociale du préposé. Cependant, cette nouvelle interprétation du lien de préposition est critiquable en ce que la qualité de préposé n'est présumée que chez le salarié. En conséquence, le transfert du lien de préposition devient exceptionnel, puisqu'il ne dépend plus des circonstances de fait révélant le pouvoir de donner des ordres. Ainsi la victime d'une personne non salariée devra prouver le rapport d'autorité d'une tierce personne sur l'auteur du dommage, pour que la responsabilité de celle-ci soit retenue en sa qualité de commettant, alors que cette même qualité de commettant est présumée si l'auteur du dommage est son salarié. C'est l'équité qui conduit la Cour de cassation à retenir plus facilement la responsabilité de la clinique (bénéficiaire d'une assurance responsabilité chef d'entreprise...) par application de l'analyse moderne du lien de préposition.

Or le jeu de l'assurance désormais obligatoire des établissements de santé privé et des médecins exerçant à titre libéral pourrait mettre fin à ces difficultés.

Dans l'hypothèse où ce serait classiquement la responsabilité du médecin et non de la clinique qui serait engagée du fait de l'activité de l'auxiliaire médical. Il n'est pas nécessaire d'engager la responsabilité de la clinique pour que le jeu de l'assurance trouve à s'appliquer. En effet, si l'auxiliaire médical est le salarié de la clinique, l'assurance de l'établissement couvrira les dommages causés par son salarié dès lors qu'il a agi dans les limites de sa mission, en assistant le médecin qui exerce au sein de la clinique, l'auxiliaire médical remplit sa mission. Si l'auxiliaire médical exerce à titre libéral, la victime n'a plus à démontrer l'éventuel lien de préposition entre l'auteur du dommage et la clinique, afin de bénéficier d'une garantie de paiement de l'indemnisation, puisque l'auxiliaire médical a l'obligation de s'assurer pour les dommages occasionnés dans l'exercice de son activité.

De même dans l'hypothèse de l'arrêt du 13 mars 2001, il n'est plus nécessaire de rechercher la responsabilité de la clinique du fait de l'auxiliaire médical, puisque les dommages causés par ce dernier seront pris en charge par l'assurance de l'établissement.

M. radé estime curieusement que l'article L.1142-2 alinéa 4 du Code de la santé publique qui prévoit que « l'assurance des établissements (...) couvre leurs salariés agissant dans la limite de la mission qui leur a été impartie, même si ceux-ci disposent d'une indépendance dans l'exercice de l'art médical », ne concerne pas tous les professionnels de santé visés par le livre IV du Code de la santé publique, mais seulement les médecins, semblent donc exclure les dommages occasionnés par les auxiliaires médicaux. Rien ne permet cependant de confirmer cette interprétation restrictive de l'alinéa 4 de l'article L.1141-2 CSP. D'après cet alinéa l'assurance des établissements couvre « leurs salariés » de manière générale, pas seulement les

médecins. Certes l'alinéa 4 précise « même si ceux-ci disposent d'une indépendance dans l'exercice de l'art médical », les termes « même si » équivalent à outre le fait. Tous les salariés ne doivent pas obligatoirement bénéficier d'une indépendance de l'art médical. Il convient de préciser que les auxiliaires médicaux tout comme les médecins bénéficient d'une indépendance professionnelle. De plus, le rapport de M. EVIN au nom de la commission des affaires culturelles précise que l'obligation d'assurance s'impose à tous « *les professionnels de santé exerçant à titre libéral* », soit les professionnels de santé mentionnés à la quatrième partie du code de la santé publique. Par ailleurs les professionnels de santé qui ont le statut de salarié bénéficient de l'assurance de leur employeur (clinique, dispensaire...) eux-mêmes soumis à l'obligation d'assurance en vertu de la loi¹⁵¹.

La nature des rapports entre les membres des professions médicales et les professionnels de santé qui l'assistent.

L'exercice collectif de la médecine est le siège privilégié de la responsabilité du médecin du fait d'autrui. L'hypothèse est illustrée le plus souvent par la responsabilité du chirurgien ou obstétricien, en tant que chef de l'équipe médicale, du fait de membres de cette équipe, c'est-à-dire du fait des subordonnés, auxiliaires médicaux (2) ou d'autres médecins (1), notamment d'un anesthésiste.

1- les rapports entre un membre d'une profession de santé et un autre

Les médecins, chirurgiens-dentistes et sages-femmes peuvent exercer à titre libéral, être les salariés d'un établissement de santé ou plus rarement salariés d'un autre professionnel de santé¹⁵². Au sein des rapports entre un membre d'une profession de santé et un autre, c'est la responsabilité du chirurgien du fait de l'anesthésiste qui soulève le plus de difficultés, et sur laquelle nous raisonnerons pour l'essentiel¹⁵³. Il convient cependant de distinguer la mise en jeu de la responsabilité contractuelle du fait d'autrui de celle délictuelle.

La responsabilité contractuelle du fait d'autrui :

Lorsque le dommage est causé par une personne à laquelle le médecin a eu recours pour l'exécution du contrat médical, il doit en principe en répondre contractuellement. Ainsi, le chirurgien d'une clinique pouvait-il être déclaré contractuellement responsable du fait d'autrui, en cas de dommage causé par un anesthésiste. Le principe en a été posé par un arrêt déjà ancien de la première chambre civile de la Cour de cassation en date du 18 octobre 1960,

¹⁵¹ V. DEMEESTER (M.L.), « l'assurance des risques de santé et la loi n°2002-303 du 4 mars 2002 », R.D.sanit.soc. octobre-décembre 2002.

¹⁵² Cass. Crim. 5 mars 1992, J.C.P. 1993, II, 22013, pp. 100- 102, note CHABAS (F.) : « l'indépendance professionnelle dont jouit le médecin dans l'exercice même de son art n'est pas incompatible avec l'état de subordination qui résulte d'un contrat de louage de services le liant à un tiers ».

¹⁵³ V. GUIGUE (J.) et ESPER (C.), « la responsabilité du fait anesthésique », Gaz. Pal. 23 octobre 1998.

« le chirurgien investi de la confiance de la personne sur laquelle il va pratiquer une opération (...) doit répondre des fautes que peut commettre le médecin auquel il a recours pour l'anesthésie, et qu'il se substitue, en dehors du consentement du patient, pour l'accomplissement d'une partie inséparable de son obligation »¹⁵⁴. Cette solution a été critiquée mais aucune des objections soulevées ne paraissent pertinentes. Il lui a été reproché de porter atteinte à l'indépendance technique du médecin dans l'exercice de son art. Mais la responsabilité contractuelle du fait d'autrui à la différence de la responsabilité délictuelle ne suppose aucun lien de subordination, ni de préposition. On lui a aussi reproché son caractère artificiel, dans la mesure où le chirurgien ne peut s'engager à procéder à l'anesthésie en raison de ses compétences limitées dans ce domaine. Mais un contractant peut parfaitement s'engager à une prestation dont il n'a pas la compétence, du moment où il la fait exécuter par une personne compétente¹⁵⁵. Cependant, le principe a régulièrement évolué et n'a aujourd'hui plus réellement lieu d'être, dans la mesure où le décret du 5 décembre 1994, complété par le décret du 13 décembre 2000, en rendant la consultation pré anesthésique obligatoire, a créé un lien contractuel entre le patient et l'anesthésiste, duquel découle une responsabilité contractuelle propre de l'anesthésiste. La tendance est donc à l'autonomie des responsabilités du chirurgien et de l'anesthésiste¹⁵⁶, d'autant plus que la jurisprudence admet volontiers les contrats tacites avec les anesthésistes¹⁵⁷. Elle se fonde sur une présomption de mandat donné au chirurgien pour le choix de l'anesthésiste, mandat qui est ensuite ratifié par le patient à l'occasion de l'examen préopératoire. La difficulté peut résulter du fait que l'anesthésiste vu en consultation pré anesthésique n'est pas toujours le même praticien qui effectue l'anesthésie, d'où une pluralité de contrats tacites. Mais peut-on parler de contrat tacite, car il n'y a pas de véritable ratification ? Désormais, le chirurgien ne peut plus être responsable des fautes de l'anesthésiste, sauf cas très particuliers, notamment s'il a choisi personnellement l'anesthésiste et que ce dernier n'a pas vu au préalable le patient. On rencontrera ces situations dans les cas d'urgence ou encore lorsque interviennent des équipes d'anesthésistes réanimateurs¹⁵⁸.

¹⁵⁴ Cass. 1^{ère} Civ. 18 octobre 1960, J.C.P. 1960, II, 11846, note SAVATIER (R.) ; Gaz.Pal. 1960, p. 289.

¹⁵⁵ V. les objections soulevées à l'encontre de la responsabilité du chirurgien du fait de l'anesthésiste en détail, JOURDAIN (P.), « la responsabilité du médecin du fait d'autrui », Resp. Civ. Ass. hors série juillet-août 1999, pp. 16- 18.

¹⁵⁶ V. pour une vue d'ensemble de l'évolution des responsabilités du chirurgien et de l'anesthésiste, FABRE (H.), « Responsabilité conjointe ou partagée de l'anesthésiste et du chirurgien (ou obstétricien) », Méd. § Droit janvier-février 1997, pp. 9- 13.

¹⁵⁷ V. Cass. 1^{ère} Civ. 27 mai 1971, J.C.P. 1971, II, 16833, note SAVATIER (R.).

¹⁵⁸ selon M. JOURDAIN (P.), « La responsabilité du fait d'autrui en droit médical », P. Aff. 22 septembre 1999, pp. 29-35, p. 31.

Ainsi, les rares cas de responsabilité contractuelle du chirurgien du fait de l'anesthésiste peuvent disparaître sans que la victime des fautes de l'anesthésiste ne subisse un quelconque préjudice. Si l'anesthésiste exerce à titre libéral, il est soumis à l'obligation d'assurance. S'il exerce à titre salarié de la clinique, l'assureur de l'établissement prendra en charge le montant des réparations dues par l'anesthésiste dès lors qu'il a agi dans les limites de sa mission. S'il est salarié d'un autre médecin, la situation est plus délicate.

Le médecin auteur du dommage, exerçant à titre salarié, n'est pas soumis à l'obligation d'assurance professionnelle et l'indemnisation des dommages est prise en charge par l'assureur de l'employeur que si ce dernier est un établissement de santé d'après l'article L.1142-2 alinéa 4 du Code de la santé publique.

La responsabilité délictuelle du fait d'autrui.

Lorsque la responsabilité du médecin est délictuelle, la responsabilité du fait d'autrui sera celle des commettants du fait de leurs préposés de l'article 1384 al 5 du Code civil. Si le dommage est causé par un personnel salarié du médecin, ce texte s'applique en principe sans difficultés. Le problème surgit lorsque le dommage est causé par un professionnel indépendant comme un médecin, peut-il être préposé d'un médecin, chirurgien, obstétricien ?

L'attribution de la qualité de préposé à un médecin a fait l'objet d'un revirement de jurisprudence lorsqu'est en cause une clinique¹⁵⁹. Cette qualité lui a été reconnue à la condition qu'il soit le salarié de l'établissement de santé privé. Ainsi, cette solution devrait *a fortiori* s'imposer pour les médecins salariés d'autres médecins. Car comme le souligne M. JOURDAIN, « *en raison de sa compétence technique, un médecin qui emploie un autre a évidemment une plus grande aptitude à être désignée commettant qu'un établissement hospitalier* »¹⁶⁰.

¹⁵⁹ V. nos développements, *supra*.

¹⁶⁰ JOURDAIN (P.), « la responsabilité du médecin du fait d'autrui », Resp. Civ. Ass. hors série juillet-août 1999, pp. 16- 18, p. 17.

Il convient de se demander si un médecin exerçant à titre libéral peut être le préposé d'un autre médecin dès lors qu'il se soumet à des sujétions administratives relatives à l'organisation de l'activité. Lorsqu'un médecin assiste un autre médecin, spécialement l'anesthésiste assistant le chirurgien, ne doit-on pas considérer qu'il devient un préposé occasionnel ? S'il exerce de façon indépendante et reste, dans sa spécialité, maître de sa technique, il n'en est pas moins soumis, pendant toute la durée de l'intervention, au pouvoir général de surveillance du chirurgien au service duquel il se met. Le chirurgien en tant que chef de l'équipe chirurgicale a la conduite et l'organisation générale de l'intervention et a le pouvoir de direction de celle-ci ; lequel pouvoir peut se traduire par certaines instructions.

Il n'y aurait dans ces circonstances, d'après M. JOURDAIN, « rien d'incongru à lui reconnaître la qualité de commettant de l'anesthésiste »¹⁶¹. Un rapprochement peut être opéré avec la situation dans laquelle les préposés d'une clinique sont mis à la disposition d'un médecin, et notamment d'un chirurgien pour une opération. La jurisprudence estime qu'ils deviennent les préposés occasionnels du médecin pour les actes qu'ils accomplissent sous sa surveillance médicale directe. Mais aucune décision récente n'adhère à cette solution, car elle se concilie mal avec l'interdiction faite au médecin d'aliéner son indépendance professionnelle (art 5 du Code de déontologie). De plus la jurisprudence s'oppose à reconnaître que la clinique puisse être délictuellement responsable de l'activité d'un médecin non salarié. L'argument essentiel est que le médecin doit, sans doute, se soumettre à une certaine discipline collective, mais il ne se met nullement au service d'autrui, il exerce pour son propre compte et a une clientèle propre. On peut dès lors se demander en quoi le médecin libéral exerce pour le compte ou au service du médecin qu'il assiste.

- Si le médecin exerce à titre libéral, en principe il n'existe pas de responsabilité délictuelle du médecin du fait d'un autre médecin. Mais si tel était le cas, le médecin, auteur du dommage a l'obligation de s'assurer. Par voie de conséquence, la victime n'a pas à craindre la disparition de la responsabilité du fait d'autrui.
- Si le médecin est salarié d'un autre médecin, la disparition de la responsabilité du fait existante en principe en jurisprudence pose plus de problème. Certes nous ne disposons d'aucun exemple jurisprudentiel, mais dans une telle hypothèse, le médecin auteur du dommage, exerçant à titre salarié, n'est pas soumis à l'obligation d'assurance professionnelle et l'indemnisation des dommages est prise en charge par l'assureur de l'employeur que si ce dernier est un établissement de

¹⁶¹ JOURDAIN (P.), « La responsabilité du fait d'autrui en droit médical », P. Aff. 22 septembre 1999, pp. 29-35, p. 35.

santé d'après l'article L. 1142-2 alinéa 4 du Code de la santé publique. La victime se trouverait donc dans une situation délicate si la responsabilité du fait d'autrui venait à disparaître, elle ne disposerait plus que d'un seul répondant.

2- les rapports entre un membre d'une profession médicale et les auxiliaires médicaux :

Ces derniers peuvent exercer à titre libéral, être salariés d'un établissement de santé ou salariés des médecins, chirurgiens-dentistes ou sages-femmes.

Si les différentes conditions de la responsabilité contractuelle ou délictuelle du fait d'autrui sont réunies, un médecin peut sans difficulté être reconnu responsable du fait de l'activité dommageable d'un auxiliaire médical, qu'il soit salarié ou qu'il exerce à titre libéral. Plusieurs hypothèses ont déjà été évoquées, non seulement « *un médecin répond des fautes commises au préjudice des patients par les personnes qui l'assistent lors d'un acte médical d'investigation ou de soins, alors même que ces personnes seraient les préposés de l'établissement de soins où il exerce* »¹⁶², mais le médecin peut aussi se voir reconnaître la qualité de commettant même occasionnellement, des auxiliaires médicaux qui l'assistent. Cela a été jugé pour rendre responsable un chirurgien de la maladresse ou de l'imprudence commise par une infirmière qui avait fait une piqûre à un patient préalablement à l'intervention, sur l'ordre et en la présence de ce praticien, l'infirmière étant alors, au sens de l'article 1384 alinéa 5 du Code civil, la préposée du chirurgien¹⁶³.

Les solutions relatives au maintien de la garantie de l'indemnisation des victimes de dommages médicaux suite à la disparition de la responsabilité du fait d'autrui sont identiques que le médecin soit assisté d'un auxiliaire médical ou d'un autre médecin. Nous pouvons donc opérer une synthèse sur ce point.

- Si les professionnels de santé exercent à titre libéral, la responsabilité du fait d'autrui est dans cette hypothèse rare sauf pour les auxiliaires médicaux et sa disparition ne posera pas de problème. En effet, ils sont tenus de s'assurer personnellement, la garantie de l'indemnisation de la victime est assurée, le recours à la responsabilité du fait d'autrui n'apparaît plus nécessaire pour la victime.
- Si les professionnels de santé exercent à titre salarié d'un médecin, la situation semble plus compromise pour la garantie de l'indemnisation de la victime. Le dispositif d'assurance mise en place par la loi du 4 mars 2002 ne prend pas le relais

¹⁶² Hypothèse de responsabilité contractuelle du fait d'autrui, Cass. 1^{ère} Civ. 13 mars 2001, précité note 130.

¹⁶³ Cass. 1^{ère} Civ. 15 novembre 1955, D. 1956, p.113, note SAVATIER, dans le même sens voir Cass. Crim. 18 novembre 1976, J.C.P. 1977, éd. G., II, 18617.

de la responsabilité du fait d'autrui vis à vis de la victime dans cette hypothèse. Car seule l'assurance des établissements de santé couvre les dommages causés par un fait fautif d'un professionnel de santé. Ainsi, le professionnel de santé salarié d'un médecin ne bénéficie pas de l'assurance obligatoirement souscrite par le médecin exerçant à titre libéral. Dans cette hypothèse la responsabilité du fait d'autrui conserve un intérêt pour la victime d'un dommage médical.

B- Le critère des limites de la mission : la distinction entre mission et fonction

L'article L.1142-2 al 4 du Code de la santé publique prévoit que « l'assurance des établissements (...) couvre leurs salariés agissant dans la limite de la mission qui leur a été impartie ». Il faut donc que le salarié ait agi dans « la limite de la mission » qui lui a été impartie, pour que la victime voit son indemnisation garantie. Quand il excède les limites de sa mission, l'assurance de l'établissement ne joue plus, la responsabilité du fait d'autrui pourrait donc retrouver une utilité pour la victime. Mais dans une telle hypothèse, les conditions de la responsabilité du fait d'autrui sont-elles remplies ? Sur le plan délictuel, le commettant peut échapper à sa responsabilité du fait du préposé s'il établit l'abus de fonction du préposé. La question est donc de savoir si les notions d'abus de fonction et d'excès de mission se confondent, si tel était le cas, les hypothèses de responsabilité du fait d'un professionnel de santé salarié coïncideraient avec la mise en jeu de l'assurance de l'établissement couvrant ses salariés.

Cette notion d'excès de mission a fait une entrée remarquée sur la scène juridique dans le domaine de la responsabilité antérieurement à la loi du 4 mars 2002. C'est l'arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du 25 février 2000 qui y fait expressément référence, en consacrant la responsabilité exclusive du commettant du fait des dommages causés par son préposé, à moins que celui-ci n'ait agi en excédant les limites de la mission qui lui avait été impartie. Deux analyses de l'excès de mission sont possibles : soit on assimile le dépassement des limites de la mission à l'abus de fonctions, soit on distingue excès de mission et abus de fonctions. Dans ce dernier cas, l'excès de mission pourrait être constaté sans que les conditions de l'abus de fonctions ne soient pour autant réunies. Pour des raisons que nous ne développerons pas ici¹⁶⁴, lorsque l'on se pose la question de l'étendue de l'immunité du salarié telle que mise en place par la jurisprudence Costedoat, il est préférable d'interpréter la notion d'excès de mission autrement et d'admettre sa particularité. Il serait

¹⁶⁴ V. pour une étude détaillée de la spécificité du critère de l'excès de mission, FREMEAUX (S.), « L'excès de mission dans la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés », Dt. et patrimoine décembre 2002, pp. 40-48.

donc opportun d'interpréter cette notion de manière identique en matière de responsabilité ou d'assurance. Il apparaît ainsi qu'il faille distinguer entre mission (assurance) et fonction (responsabilité).

Depuis l'arrêt de l'assemblée plénière du 19 mai 1988¹⁶⁵, l'abus de fonction n'est exonérateur de responsabilité du commettant qu'à la condition de réunir trois conditions : l'absence de lien entre l'acte du préposé et les fonctions, l'absence d'autorisation par le commettant de l'action dommageable du préposé, la poursuite d'un intérêt contraire à celui du commettant, soit le plus souvent un intérêt personnel¹⁶⁶. Au contraire, l'acte constitutif de l'excès projette le préposé en dehors de sa mission sans pour autant le faire sortir de ses fonctions. Il y a apparemment une distinction entre les concepts de fonctions et de mission, cette distinction peut être éclairée à partir des règles relatives à la propriété des inventions du salarié par l'employeur. La notion de mission est entendue largement dans le droit de la responsabilité industrielle d'après Mme FREMEAUX¹⁶⁷, il suffit que l'employeur ait suggéré au salarié de poursuivre une mission inventive générale d'amélioration des techniques utilisées pour que l'invention soit qualifiée d'invention de mission. On peut ainsi penser qu'il en sera de même dans le droit de la responsabilité. Toujours d'après cet auteur, la mission devrait donc pouvoir s'analyser comme le travail que l'employeur demande au salarié d'accomplir. Elle évoque moins les diverses instructions orales que le commettant donne à ses préposés que le descriptif de poste établi à l'occasion de l'entrée en fonction. Les concepts de mission et de fonction ne seraient donc pas si éloignés, la distinction résulterait davantage de la notion d'excès dont l'appréciation suppose une considération de la gravité de la faute commise par le préposé à l'occasion de ses fonctions.

Selon l'étude de Mme FREMEAUX, deux types de situations peuvent s'analyser comme des excès de mission sans pour autant être des abus de fonctions. D'une part, une faute commise dans l'intention de nuire ou à des fins personnelles peut s'analyser comme un excès de mission, dès lors qu'elle n'est pas détachable des fonctions. D'autre part, une faute particulièrement grave commise dans le cadre des fonctions, mais en violation des objectifs de la mission, peut suffire à constituer l'excès de mission, alors que l'abus n'est admis qu'en l'absence de lien entre l'acte et les fonctions¹⁶⁸.

¹⁶⁵ Cass. Ass.plén. 19 mai 1988, D. 1988, jur. P. 513, note LARROUMET (Ch.), R.T.D.Civ. 1989, p. 89, obs. JOURDAIN (P.).

¹⁶⁶ Ces critères viennent d'être réaffirmés dans l'arrêt Cass. 2^{ème} Civ. 19 juin 2003, D. 2003, I.R., pp. 1808-1809.

¹⁶⁷ FREMEAUX (S.), « L'excès de mission dans la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés », Dt. et patrimoine décembre 2002, pp. 40-48, p. 43.

¹⁶⁸ *Id.*, p. 45.

Il existerait donc des hypothèses où la responsabilité du fait d'autrui s'appliquerait alors que l'article L. 1142-2 al 4 du Code de la santé publique ne s'appliquerait pas, l'assureur de l'établissement de santé employeur ne couvrirait pas les dommages causés par les professionnels de santé salariés.

C- Le critère du plafond de garantie.

L'article L. 1142-2 alinéa 3 du Code de la santé publique dispose que « les contrats d'assurance... peuvent prévoir des plafonds de garantie. Les conditions dans lesquelles le montant de la garantie peut être plafonné pour les professionnels de santé exerçant à titre libéral sont fixées par décret en conseil d'Etat ». Ainsi les contrats d'assurance peuvent prévoir des plafonds de garantie mais le législateur n'a envisagé une détermination réglementaire des plafonds que pour les praticiens libéraux. Il en résulte a contrario qu'en ce qui concerne les établissements de santé, les plafonds sont librement déterminés par les parties¹⁶⁹, souscripteurs et assureurs.

Dans un domaine aussi sensible que la responsabilité médicale, cette renonciation à une norme minimum unique est une ineptie¹⁷⁰. Elle déséquilibre les coûts d'exploitation entre établissements, mais surtout elle met les assurés « pour compte », comme les professionnels de santé salariés des établissements, dans une situation incertaine, selon les montants et les modalités des plafonds retenus. Il peut donc arriver que les salariés, spécialement les médecins et le personnel soignant, voient leur responsabilité dépourvue de couverture par l'absence d'effets de l'assurance souscrite par l'établissement. Les professionnels de santé salariés sont soumis aux aléas des garanties souscrites pour leur compte par les établissements, ce qui les expose d'après M. RADE, à un risque de poursuites engagées directement par la victime en cas d'épuisement de garantie, si évidemment la responsabilité du fait d'autrui est maintenue. Cependant, les limites de garantie, plafonds, durée ne sont pas préjudiciables aux intérêts des victimes puisque au-delà du plafond celles-ci, à qui l'épuisement sera opposé trouveront auprès de l'Office national d'indemnisation le garant de leur indemnisation. En effet, l'office intervient à titre supplétif lorsque l'assurance est inopérante. Toutes les exceptions de garantie leur sont opposables mais aucune ne leur est préjudiciable.

Il apparaît donc que dans certaines hypothèses l'assurance ne permet pas d'aller aussi loin que la responsabilité du fait d'autrui. Il en est ainsi dans deux hypothèses, celle où l'auteur du

dommage est un professionnel de santé salarié d'un autre professionnel de santé et celle où l'auteur du dommage a agi en dehors des limites de sa mission. Il serait alors nécessaire de maintenir la responsabilité du fait d'autrui en droit médical et respecter ainsi l'objectif de la loi, l'indemnisation des victimes de dommages médicaux. Mais ces cas sont limités, ne serait-il pas possible d'envisager des solutions permettant de pallier les insuffisances de l'assurance ?

§2- La possibilité de pallier les insuffisances de l'assurance.

Les palliatifs peuvent trouver leur source soit dans une modification des dispositions de la loi du 4 mars 2002 gouvernant l'assurance obligatoire, soit dans une interprétation suffisamment large des dispositions prévoyant la substitution de l'office à l'assureur absent ou défaillant. Il convient donc d'envisager successivement ces deux palliatifs : l'extension de l'assurance des médecins exerçant à titre libéral au profit de leurs salariés (A) et l'interprétation extensive de la fonction de substitution de l'Office face au critère des limites de la mission (B).

A- L'extension de l'assurance des médecins exerçant à titre libéral au profit de leurs salariés

Les victimes des salariés des professionnels de santé exerçant à titre libéral se trouvent *a priori* dans une situation délicate, comme nous l'avons vu, si la responsabilité du fait d'autrui disparaissait avec la loi du 4 mars 2002. Ne peut-on pas imaginer que l'assurance des professionnels de santé libéraux prennent en charge les dommages occasionnés par leurs salariés ?

On pense tout d'abord à l'assurance responsabilité civile exploitation encore dénommée assurance responsabilité chef d'entreprise. Quelle que soit l'activité de l'entreprise, elle crée, du simple fait de son existence, un risque dont peuvent être victimes les tiers ou clients. Cette assurance a pour objet de garantir l'entreprise contre les conséquences financières de leur responsabilité civile pour les dommages causés aux tiers du fait de l'exploitation. Lorsque l'entreprise est exploitée sous forme de société, l'assurance bénéficie à la société. Lorsque l'entreprise n'est pas constituée sous forme d'une société, c'est le chef d'entreprise qui bénéficie indirectement de l'assurance. L'assurance responsabilité civile exploitation couvre les dommages causés aux tiers notamment du fait des salariés de l'entreprise et de toutes les personnes sur lesquelles le chef d'entreprise exerce une autorité. Les professionnels de santé dès lors qu'ils emploient du personnel salarié constituent souvent une entreprise qui peut prendre la forme d'une société. De la société d'exercice prenant la forme d'une société par actions simplifiée, à la société de participations financières, véritable holding pour les

professions libérales, en passant par la société en participation des professions libérales, les professionnels de santé n'ont que l'embarras du choix de leur organisation¹⁷¹. Cependant, cette assurance responsabilité civile d'exploitation n'est pas obligatoire et ne profite à la victime que si elle met en jeu la responsabilité de la société ou du chef d'entreprise, le professionnel de santé exerçant à titre libéral. Elle apparaît donc inefficace pour la victime de dommages médicaux, si la responsabilité du fait d'autrui disparaît.

On songe alors à utiliser directement l'assurance obligatoirement souscrite par le professionnel de santé. En ce qui concerne la responsabilité du fait d'autrui, le praticien est actuellement couvert par l'article L. 121-2 du Code des assurances qui dispose que « l'assureur est garant des pertes et dommages causés par des personnes dont l'assuré est civilement responsable en vertu de l'article 1384 du Code civil, quelles que soient la nature et la gravité des fautes de ces personnes ». La jurisprudence a étendu les cas d'application de cet article aux dommages causés par ceux dont l'assuré est contractuellement responsable¹⁷². Cette disposition ne joue que si la responsabilité de l'assuré du fait de l'auteur du dommage est engagée. Si la victime agit directement contre le responsable primaire, l'assurance du civilement responsable ne sera pas le garant du paiement des dommages-intérêts. Le législateur du 4 mars 2002 a donc été plus loin en instituant l'article L. 1142-2 au Code de la santé publique, qui prévoit que « l'assurance des établissements (...) couvre leurs salariés agissant dans la limite de la mission qui leur est impartie ». Cet article n'a pas entendu seulement insister ou limiter et préciser dans le domaine médical les dispositions générales de l'article 121-2 du Code des assurances. En effet, par ces nouvelles dispositions, l'assureur couvre directement l'auteur du dommage, salarié, sans que ne soit engagée la responsabilité du civilement responsable. Il ne semble donc pas possible de s'appuyer sur les dispositions générales de l'article L. 121-2 du Code des assurances pour appliquer l'article L. 1142-2 du CSP aux salariés des professionnels de santé exerçant à titre libéral. Ainsi seul l'assureur des établissements couvre les dommages occasionnés par leurs salariés.

Ainsi nous pouvons proposer de prévoir que l'assurance des professionnels de santé exerçant à titre libéral couvre les dommages occasionnés par leurs salariés. Cette précision ne devrait pas créer des coûts supplémentaires pour les professionnels de santé, car il est vraisemblable que la victime agissait de préférence envers le professionnel de santé employeur, l'assurance

¹⁷¹ V. pour une étude détaillée de ces différentes formes de société d'exercice libéral, VELERDOCCHIO (D.), « Les sociétés d'exercice libéral », Dt. et patrimoine janvier 2003, pp. 53-59.

¹⁷² V. LAMBERT-FAIVRE (Y.), *Droit des assurances*, Paris, Dalloz, 10^{ème} éd., 1998, 917p., n° 395 et s.

de ce dernier, (les professionnels de santé sont déjà en grande majorité assurés dans ce cas même si l'assurance n'était pas encore obligatoire) indemnisait alors la victime.

On peut se demander si l'article L 1142-15 du Code de la santé publique n'a pas vocation à s'appliquer dans l'hypothèse où l'auteur du dommage est un salarié d'un professionnel de santé libéral, salarié qui n'a pas l'obligation donc de s'assurer. Cet article dispose que « [...] lorsque le responsable des dommages n'est pas assuré [...] l'office institué à l'article L. 1142-22 est substitué à l'assureur ». Le problème est de savoir si l'office se substitue au défaut d'assurance de l'auteur du dommage, uniquement lorsque celui-ci devait obligatoirement souscrire une assurance ou intervient-il aussi lorsque aucune obligation d'assurance ne pesait sur l'auteur du dommage salarié. L'un des objectifs de la loi du 4 mars 2002 étant l'indemnisation des victimes de dommages médicaux, il est vraisemblable que l'article L 1142-15 soit interprété largement afin de garantir au maximum l'indemnisation des victimes.

B- L'interprétation extensive de la fonction de substitution de l'office face au critère des limites de la mission

Nous l'avons vu précédemment, l'excès de mission et l'abus des fonctions sont deux notions qui se recoupent mais ne se confondent pas totalement. Il aurait été plus simple de prévoir que l'assureur de l'établissement couvre les dommages causés par les salariés dès lors qu'ils n'ont pas abusé de leur fonction. Cette limite est celle de l'article 121-2 du Code des assurances qui fait de l'assureur le « garant des pertes et dommages causés par des personnes dont l'assuré est civilement responsable en vertu de l'article 1384 du Code civil, quelles que soient la nature et la gravité des fautes de ces personnes ». La référence à la notion d'excès de mission peut s'expliquer¹⁷³ par la jurisprudence judiciaire, qui jusqu'à présent, a refusé de reconnaître aux médecins salariés une immunité comparable à celle qui a été admise pour l'ensemble des salariés par l'arrêt Costedoat au motif qu'ils disposent dans l'exercice de leur art d'une totale autonomie¹⁷⁴. Cette immunité du salarié est expressément limitée au respect de la limite de sa mission. Cependant cette référence à l'excès de mission a pour conséquence de laisser dans un nombre d'hypothèses certes limité, l'indemnisation de la victime de dommages médicaux à la seule garantie de la solvabilité du salarié auteur du dommage. Il serait peut-être souhaitable de faire coïncider l'étendue de l'assurance aux cas de responsabilité du fait d'autrui, en modifiant l'article L. 1142-2 al 4 de sorte que « l'assurance des établissements (...) couvre leurs salariés agissant dans la limite de la fonction qui leur est impartie, même si ceux-ci disposent d'une

¹⁷³ V. COURTIEU (G.), « L'assurance obligatoire de la responsabilité médicale », *Resp. Civ. Ass.* avril 2003, pp. 1-3, p.2

¹⁷⁴ V. nos développements, *infra*, deuxième partie, chapitre 2, §2.

indépendance dans l'exercice de l'art médical » ou bien encore en interprétant la notion de mission comme l'équivalent de la fonction¹⁷⁵. Cependant, les conséquences engendrées dans les relations entre les établissements de santé, souscripteur de l'assurance et les professionnels de santé, auteurs de dommage seraient peut-être dans l'hypothèse de l'excès de mission déséquilibrées par rapport aux relations pouvant exister entre tout employeur et son salarié depuis l'arrêt Costedoat¹⁷⁶. L'indemnisation de la victime pourrait être tout autant assurée en interprétant l'article L. 1142-15 du Code de la santé publique dans ce sens. Cet article vient prévoir que « lorsque la couverture d'assurance prévue à l'article L. 1142-2 est épuisée, l'office institué [...] est substitué à l'assureur ». La couverture de l'assurance est épuisée lorsque le plafond de garantie est dépassé mais on peut également estimer que la couverture d'assurance est épuisée lorsque le salarié a agi hors des limites de sa mission. Cette interprétation permettrait d'assurer à la victime de dommages médicaux une indemnisation bien que le salarié ait agi au-delà de la mission qui lui a été impartie.

Le recours à la responsabilité du fait d'autrui était fondé sur le principe du pragmatisme utilitaire, c'est-à-dire qu'il permet d'accroître les chances de la victime d'obtenir la réparation qui lui est due. La responsabilité du fait d'autrui lui offre un second répondant, qui est souvent assuré. Cependant, après avoir envisagé les différentes hypothèses de responsabilité du fait d'autrui en droit médical, sa disparition ne sera pas préjudiciable à la victime de dommages médicaux dans la mesure où l'obligation d'assurance instituée par la loi du 4 mars 2002 assure dorénavant la garantie de l'indemnisation. De plus en cas d'insuffisance de l'assurance, l'office national d'indemnisation s'y substituera dans l'intérêt de la victime. La loi du 4 mars 2002 a semble-t-il répondu aux vœux de M. CHABAS, qui persistait à trouver « *inouï le régime de l'assurance obligatoire dans le domaine de la santé : les médecins et pharmaciens des hôpitaux publics sont astreints à l'assurance obligatoire (loi du 21 décembre 1941 et décret du 17 avril 1943). Pour tout ce qui relève du droit privé, l'assurance n'est obligatoire que pour les médecins exerçant en société civile professionnelle (loi du 29 avril 1966 et décret du 24 août 1978)* »¹⁷⁷

¹⁷⁵ Nous avons écarté cette solution pour garder une certaine cohérence avec l'interprétation donnée à l'arrêt Costedoat, V. nos développements, deuxième partie, chapitre 1, § 1, B.

¹⁷⁶ *Ibid.*

¹⁷⁷ CHABAS (F.), note sous Cass. Crim 5 mars 1992, J.C.P. 1992, II, 22013, pp. 100-102, p. 102.

Chapitre 2 : L'absence d'utilité de la responsabilité du fait d'autrui pour les professionnels de santé : son caractère auxiliaire

La responsabilité du fait d'autrui n'a pas pour finalité de préserver l'auteur matériel du dommage. En effet, la responsabilité du fait d'autrui est en principe à l'origine d'une superposition et non d'une substitution de responsabilités, ce qui signifie qu'au stade de l'obligation à la dette, la victime peut rechercher la responsabilité du cocontractant ou du commettant mais aussi directement celle du tiers ou du préposé ou même les deux à la fois (condamnation *in solidum*). La responsabilité du fait d'autrui ne doit bénéficier qu'à la victime et non à l'auteur du dommage. C'est pourquoi le civilement responsable dispose de recours contre l'auteur matériel du dommage, afin que celui-ci supporte définitivement le poids de la réparation.

Dès lors la disparition de la responsabilité du fait d'autrui ne devrait préjudicier ni le civilement responsable, ni l'auteur du dommage, que ce soit au stade de l'obligation à la dette (§1) ou à celui de la contribution à la dette (§2).

§1- Au stade de l'obligation à la dette

Un courant jurisprudentiel¹⁷⁸ soutenu par une partie de la doctrine¹⁷⁹ tend à remettre en cause la possible superposition de la responsabilité de l'auteur du dommage et celle du civilement responsable. La tendance est donc à n'engager que la responsabilité du civilement responsable et corrélativement à refuser que soit engagée la responsabilité personnelle du tiers ou du préposé du moins lorsque celui-ci n'excède pas les limites de sa mission. Or si la responsabilité du fait d'autrui vient à disparaître en droit médical, cela signifie que seul l'auteur du dommage pourra voir sa responsabilité engagée par la victime s'il a commis une faute. Ainsi, le commettant de l'auteur du dommage ou le cocontractant initial de la victime ne seront pas inquiétés sauf s'ils ont eux-mêmes commis une faute. Cette situation peut sembler inéquitable par rapport aux autres domaines où la responsabilité du fait d'autrui a

¹⁷⁸ V. Cass. Ass. plen. 25 février 2000, Costedoat, D. 2000, jur., p. 673, note BRUN (Ph.); J.C.P. 2000, II, 10295, obs. JOURDAIN (P.), contra en droit médical, V. Cass. 1^{ère} Civ. 9 avril 2002, R.T.D.Civ. 2002, pp. 516-519, obs. JOURDAIN (P.); Cass. 1^{ère} Civ. 13 novembre 2002, D. 2003, jur. pp. 580-583, note DEIS-BEAUQUESNE.

¹⁷⁹ V. M. RADE (C.), Mme PORCHY-SIMON, M. JOURDAIN (P.)

vocation à s'appliquer. Cependant la jurisprudence a refusé d'appliquer ce nouveau courant au domaine médical. Ainsi, la disparition de la responsabilité du fait d'autrui ne devrait pas préjudicier l'auteur du dommage qui ne bénéficie pas de cette quasi-immunité jurisprudentielle. Mais cette jurisprudence a suscité la critique d'une partie de la doctrine. Il convient donc d'examiner les arguments jurisprudentiels militant pour le refus de l'application de la jurisprudence Costedoat au domaine médical et ceux de la doctrine militant au contraire pour son application pure et simple. De la confrontation de ces arguments, il sera possible d'évaluer avec plus de pertinence, le caractère préjudiciable ou non de la disparition de la responsabilité du fait d'autrui en droit médical. Il convient donc d'envisager successivement la responsabilité du commettant ou du cocontractant du fait d'autrui (A) et la responsabilité personnelle du tiers ou du préposé (B).

A- La responsabilité du cocontractant ou du commettant du fait d'autrui

Le cocontractant, le commettant sont responsables des fautes du tiers ou du préposé en raison des liens qui les unissent à l'auteur du dommage, la disparition de la responsabilité du fait d'autrui aurait pour conséquence de nier l'existence de ces liens. L'obligation à la dette tire son origine de la volonté. C'est ainsi la volonté du commettant d'exercer une autorité sur le préposé qui fonde sa responsabilité, de même que c'est de la volonté des parties que naît l'obligation contractuelle. Il convient donc d'envisager successivement l'hypothèse de la responsabilité contractuelle du fait d'autrui puis la responsabilité délictuelle du fait d'autrui.

En principe pour qu'il y ait responsabilité contractuelle du fait d'autrui, il faut que le débiteur soit personnellement tenu d'une obligation dont il confie en tout ou partie l'exécution à un tiers sans avoir été lui-même déchargé de cette obligation par le créancier et que le fait du tiers réalise l'inexécution. C'est donc le cocontractant, le civilement responsable qui est tenu de l'obligation inexécutée par le tiers. Ne retenir que la responsabilité du tiers revient au stade de l'obligation à la dette à décharger le civilement responsable de ses propres obligations, à nier l'existence du contrat entre la victime et le civilement responsable. D'autant plus que certains auteurs privilégient de plus en plus la responsabilité personnelle de la clinique alors même que les fautes résultent de l'activité de son personnel médical, car les soins sont à la charge de la clinique, ils entrent dans le champ de prestations contractuelles obligées¹⁸⁰. En effet, le contrat ne met pas en avant des individus, mais des obligations, bien plus qu'unissant un créancier à un débiteur, la convention met en présence une créance et une dette. Ce qui importe n'est pas de savoir qui a exécuté l'obligation, mais si cette obligation a été exécutée. Le principe de

¹⁸⁰ V. MEMETEAU (G.), « La responsabilité médicale de la clinique privée », R.D.sanit.soc. 1997, pp. 96-103, p. 99 et nos développements, *supra*, première partie, chapitre 1, §2, B.

prévision commande que l'action soit dirigée en cas d'inexécution, par le créancier contre son propre débiteur. Le fait que le débiteur fasse exécuter sa prestation par autrui n'entre pas dans les limites de la prévision contractuelle, et n'est de ce fait pas opposable au créancier. Par conséquent, si le débiteur a volontairement introduit d'autres personnes dans l'exécution de la convention, il le fait à « ses risques et périls », il reste seul libre des moyens à utiliser pour parvenir à l'exécution de la convention, de même il sera seul, en principe à répondre de l'inexécution face au créancier. Il peut être reproché à cette conception de faire peu de cas des contractants, et de consacrer une vision objective voire économique du contrat. Pourtant elle semble en adéquation avec l'évolution générale de ce droit qui efface peu à peu les individus, et les sacrifie à la réalisation de la convention. La consécration de cette mutation se trouve parfaitement illustrée dans cette notion d'économie du contrat qui, peu à peu, pénètre les mécanismes les plus éprouvés¹⁸¹. Il apparaît dès lors d'après cette conception, que la notion même de responsabilité, centrée par hypothèse sur les personnes et leur comportement, se révèle inadaptée¹⁸². Ainsi la disparition de la responsabilité du fait d'autrui est en contradiction avec la notion de contrat et donc la volonté de rechercher la responsabilité de la personne tenue par l'obligation, à moins que la notion même de responsabilité contractuelle disparaisse. Dans cette hypothèse, la personne mise en cause par la victime, serait effectivement, le débiteur de l'obligation mais plus sur le fondement de la responsabilité contractuelle du fait d'autrui¹⁸³.

Sur le plan délictuel, la disparition de la mise en cause de la responsabilité du commettant du fait de ses préposés s'oppose à l'émergence de la notion d'entreprise dans notre droit. En effet comme le souligne Mme VINEY, « *le commettant, en tant représentant de l'entreprise qu'il dirige, doit normalement assumer les risques de l'activité de celle-ci et prendre l'assurance qui couvre ses risques* »¹⁸⁴. Or l'établissement de santé privé est aujourd'hui le plus souvent une entreprise comme une autre, qui doit assumer les conséquences de l'activité qu'elle exerce. M. CREPEAU a, en effet, constaté le développement du « phénomène de l'entreprise hospitalière », il écrit (dans le cadre, certes du droit québécois) : « *dans la réalité hospitalière d'aujourd'hui, l'établissement hospitalier devient un entrepreneur de soins et de services hospitaliers. (...) La notion d'entreprise médico-hospitalière constitue l'une des réalités de*

¹⁸¹ Ainsi en matière de cause, l'économie du contrat commande de prononcer la nullité d'une convention qui était, en raison de circonstances économiques et sociales « vouées à l'échec », pour absence de cause, Cass, 1^{ère} Civ, 3 juillet 1996, D. 1997, p. 500, note REIGNE.

¹⁸² V. JULIEN (J.), *la responsabilité civile du fait d'autrui, ruptures et continuités*, P.U. Aix-Marseille, 2001, p.35.

¹⁸³ V. nos développements, *supra*, première partie, chapitre1, §2, B.

¹⁸⁴ VINEY (G.), note sous Cass. Ass. plén. 25 février 2000, J.C.P. 2000, I, p. 241.

notre temps, dont on ne saurait ignorer la reconnaissance juridique ni méconnaître les origines sociologiques »¹⁸⁵. La clinique est une entreprise pour M. MEMETEAU, « c'est soit une personne morale à but désintéressé, non lucratif (association, congrégation), soit une société de commerce qui gère ces activités, l'aspect immobilier des choses étant souvent supporté par une SCI...En un mot, l'établissement présente ce que l'on appelle un « plateau technique » dont le contenu est parfois insuffisant, ce qui ouvre la porte à des responsabilités »¹⁸⁶.

B- La responsabilité personnelle du tiers ou du préposé

Traditionnellement la responsabilité du fait d'autrui engendre une superposition des responsabilités du civilement responsable et de l'auteur du dommage. Ce principe est régulièrement réaffirmé par la jurisprudence en droit médical. La disparition de la responsabilité du fait d'autrui, et par voie de conséquence la mise en jeu de la responsabilité unique de l'auteur du dommage, ne devrait pas préjudicier ce dernier. Cependant, un courant jurisprudentiel tend à limiter la responsabilité personnelle de l'auteur du dommage. La disparition de la responsabilité du fait d'autrui s'inscrit donc *a priori* en totale contradiction avec ce courant soutenu par la doctrine. Mais la jurisprudence refuse de consacrer l'immunité du médecin salarié, elle maintient la responsabilité personnelle du médecin salarié.

Le tribunal des conflits dans une décision du 14 février 2000¹⁸⁷ a rappelé le principe d'une responsabilité du fait d'autrui de garantie et non de substitution. En vertu du contrat d'hospitalisation et de soins la liant au patient la clinique est responsable des fautes commises par elle-même, ainsi que par ses substitués ou ses préposés. Cependant, il a été précisé que du fait de « l'indépendance professionnelle dont bénéficie le médecin dans l'exercice de son art, [...] il est loisible au patient, indépendamment de l'action qu'il est en droit d'exercer sur un fondement contractuel à l'encontre d'un établissement de santé, de rechercher sur le terrain délictuel la responsabilité du praticien lorsque, dans la réalisation d'actes médicaux, celui-ci a commis une faute ». Le tribunal des conflits a ainsi retenu la responsabilité de l'anesthésiste salariée de la clinique et non celle de son employeur qui n'était d'ailleurs pas recherchée par le patient. Ainsi, la responsabilité personnelle du médecin salarié (ou de tout autre personnel médical) peut toujours être recherchée par la victime en plus de celle de l'établissement hospitalier. L'indépendance professionnelle imposée par les règles déontologiques gouvernant la profession médicale confère par principe à l'acte dommageable commis par le médecin le

¹⁸⁵ CREPEAU, (P.-A.), *la responsabilité de l'établissement hospitalier*, cité in MEMETEAU (G.), « La responsabilité médicale de la clinique privée », R.D.sanit.soc. 1997, pp. 96-103, p. 93.

¹⁸⁶ MEMETEAU (G.), *op. cit.*, supra note 175, p. 94.

¹⁸⁷ T.C. 14 février 2000, bull 2000, n°2.

caractère d'une faute personnelle, source nécessaire de sa propre responsabilité délictuelle. Cette solution place le médecin salarié dans une situation dérogeant au droit commun, notamment au regard des récentes évolutions jurisprudentielles relatives à la responsabilité personnelle du préposé. Depuis l'arrêt de l'assemblée plénière du 25 février 2000¹⁸⁸, le préposé qui a agi sans excéder les limites de la mission qui lui a été impartie par son commettant n'engage pas sa responsabilité personnelle à l'égard des tiers. Par la grâce de cet arrêt, le préposé bénéficie donc d'une immunité pour tous les dommages qu'il cause dans le cadre de son activité professionnelle, à la seule condition de respecter scrupuleusement les ordres donnés par celui-ci en vue de l'accomplissement de sa mission. Désormais le préposé resté dans le cadre de sa mission bénéficie d'une immunité personnelle interdisant à la victime d'agir contre lui. La portée de cette immunité a été précisée par deux arrêts postérieurs. Dans le premier, l'assemblée plénière est venue poser une règle complémentaire à celle qu'elle avait posée dans sa décision susvisée. Alors que sa responsabilité civile avait été retenue par une juridiction répressive qui l'avait déclaré coupable d'une infraction intentionnelle, un préposé avait formé un pourvoi dans lequel il arguait qu'il n'avait pas excédé les limites de sa mission. L'assemblée plénière par l'arrêt du 14 décembre 2001¹⁸⁹ a rejeté son pourvoi au motif que « *le préposé condamné pénalement pour avoir intentionnellement commis, fût-ce sur ordre du commettant une infraction ayant porté préjudice à un tiers, engage sa responsabilité civile à l'égard de celui-ci* ». Cet arrêt ouvre une « brèche¹⁹⁰ » dans le principe de l'irresponsabilité personnelle du préposé. Ainsi même s'il agit dans les limites de sa mission, le préposé qui commet une faute pénale intentionnelle peut voir sa responsabilité personnelle engagée. Cette jurisprudence semble donc s'opposer à la mise en jeu de la responsabilité personnelle du professionnel de santé salarié¹⁹¹. Cependant le 9 avril 2002, la Cour de cassation a refusé d'appliquer la jurisprudence Costedoat au médecin salarié¹⁹². En l'espèce, un médecin anesthésiste, salarié d'un centre de soins, avait été condamné par les juges du fond en raison d'un « *geste maladroit, constitutif d'une faute* » (« *déchirure de la trachée lors d'une intubation* »). La victime agissait en responsabilité, non seulement contre l'établissement de santé, mais aussi contre l'anesthésiste. La cour d'appel de Lyon, le 29 juin 2000, a condamné *in solidum*, le centre et l'anesthésiste. Les magistrats ont retenu la responsabilité contractuelle

¹⁸⁸ Cass. ass. plén. 25 février 2000, D. 2000, jur., p. 673, note BRUN (Ph.), J.C.P. G 2000, II, 10295, obs. JOURDAIN (P.).

¹⁸⁹ Cass. ass. plén. 14 décembre 2001, J.C.P. G. 2002, II, 10026, obs. BILLIAU ; R.T.D.Civ. 2002, p. 109, obs. JOURDAIN (P.).

¹⁹⁰ selon l'expression de M. MAZEAUD (D.), « responsabilité civile : petit bilan annuel », Dt. et patrimoine mars 2003, pp. 62- 68, p. 67.

¹⁹¹ Seule hypothèse à l'heure actuelle, où la responsabilité du fait d'autrui peut être engagée du fait d'un médecin.

¹⁹² Cass. 1^{ère} Civ. 9 avril 2002, Resp. Civ. Ass. 2002, chron. 13, obs. RADE ; R.T.D.Civ. 2002, p. 516, obs. JOURDAIN (P.).

du centre et la responsabilité délictuelle du fait personnel de l'anesthésiste. La question qui se posait consistait à savoir s'il était possible d'appliquer, à la responsabilité contractuelle, la règle de l'immunité du préposé dégagée en 2000 en matière délictuelle. L'anesthésiste soutenait dans son pourvoi, que sa responsabilité personnelle ne pouvait être mise en cause dans la mesure où il était demeuré dans les limites de sa mission et qu'il devait être admis par conséquent à exercer contre son employeur un recours en garantie. La Cour de cassation a repoussé cette analyse en relevant que les juges du fond ne s'étaient pas fondés pour condamner la clinique sur l'article 1384 al 5 du Code civil mais sur les règles de la responsabilité contractuelle. En d'autres termes, la jurisprudence Costedoat profiterait aux préposés et non aux salariés, ce qui implique que la victime se situe dans le cadre de l'application de l'article 1384 alinéa 5 du Code civil. Cette décision a fait l'objet d'une vive critique de M. RADE, « *une telle décision est, disons le tout net, éminemment contestable et met gravement en péril l'existence même du principe dégagé dans l'arrêt Costedoat. Non seulement la volonté de restreindre la jurisprudence Costedoat au seul article 1384 al 5 du Code civil, est dénuée de tout fondement mais de surcroît, le désir affiché de tenir les médecins par principe en dehors du bénéfice de l'immunité dégagée en 2000 témoigne d'une conception totalement dépassée de la subordination* »¹⁹³. La Cour de cassation est venue confirmer et préciser le fondement de l'exclusion du médecin salarié de la jurisprudence Costedoat. En l'espèce, un médecin, salarié d'une clinique, avait été déclaré coupable d'homicide involontaire sur la personne d'une patiente. Les ayants droit de la patiente décédée, dont l'action civile à l'encontre du médecin avait été jugée irrecevable, ont assigné la clinique en sa qualité de commettant. Celle-ci et son assureur ont alors appelé en garantie l'assureur du médecin. Cette action en garantie a été rejetée par la cour d'appel, se fondant sur l'immunité du préposé consacré par l'arrêt Costedoat, elle indique que le médecin « *n'avait pas agi en dehors du cadre de la mission impartie par la clinique qui l'employait et qu'il n'en avait pas outrepassé les limites* ». Cette argumentation est rejetée par la Cour de cassation, selon laquelle « *si l'établissement de santé peut être déclaré responsable des fautes commises par un praticien salarié à l'occasion d'actes médicaux d'investigation et de soins pratiqués sur un patient, ce principe ne fait pas obstacle au recours de l'établissement de santé et de son assureur, en raison de l'indépendance professionnelle intangible dont bénéficie le médecin, même salarié, dans l'exercice de son art* »¹⁹⁴. Certes, cet arrêt concerne les relations entre le médecin et la clinique au stade de la contribution à la dette, mais il en résulte au

¹⁹³ RADE (C.), « Il faut sauver la jurisprudence Costedoat », Resp. Civ. Ass. juillet-août 2002, pp. 9-12, p. 9.

¹⁹⁴ Cass. 1^{ère} Civ. 13 novembre 2002, D. 2003, IR p.41 ; D. 2003, jur. pp. 580-583, note DEIS-BEAUQUESNE.

niveau de l'obligation à la dette, que l'indépendance du médecin dans l'exercice de son art, si elle ne fait pas obstacle à l'attribution de qualité de préposé d'un établissement de santé, ne lui permet pas de bénéficier d'une immunité totale pour les fautes qu'il aura commises. Ainsi, que la clinique soit responsable sur le fondement de l'article 1147 ou sur celui de l'article 1384 al 5 du Code civil, le médecin salarié ne peut bénéficier de l'immunité parce qu'il est médecin, indépendant dans l'exercice de son art, avant d'être préposé.

Cependant, cette volonté jurisprudentielle d'exclure le médecin salarié de l'immunité offerte à tous les préposés dès lors qu'ils ont agi dans les limites de leur mission est vivement critiquée par une partie de la doctrine. Le fondement essentiel de cette exclusion, à savoir « *l'indépendance professionnelle intangible dont bénéficie le médecin, même salarié* »¹⁹⁵ ne semble pas pouvoir justifier « *à elle seule et dans tous les cas, la responsabilité personnelle du praticien* »¹⁹⁶. Mme PORCHY-SIMON, émet des réserves quant à la réalité de cette indépendance dans la pratique professionnelle du médecin salarié. Cet auteur estime que « *cette indépendance n'est, in concreto, guère supérieure à celle d'autres professions ou fonctions (cadre supérieur, dirigeant d'entreprise, travailleur à domicile) dont la jurisprudence n'admet cependant la responsabilité personnelle qu'à titre tout à fait dérogatoire* »¹⁹⁷. M. RADE estime irréaliste voire totalement anachronique de s'opposer à toute idée d'immunité du médecin salarié au motif que l'indépendance professionnelle dont il dispose rend impossible tout contrôle de l'activité par l'employeur¹⁹⁸. Certes, le médecin dispose dans l'exercice de son art d'une indépendance générale garantie par le Code de déontologie, mais cette indépendance ne lui est pas particulière. M. RADE ajoute « *que dire de tous les salariés soumis à des règles déontologiques (avocat, experts-comptables) (...) de tous les salariés hautement qualifiés lorsqu'ils disposent de compétences techniques très supérieures à leur employeur, ce qui rend impossible toute forme de contrôle sur les modalités d'exécution du contrat de travail ? L'exclusion des médecins repose en réalité sur une conception très abstraite et en partie archaïque de la subordination, fondée sur un modèle de relations salariales qui a, pour l'essentiel, vécu* »¹⁹⁹. Cet auteur en conclut que

¹⁹⁵ Cass. 1^{ère} Civ. 13 novembre 2002, D. 2003, IR p.41 ; D. 2003, jur. pp. 580-583, note DEIS-BEAUQUESNE .

¹⁹⁶ PORCHY-SIMON (S.), *Regard critique sur la responsabilité civile de l'établissement de santé privé du fait du médecin*, *droit et économie de l'assurance et de la santé, mélanges LAMBERT*, Dalloz 2002, pp.361-374, p.367.

¹⁹⁷ V. notamment, au sujet de la responsabilité personnelle du dirigeant d'entreprise, Cass. com. 28 avril 1998, J.C.P. 1998, II, 10177, note OHL, subordonnant la responsabilité du dirigeant à une faute séparable des fonctions.

¹⁹⁸ RADE (C.), « Il faut sauver la jurisprudence Costedoat », *Resp. Civ. Ass.* juillet-août 2002, pp.9-12, p. 11.

¹⁹⁹ *Ibid.*

réserver un sort particulier au médecin apparaît injuste dans la mesure où ces médecins apparaissent aujourd'hui comme des salariés en définitive très ordinaires.

D'autres arguments peuvent être développés afin de justifier l'immunité pourtant refusée par la Cour de cassation aux médecins. Tout d'abord, par cette jurisprudence, la possibilité pour la victime d'engager la responsabilité personnelle du médecin dépend du cadre dans lequel il exerce. Si le médecin exerce à titre salarié d'un établissement de santé privé, il ne bénéficie pas de l'immunité, et la victime peut engager sa responsabilité délictuelle personnelle quels que soient la nature et la gravité de la faute qu'il a pu commettre. Si le médecin exerce au sein d'un établissement hospitalier public, la victime ne peut poursuivre l'agent de l'administration qui a commis la faute si celle-ci est qualifiée de faute de service²⁰⁰. Les médecins dans le cadre du service public hospitalier n'engagent pas leur responsabilité personnelle. C'est la responsabilité du Service public qui leur est substitué. Il en va autrement, seulement si le médecin a commis une faute personnelle détachable de la fonction²⁰¹. En droit civil, la victime peut poursuivre, l'auteur direct (le professionnel de santé), ou encore le responsable pour autrui, ou les assigner ensemble. Il peut ainsi sembler difficile d'expliquer cette différence de traitement en droit médical, alors que la jurisprudence Costedoat permettait d'adoucir la condition du préposé et d'effectuer un rapprochement avec les solutions jurisprudentielles en droit administratif. Une autre critique est apportée par Mme PORCHY-SIMON, pour qui le maintien de principe d'une responsabilité personnelle du médecin, « *semble reposer sur une ambiguïté fondamentale, révélatrice d'une confusion des fonctions de la responsabilité civile* »²⁰². La préservation d'une action de la victime contre le médecin salarié paraît être en effet, inspirée par la volonté de maintenir une sanction personnelle contre ce dernier, du fait de l'indépendance dont il jouit dans l'exercice de son art. Cet auteur souligne que « *si un tel lien présente cependant une pertinence dans le cadre d'une responsabilité poursuivant un but de sanction, car seul un individu libre est accessible à la punition, il apparaît totalement dépourvu de sens dans le cadre d'une responsabilité civile à finalité indemnificatrice* ». Mme PORCHY-SIMON développe ainsi son argumentation « *soit l'on attribue à la responsabilité civile un rôle de sanction, il est alors légitime de retenir la responsabilité personnelle du médecin salarié dans tous les cas. Mais, outre le caractère illusoire d'une telle affirmation au*

²⁰⁰ Le juge administratif ne saurait accueillir une demande d'indemnité dirigée contre l'agent auteur d'une faute de service, V. par exemple, CE, 31 janvier 1964, demoiselle Bruchet, Rec. CE, p. 71.

²⁰¹ La faute personnelle détachable de la fonction se caractérise par son importante gravité et ne se rattache pas à la mission de l'agent du service public.

²⁰² PORCHY-SIMON (S.), « regard critique sur la responsabilité civile de l'établissement de santé privé du fait du médecin », *droit et économie de l'assurance et de la santé, mélanges LAMBERT*, Dalloz 2002, pp. 361-374, p. 368.

regard de l'évolution contemporaine du droit de la responsabilité médicale, on peinerait alors à justifier le déplacement de principe de la charge de la responsabilité sur la clinique, tel qu'opéré par la jurisprudence depuis 1991. Soit, on admet que la responsabilité civile, dans le domaine du droit médical comme ailleurs, est essentiellement animée par une volonté d'indemnisation des victimes, et l'on ne peut qu'être fortement réservé quant à la situation dérogatoire faite au médecin salarié. La sanction de ses comportements, si elle reste nécessaire dans un but de moralisation de la profession, ne semble en effet plus pouvoir être assurée par des mécanismes internes à la responsabilité civile, mais devoir relever davantage des responsabilités pénale ou disciplinaire auxquelles le médecin reste par ailleurs soumis »²⁰³.

Cependant, la possibilité de rechercher la responsabilité civile personnelle du médecin aux côtés de celle de l'établissement de santé privé peut paraître justifier par la spécificité de l'indépendance technique médicale. L'indépendance du médecin a une portée législative puisqu'elle est reconnue par l'article L. 162-2 du Code de la sécurité sociale et par de nombreuses dispositions du Code de la santé publique²⁰⁴ ; le tribunal des conflits a même qualifié cette indépendance de principe général du droit²⁰⁵. Cette indépendance des professions médicales est toutefois particulière en raison de la singulière spécificité de l'objet de ces dernières : le corps humain, la vie humaine. La jurisprudence Costedoat a été amendée par nécessité dans le domaine médical : il s'agit de « *préserver l'indispensable spécificité d'actes ayant pour sujet la personne humaine* »²⁰⁶. Mme VINEY soulignait que certes le médecin salarié bénéficiait d'une indépendance professionnelle, agissait sur le corps humain mais subissait les contraintes matérielles que lui impose son employeur. « *N'est-il pas, comme les autres préposés et salariés, tenu de s'acquitter des tâches qui lui sont confiées par la clinique avec les moyens qu'elle lui fournit ? Si le personnel est insuffisant ou mal réparti entre les services, les locaux mal agencés, les appareils mal entretenus, etc..., la qualité de ses interventions risque de s'en ressentir, or cette situation de fait, qui est précisément le motif de l'allègement de la responsabilité personnelle du préposé, n'est en rien modifiée par son devoir d'indépendance qui ne concerne que le choix de la thérapie à appliquer* »²⁰⁷. Il convient cependant de préciser que dans ces hypothèses, la clinique a commis une faute

²⁰³ *Ibid.*

²⁰⁴ V. notamment les articles L. 4113-11, L. 4121-2, L. 6113-2, L. 6143-7 C.S.P.

²⁰⁵ V. TC, 14 février 2000, Ratinet, D. 2000, IR p. 138.

²⁰⁶ SARGOS (P.), « La doctrine jurisprudentielle de la Cour de cassation en matière d'obligations des établissements de santé privés et des personnes y exerçant leur activité », Resp. Civ. Ass. n° 7-8 bis, juillet 1999, hors série, p. 41.

²⁰⁷ V. VINEY (G.), « Chronique d'actualité », J.C.P. 2003, I, 154, pp. 1405-1410, p. 1409.

personnelle dans l'organisation du service, notamment qui va engager sa responsabilité. Si le médecin a également commis une faute, il existe alors une pluralité de faute ayant concouru à la réalisation du dommage et le juge devra opérer un partage de responsabilité. Ainsi, le médecin salarié ne supportera pas seul la réparation du dommage, mais il est nécessaire qu'il en supporte une partie en raison de la spécificité de l'activité médicale. Le maintien de la responsabilité personnelle du médecin devrait être étendu aux sages-femmes²⁰⁸, aux chirurgiens-dentistes²⁰⁹ employés par les établissements de santé privé. La question se pose de l'application d'une telle solution aux auxiliaires médicaux et en particulier aux infirmières et infirmiers. L'article 9 du décret n° 93-221 du 13 février 1993 leur impose de ne pas aliéner leur indépendance professionnelle et l'article 14 du même texte énonce qu'ils sont personnellement responsables des actes professionnels qu'ils sont habilités à effectuer, de plus leur activité porte également comme toutes les professions médicales sur la personne humaine. Ainsi, la responsabilité personnelle des auxiliaires médicaux salariés devrait pouvoir être engagée.

Certains dangers liés à la quasi-immunité du préposé peuvent être dénoncés, en particulier le risque de voir se développer chez celui-ci un sentiment d'irresponsabilité à l'égard des dommages causés à autrui. Pour certain²¹⁰, pareille crainte d'une déresponsabilisation des salariés semble illusoire. D'une part, de façon générale, la valeur préventive de la responsabilité est contestable, lorsque la faute n'est ni intentionnelle ni consciente²¹¹. Il est tellement impossible pour le médecin comme pour le conducteur d'un véhicule terrestre à moteur d'éviter une erreur, qu'ils ne manquent pas de contracter une assurance de responsabilité. M. TUNC en conclut « *indemnisons les victimes d'erreurs, mais n'ayons pas l'illusion que celles-ci puissent être évitées* »²¹² en engageant la responsabilité de l'auteur du dommage. Il convient de préciser que la simple erreur ne suffit pas à engager la responsabilité civile du médecin, une véritable faute doit être établie même si celle-ci est le plus souvent non intentionnelle. D'autre part, la plus grande partie des salariés n'ont vraisemblablement pas connaissance des conditions dans lesquelles leur responsabilité civile pourrait être engagée.

²⁰⁸ Reconnaissant l'indépendance professionnelle des sages-femmes, V. Code de déontologie des sages-femmes (art 7 et 48 du décret n° 91-779 du 8 août 1991, J.O. du 14 août 1991) et Cass. 1^{ère} Civ., 30 octobre 1995, J.C.P. 1996, I, 3944, obs. VINEY.

²⁰⁹ Sur l'indépendance professionnelle des chirurgiens-dentistes, V. Code de déontologie des chirurgiens-dentistes (décret n° 94-500 du 15 juin 1994, J.O. du 22 juin 1994, art 6, 42-1 et 75).

²¹⁰ V. FREMEAUX (S.), « L'excès de mission dans la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés », Dt. et patrimoine décembre 2002, pp. 40-48, p. 46.

²¹¹ La valeur préventive est « *nulle ou même négative quand le dommage a été accidentel* », TUNC (A.), *responsabilité civile et dissuasion des comportements anti-sociaux*, in Aspects nouveaux de la pensée juridique, Recueil d'études en hommage à Marc Ancel, t.1, n° 157, p. 407-415.

²¹² *Ibid.*

Seules les sanctions disciplinaires des salariés ont une force dissuasive qui est d'ailleurs suffisante. Cependant, dans le domaine médical, il semble nécessaire de maintenir la responsabilité personnelle des professionnels de santé en raison toujours de la spécificité de leur objet, la personne humaine. Chaque responsabilité a sa propre fonction qu'il convient de préserver en droit médical. La responsabilité disciplinaire poursuit la moralisation de la profession, elle sanctionne le défaut de respect des règles de déontologie. La responsabilité pénale sanctionne une activité qui trouble l'ordre public et nécessite un texte incriminateur (principe de légalité). La responsabilité civile a pour finalité de réparer un dommage causé à un patient. Il est essentiel tant pour la victime que pour le professionnel de santé que cette indemnisation puisse être recherchée directement auprès de l'auteur du dommage, celui qui a pratiqué sur la personne de la victime l'acte de soins fautif, même si l'assurance supporte le poids financier. L'assurance permet à la victime d'obtenir la réparation qui lui est due, sans se heurter à l'insolvabilité du débiteur, mais n'a pas comme conséquence de supprimer toutes fonctions à la responsabilité vis à vis de l'auteur du dommage. En effet le professionnel médical dont la responsabilité a été plusieurs fois engagée, verra ses primes d'assurance augmentées. Dès lors, indirectement la mise en jeu de la responsabilité personnelle de l'auteur du dommage peut conserver notamment un rôle de prévention en matière de dommages médicaux.

Ainsi la possible disparition de la responsabilité du fait d'autrui, et donc l'engagement de la responsabilité personnelle de l'auteur du dommage ne préjudiciera pas les professionnels de santé en l'état actuel de la jurisprudence. On peut d'ailleurs relever que les auteurs qui estiment que la loi du 4 mars 2002 n'a eu aucune incidence sur le devenir de la responsabilité du fait d'autrui, défendent tous l'immunité du médecin salarié. M. RADE estime non seulement qu' « *il faut sauver la jurisprudence Costedoat* » au lendemain de l'arrêt du 9 avril 2002 mais aussi que « *même si la loi du 4 mars 2002 ne consacre pas directement le principe d'une responsabilité du fait d'autrui, elle ne s'y oppose pas*²¹³ ». Cet auteur ajoute dans une autre chronique qu' « *il aurait été plus judicieux de limiter le principe d'une responsabilité personnelle pour faute aux seuls professionnels de santé mentionnés à la quatrième partie du présent code exerçant à titre libéral, ce qui aurait de plein droit étendu aux salariés l'immunité dont jouissent aujourd'hui statutairement les fonctionnaires* »²¹⁴. De même, Mme PORCHY-SIMON souligne que « *les solutions adoptées en droit médical rejoignent (...) une tendance générale du droit privé au développement des responsabilités du fait d'autrui, dans*

²¹³ V. RADE (C.), « La réforme de la responsabilité médicale après la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé », Resp. Civ. Ass. mai 2002, pp. 4- 12, p.10.

²¹⁴ RADE (C.), « la solidarité au secours de la responsabilité », Resp. Civ. Ass. février 2003, pp. 7-9, p. 9.

un but d'accroissement de la solvabilité du débiteur d'indemnités, et de report du poids des dommages et intérêts sur l'entreprise créatrice du risque. Cette position contemporaine de la jurisprudence, non remise en cause par la loi du 4 mars 2002, appelle une appréciation globalement positive »²¹⁵. Ainsi, la responsabilité du fait d'autrui ne serait pas maintenue dans l'intérêt des victimes mais dans celui des préposés, auteur du dommage. Car la protection des victimes n'est pas nécessairement assurée par la recherche exclusive de la responsabilité du commettant, qui peut être insolvable. Comme la souligne Mme FREMEAUX, en vérité, la jurisprudence Costedoat sert avant tout les intérêts du préposé. Or le maintien de la responsabilité du fait d'autrui après la loi du 4 mars 2002 apparaît comme la condition nécessaire pour que soit un jour consacré par la jurisprudence, la quasi-immunité du professionnel de santé salarié, répondant ainsi aux vœux d'une partie de la doctrine.

La victime d'un dommage médical peut engager la responsabilité du professionnel de santé, auteur du dommage ou celle du civilement responsable (établissement ou autre professionnel de santé) ou bien encore les deux. Ainsi la disparition de la responsabilité du fait d'autrui ne préjudiciera pas le responsable primaire, qui ne bénéficie d'aucune immunité. Cependant, elle pourrait être néfaste dans la mesure où le cocontractant se voit décharger de ses propres obligations et que le commettant n'assume plus les risques engendrés par son activité et n'essaie plus donc de faire tout son possible pour éviter le dommage. Cependant, dans le cadre de la responsabilité du fait d'autrui, le civilement responsable est certes pleinement et entièrement tenu de réparer le préjudice subi par la victime, si cette dernière agit directement contre lui. Mais une fois que la victime a obtenu satisfaction, le civilement responsable, qui n'a pas causé le dommage, n'a pas à supporter définitivement le poids de l'indemnisation. La responsabilité du fait d'autrui ne bénéficie qu'à la victime et non à l'auteur du dommage. Il convient donc d'examiner l'impact de la disparition de la responsabilité du fait d'autrui au stade de la contribution à la dette.

§2- Au stade de la contribution à la dette

Le civilement responsable est pleinement et entièrement tenu de réparer le préjudice que subit la victime. Mais le civilement responsable n'a pas causé le dommage, il ne lui est pas imputable, il n'a donc pas, par conséquent à supporter définitivement le poids de la réparation. C'est pourquoi le civilement responsable dispose de recours contre l'auteur du dommage, une fois que la victime a obtenu satisfaction. Cependant on constate la plus part du temps que le

p.362

civilement responsable n'exerce pas les recours qui sont à sa disposition pour des raisons d'opportunité. Ainsi la disparition de la responsabilité du fait d'autrui engendrerait dans les faits un préjudice pour l'auteur matériel du dommage devant seul supporter le poids de la réparation. Cependant, il convient de distinguer après la loi du 4 mars 2002, l'exercice libéral ou salarié de la médecine. Car nous pouvons le rappeler, seuls les professionnels de santé exerçant à titre libéral sont assujettis à une obligation d'assurance, ceux exerçant à titre salarié bénéficient de l'assurance de leur employeur si ce dernier est un établissement. Il convient donc de savoir qui supporte le poids final de la réparation lorsque la responsabilité du fait d'autrui est en jeu et si celle-ci disparaît. La réponse à cette question doit être envisagée en droit et en faits, car si en théorie il existe des recours (A), en fait ils ne sont pas mis en œuvre (B).

A- Une responsabilité du fait d'autrui provisoire : existence de recours pour le civilement responsable.

Que la responsabilité du fait d'autrui soit de nature contractuelle ou de nature délictuelle, le civilement responsable dispose de recours envers l'auteur du dommage dans l'hypothèse où il aurait réparé le dommage subi par la victime. Mais ces recours sont divers et parfois limités, notamment lorsque entre en jeu l'assurance.

La notion d'imputation des dommages, qui semble imposer l'existence d'un recours du civilement responsable, trouve en réalité son origine dans cette définition que donne ULPIEN de la Justice, dont les principes sont les suivants : vivre honnêtement, ne pas léser autrui, rendre à chacun selon ce qui lui est dû²¹⁶. Cette formule, rendre à chacun le sien, s'est érigée au fil des siècles en directive, et demeure en matière de responsabilité, l'émanation de la justice commutative. La question du recours du civilement responsable permit longtemps de réunir la doctrine autour de ce qui semblait être une vérité première. L'idée d'équité, confortée par celle selon laquelle la responsabilité du fait d'autrui ne doit bénéficier qu'à la victime, et non à l'auteur du dommage, étaient généralement invoquées²¹⁷. Le recours du civilement responsable contre le responsable primaire revêt une importance considérable puisqu'il constitue l'instrument premier de l'imputation, en permettant de faire supporter le poids de la réparation sur le véritable auteur du dommage, peu important d'ailleurs, que ce recours se heurte, en fait, à l'insolvabilité du responsable primaire. Mesure permettant de rééquilibrer les plateaux de la balance, de rendre à chacun le sien, l'exercice du recours fut cependant pendant

²¹⁶ V. ROLAND (H.) et BOYER (L.), *Adages du droit français*, Litec 4^{ème} éd. 1999, n° 196.

²¹⁷ V. BAHGAT (M.H.), *la responsabilité du commettant à raison des faits de ses préposés, étude du droit français comparé*, thèse Paris 1929, p. 189, pour qui « ce droit de recours est incontestable ».

longtemps baigné d'incertitudes et les conditions de sa mise en œuvre furent très souvent la cause de profondes incohérences. Il est clairement établi dorénavant, non seulement l'existence de ce recours mais aussi son étendue pour le tout²¹⁸. En effet, le civilement responsable n'est pas un coauteur, il demeure étranger à la survenance du dommage. Il n'y a pas de raison de lui reconnaître d'action personnelle, mais au contraire de lui attribuer la plénitude des effets de la subrogation, lui permettant ainsi de recourir pour le tout contre la victime. Des difficultés subsistent cependant. Le débiteur qui est responsable du fait d'autrui dispose en principe d'un recours contre ce dernier mais cela dépend des rapports juridiques existants entre eux : si l'auteur du dommage est son salarié, l'action récursoire est subordonnée à la preuve de la faute lourde commise par celui-ci ; s'il s'agit d'un auxiliaire non-préposé ou d'un substitut, il n'y a aucune restriction. De même, le commettant a un recours éventuel contre le préposé. Car si le commettant est considéré comme garant de la dette du préposé vis-à-vis de la victime, cette garantie ne profite pas au préposé. Ainsi, si le préposé est poursuivi directement par la victime, il doit endosser la charge intégrale et définitive de l'indemnisation, sans pouvoir exiger la mise en cause de son commettant. Pour la Cour de cassation, la responsabilité de plein droit du commettant pour le fait de son préposé profite aux seules victimes mais non au préposé qui reste intégralement responsable vis-à-vis des tiers comme de son employeur des dommages qu'il cause dans l'exercice de ses fonctions²¹⁹. Il existe donc une disparité de régime entre la responsabilité délictuelle et contractuelle. En effet, la faute légère permet à l'employeur, dont la responsabilité délictuelle du fait d'autrui a été engagée, de répercuter sur le salarié l'incidence de l'indemnisation versée à la victime, alors que la même faute, ne rend pas possible le recours de l'employeur contre le salarié en matière contractuelle. Cette disparité s'explique par la spécificité du régime de responsabilité contractuelle, qui résulte de l'inexécution par l'employeur de son obligation contractuelle.

Ces principes sont applicables en matière médicale, l'établissement de santé privé dispose d'une action récursoire contre son médecin salarié dont il a été déclaré responsable, comme le prévoit expressément l'arrêt « Clinique Victor Pauchet de Butler » du 26 mai 1999²²⁰. Il convient cependant d'apporter une précision. En effet, il résulte de l'arrêt « parfum Rochas » de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 12 octobre 1993²²¹ qu'aucune faute personnelle susceptible d'engager sa responsabilité ne peut être retenue à l'encontre d'un

²¹⁸ V. notamment Cass. 1^{ère} Civ. 25 novembre 1992, R.T.D.Civ. 1993, p. 372, obs. JOURDAIN (P.).

²¹⁹ V. Cass. 2^{ème} Civ. , 6 février 1974, D. 1974, p. 409, note LE TOURNEAU ; Cass. 2^{ème} Civ., 25 novembre 1992, J.C.P. 1993, IV, p. 336, obs. VINEY.

²²⁰ Cass. 1^{ère} Civ., 26 mai 1999, R.T.D.Civ. 1999, p. 634-636, note JOURDAIN (P.)

²²¹ Com. 12 octobre 1993, D. 1994, jur. p. 124, note VINEY.

salarié dans la réalisation d'actes de concurrence déloyale et d'utilisation illicite de marques, bien qu'il ait personnellement commis les faits constitutifs de tels actes, dès lors qu'il a agi dans le cadre de la mission qui lui était impartie par son employeur et qu'il n'est pas établi qu'il en a outrepassé les limites. La question a pu se poser alors de savoir si l'action récursoire de l'employeur du médecin salarié était recevable. La Cour de cassation a pris position sur cette question en se fondant sur l'indépendance professionnelle du médecin ou de la sage-femme ; qui implique non seulement la possibilité d'une action de la victime contre le médecin mais aussi celle d'une action récursoire de l'établissement de santé contre lui²²². Cette solution est confirmée par l'arrêt « Victor Pauchet de Butler », qui prévoit que « *si, nonobstant l'indépendance professionnelle inaliénable dont bénéficie de médecin dans l'exercice de son art, un tel établissement de santé peut, sans préjudice de son action récursoire, être déclaré responsable des fautes commises par un praticien (...) c'est à la condition que ce médecin soit son salarié* »²²³. Cela signifie que le médecin demeure responsable envers l'établissement. Mais comme la responsabilité contractuelle ne vaut, pour la Cour de cassation, que dans l'hypothèse où le médecin est un salarié, c'est semble-t-il seulement pour faute lourde que cette responsabilité pourrait être engagée, à moins d'admettre que le recours puisse être fondé sur la subrogation dans les droits de la victime, auquel cas une faute simple suffit à fonder le recours²²⁴. Toutefois, lorsque le dommage subi par un patient est la conséquence de fautes commises à la fois par l'établissement de santé et par le médecin, ce partage de responsabilité exclut les recours en garantie entre co-auteurs²²⁵. Cette hypothèse se distingue de la responsabilité du fait d'autrui, l'établissement de santé privé et le médecin ont tous deux commis des fautes, leur responsabilité personnelle est engagée. La question de l'existence de recours du civilement responsable s'est posée de nouveau après l'arrêt Costedoat. En effet, une des implications de cet arrêt est l'impossibilité pour le commettant *solvens* de recourir contre son préposé qui a agi dans les limites de sa mission. La Cour de cassation a maintenu l'existence de recours dans l'arrêt du 13 novembre 2002²²⁶. En l'espèce, pour rejeter l'action en garantie formée par la clinique contre l'assureur de responsabilité du médecin, la cour d'appel s'était fondée sur la circonstance que ce dernier n'aurait pas agi en dehors du cadre de la mission impartie par son employeur. Selon le pourvoi, ces circonstances

²²² V. Cass. 1^{ère} Civ, 30 octobre 1995, Bull n° 383, p. 267, l'indépendance professionnelle dans l'exercice d'actes médicaux confère à la faute un caractère personnel, V. aussi SARGOS (P.), « La doctrine jurisprudentielle de la Cour de cassation en matière d'obligations des établissements de santé privés et des personnes y exerçant leur activité », Resp. Civ. Ass. n° 7-8 *bis*, juillet 1999, hors série, p. 41.

²²³ Cass. 1^{ère} Civ., 26 mai 1999, RTD.Civ. 1999, p. 634, note JOURDAIN (P.).

²²⁴ mais cette solution est devenue aujourd'hui plus incertain, V. Cass. 3^{ème} Civ, 24 mars 1999, R.T.D.Civ. 1999.

²²⁵ V. notamment Cass. 1^{ère} Civ. 7 juillet 1998, Bull n° 239, p. 131 ; suivant lequel le partage de responsabilité exclut nécessairement le recours en garantie.

²²⁶ Cass. 1^{ère} Civ. 13 novembre 2002, D. 2003, IR p.41 ; D. 2003, jur. pp. 580-583, note DEIS-BEAUQUESNE.

sont inutiles au regard de la faute médicale. La Cour de cassation accueillant favorable cet argument, ne permet pas au médecin salarié de profiter de la jurisprudence Costedoat. Ainsi l'assureur du commettant pourra se retourner contre l'assureur du médecin. En effet, le plus souvent, le civilement responsable est assuré, ce qui sera toujours le cas en matière médicale depuis la loi du 4 mars 2002. L'assureur est subrogé de plein droit dans les droits et action de son assuré contre le tiers ayant causé le dommage (art L. 121-12 du Code des assurances). Mais selon l'article L. 112-12 alinéa 3 du Code des assurances, l'assureur de l'employeur n'a aucun recours contre les préposés de l'assuré sauf malveillance de leur part. L'arrêt « Clinique Saint Martin » a d'ailleurs fait application de cette disposition pour exclure le recours de l'assureur de la clinique contre une sage-femme : *« faute d'avoir allégué un acte de malveillance, l'assureur n'est pas recevable, en application de l'article L.121-12 al 3 du Code des assurances, à invoquer le grief relatif au recours de son assuré contre son préposé »*²²⁷. Cependant, selon la jurisprudence, l'assureur du civilement responsable (la clinique) dispose d'un recours envers l'assureur de l'auteur du dommage (le médecin)²²⁸.

Ainsi lorsqu'un établissement de santé privé répond des fautes de médecin salarié, il a par la suite la possibilité d'exercer une action « récursoire » contre le médecin salarié. Le poids final de l'indemnisation pèse sur l'auteur du dommage, la disparition de la responsabilité du fait d'autrui ne devrait donc apporter aucun bouleversement sur ce point. La situation apparaît plus délicate en matière contractuelle, dans la mesure où même en l'absence de faute lourde, l'auteur du dommage supportera le poids de l'indemnisation, à moins que le principe de responsabilité contractuelle ne vienne à disparaître. Mais c'est surtout la présence massive de l'assurance qui perturbe l'admission des recours. Il convient dorénavant d'envisager l'ineffectivité en pratique de ces recours.

B- L'ineffectivité des recours.

On observe que dans la pratique, il est rare que le civilement responsable comme l'établissement de santé privé, condamné à raison d'une faute de leurs salariés se retournent contre eux. Les raisons tenant à ce manque de décision sont néanmoins immédiatement perceptibles : opportunité et assurance. Cette pratique tend à rapprocher la situation des professionnels de santé qu'ils exercent dans le secteur privé ou public. En effet, ils ne supportent pas le poids final de l'indemnisation. La question est alors de savoir s'il est nécessaire de maintenir la responsabilité du fait d'autrui pour ne pas accabler l'auteur du

²²⁷ Cass. 1^{ère} Civ. 7 juillet 1998, Bull n° 239, p. 131.

²²⁸ Cass. 1^{ère} Civ. 17 mars 1998, Bull. n° 111.

dommage sur son patrimoine personnel. Il convient dans un premier temps d'examiner les raisons de l'ineffectivité des recours du civilement responsable.

Tout d'abord, les condamnations pécuniaires sont prises en charge généralement par les assureurs. Le civilement responsable, aura donc été indemnisé par son assureur et n'aura plus d'intérêt à agir contre l'auteur du dommage qu'il soit son préposé ou son substitut. Par ailleurs, l'assureur verra son recours très souvent paralysé par le jeu de l'article L. 121-12 du Code des assurances. Nous l'avons vu, l'alinéa 3 de l'article L. 121-12 du Code des assurances exclut le recours de l'assureur contre les préposés de l'assuré, sauf lorsqu'ils ont commis un acte de malveillance. L'autre raison est une raison d'opportunité. Il s'est en effet, développé petit à petit l'idée de risque d'entreprise. Cette idée a amené à repenser l'exercice du recours dans un sens qui ne serait plus exclusivement favorable à la victime, mais également au responsable primaire. Il ne s'agit plus de prendre en considération les relations existantes entre les individus mais l'activité créée, celle qui a été à l'origine du dommage. La responsabilité devient alors un risque de l'entreprise. L'origine de cette conception réside dans la notion de maîtrise. C'est en effet, généralement le civilement responsable, qui possède le contrôle de l'activité finalement dommageable et qui en retire le profit. Dans cette optique, il n'apparaît plus évident de faire reposer sur l'auteur du dommage, le préposé, le poids d'un risque qu'il ne peut assumer²²⁹. Cette vision a été adoptée du moins en partie par la jurisprudence, notamment dans l'arrêt de l'assemblée plénière du 25 février 2000 qui a consacré l'idée qui n'était qu'en germe dans la décision de 1993.

Ainsi les recours dont le civilement responsable dispose contre l'auteur du dommage paraissent tomber en désuétude, ce qui tend à rapprocher les responsabilités civiles et administratives. En effet, en droit public, la possibilité pour l'administration d'exercer un recours contre l'agent est considérablement limitée. En cas de fait de service, l'administration ne peut exercer aucune action contre l'agent qui en est l'auteur identifié pour lui réclamer le remboursement des dommages et intérêts qu'elle a versés à la victime. Ainsi, en cas de fait de service, l'agent public qui l'a commis est totalement irresponsable. Ce principe a été solennellement rappelé par le Conseil d'Etat dans l'arrêt Laruelle²³⁰ en ces termes : « (...) *Les fonctionnaires et agents des collectivités publiques ne sont pas pécuniairement responsables envers lesdites collectivités des conséquences dommageables de leurs fautes de service (...)* ». L'administration dispose d'un recours contre l'agent dans le cas où le dommage a été causé à

²²⁹ V. LEROY (M.), *Contribution à l'étude des obligations du professionnel (le devoir de répondre des risques créés et de maîtrise professionnelle)*, préface LE TOURNEAU (Ph.), Gazette éditions 1998, n° 410, pour qui, en présence d'un commettant professionnel, il n'y aurait jamais de recours possible contre le préposé.

²³⁰ CE, ass., 28 juillet 1951, GAJA n°76.

un tiers soit par les effets conjugués de la faute du service public et de la faute personnelle d'un agent de ce service, soit en raison d'une faute personnelle non dépourvue de tout lien avec le service. Si l'administration a effectivement désintéressé la victime en totalité, elle ne renonce pas pour autant à faire supporter la charge de la réparation à l'agent. Mais on relève d'une part, que dans le cadre du cumul de responsabilité, il semble bien qu'en pratique l'administration ne fasse pas un usage fréquent de son action récursoire contre son agent²³¹ et d'autre part, que le champ d'application de la faute personnelle ne cesse de se réduire²³². La situation du professionnel de santé exerçant dans le cadre privé s'harmonise avec celle du même professionnel de santé exerçant dans le cadre du service public hospitalier. Car dans le cadre privé l'auteur du dommage supporte de plus en plus rarement le poids final de l'indemnisation, qui pèse sur le civilement responsable malgré l'existence des recours, du moins lorsque celui-ci est son salarié (les hypothèses de responsabilité du fait d'autrui en droit médical où le responsable primaire exerce à titre libéral sont peu nombreuses²³³). Mais cette situation résulte uniquement dans le domaine médical de l'intervention de l'assurance et non de la théorie des risques de l'entreprise. Car si l'établissement de santé privé ressemble de plus en plus à une entreprise de par son organisation, il semble difficile d'admettre que l'auteur du dommage, donc un professionnel de santé ne puisse assumer le poids du risque. La jurisprudence a d'ailleurs refusé d'appliquer la jurisprudence Costedoat au médecin. Le civilement responsable n'échappe pas pour autant à tous risques, puisqu'il doit supporter le risque de l'insolvabilité de l'auteur du dommage. Il peut être souligné que d'une manière générale, interdire au commettant tout recours contre son préposé reviendrait à protéger non seulement la victime, mais encore l'auteur du dommage. Le civilement responsable aurait ainsi une double fonction : assurer la réparation du préjudice subi par la victime, mais aussi garantir le responsable primaire²³⁴. L'utilité même de cette construction pourrait être suspectée dans la mesure où le droit des assurances interdit précisément à l'assureur du civilement responsable ce genre de recours. Les juridictions en interprétant les dispositions de la loi du 4 mars 2002 comme mettant fin à la responsabilité du fait d'autrui ne seraient pas en contradiction avec leur position actuelle, qui est de maintenir le recours du civilement responsable contre le responsable primaire et donc faire supporter au final le poids de l'indemnisation sur le véritable auteur du dommage. C'est donc en réalité l'assurance du

²³¹ V. BECET (M.), « l'échec du système actuel de la responsabilité pécuniaire des agents publics à l'égard de l'administration », in *Mélanges STASSINOPOULOS*, LGDJ 1974, p. 165.

²³² V. pour une étude détaillée de l'action de l'administration contre l'agent, GUETTIER (C.), « existe-t-il une responsabilité administrative du fait d'autrui », *Resp. Civ. Ass.* hors série novembre 2000, pp. 41-51, p. 48.

²³³ V. nos développements, deuxième partie, chapitre 1, §1.

²³⁴ JULIEN (J.), *la responsabilité civile du fait d'autrui, ruptures et continuités*, P.U. Aix-Marseille, 2001, p. 469.

civilement responsable qui protège le responsable primaire en limitant les possibilités d'exercer les recours. Or la loi du 4 mars 2002 octroie à l'assurance une place de choix dans le domaine médical. Cette loi a rendu obligatoire l'assurance de responsabilité, désormais en vertu de l'article L. 1142-2 du Code de la santé publique, les établissements de santé privés et les professionnels de santé exerçant à titre libéral ont l'obligation de souscrire une assurance couvrant les dommages qu'ils pourront occasionner aux malades. De plus l'assurance des établissements de santé doit couvrir les salariés « agissant dans la limite de la mission qui leur a été impartie, même si ceux-ci disposent d'une indépendance dans l'exercice de l'art médical », dans cette hypothèse l'assurance qui a indemnisé la victime, ne peut pas exercer de recours contre le responsable primaire, généralement le salarié de l'établissement de santé²³⁵, elle ne pourra pas non plus agir contra l'assureur du responsable primaire puisqu'il s'agit d'elle-même. Cependant, dans l'hypothèse où la responsabilité du fait d'autrui viendrait à disparaître, le poids final de l'indemnisation serait supporté par l'assurance de l'auteur du dommage et non personnellement par ce dernier. Il existe des hypothèses où l'auteur du dommage ne sera pas assuré²³⁶ : en cas de dépassement de plafonds de garantie et si l'auteur du dommage est un professionnel de santé salarié d'un autre professionnel de santé à moins qu'il ait souscrit volontairement une assurance.

Nous l'avons vu, le dépassement du plafond de garantie ne préjudicie pas les victimes de dommages médicaux puisque l'office national d'indemnisation des accidents médicaux se substituera à l'assureur²³⁷. L'office est alors subrogé, à concurrence des sommes versées, dans les droits de la victime « contre la personne responsable du dommage »²³⁸. L'office exercera donc un recours subrogatoire envers « la personne responsable du dommage », soit le responsable primaire. Ainsi l'auteur du dommage supportera l'épuisement de la couverture d'assurance prévue à l'article L.1142-2 CSP, que la responsabilité du fait d'autrui soit maintenue ou non, la situation sera identique.

Si l'auteur du dommage est un professionnel de santé salarié d'un autre professionnel de santé, aucune obligation de s'assurer ne lui est imposée. Il supportera donc seul le poids final de l'indemnisation. Certes la situation est différente si la responsabilité du fait d'autrui est maintenue mais uniquement si la victime agit contre le civilement responsable, dont l'assurance prendra en charge l'indemnisation du salarié et les recours de l'assurance seront limités. Si la victime agit directement contre l'auteur du dommage, il se retrouve dans une

²³⁵ V. l'article L 121-12 al 3 du Code des assurances.

²³⁶ V. nos développements *supra* deuxième partie, chapitre1, §1.

²³⁷ V. l'article L 1142-15 du Code de la santé publique.

²³⁸ Article L 1142-15 al 4 du C.S.P.

situation identique à celle décrite en cas de disparition de la responsabilité du fait d'autrui. Seule une légère modification de la législation comme nous l'avons vu précédemment²³⁹ pourrait garantir non seulement l'indemnisation de la victime mais aussi sauvegarder le professionnel de santé salarié.

Dans ce contexte, la suppression de la responsabilité du fait d'autrui ne semble pas préjudicier excessivement le professionnel de santé, auteur du dommage, sur son patrimoine personnel. Cependant, la disparition de la responsabilité du fait d'autrui expose systématiquement le professionnel de santé, auteur des dommages, aux poursuites de la victime. Il devra aussi supporter directement le poids de l'éventuelle indemnisation due à la victime, même si l'assurance, que ce soit l'assurance obligatoire ou le plus souvent, l'assurance de l'établissement de santé, couvrira cette indemnisation. Alors que le professionnel de santé exerçant dans le cadre hospitalier n'engage pas directement sa responsabilité, dès lors qu'il n'a pas commis de faute personnelle. L'administration hospitalière protège ses agents mis en cause dans le cadre de l'exercice de leurs fonctions. De plus nous l'avons vu, l'administration n'exerce que rarement un recours contre son agent. La loi du 4 mars 2002 a pourtant entendu harmoniser le secteur public et privé de la santé. Cependant à la lecture des travaux préparatoires, le législateur a surtout davantage harmoniser la situation des victimes que celle des professionnels de santé, auteur des dommages médicaux. On peut tout de même s'interroger sur le caractère durable d'une telle différence de traitement quant au poids final de l'indemnisation. Face à cette interrogation, il conviendra tout d'abord de connaître l'évolution de la jurisprudence administrative suite aux nouvelles dispositions de la loi du 4 mars 2002. Mais la décision du Conseil d'Etat du 28 décembre 2001²⁴⁰ relative à cette protection offerte par l'administration hospitalière pourrait à l'avenir tempérer cette distinction. Les faits ayant donné lieu à cette décision sont les suivants : Le 29 juillet 1996, un homme (M. X) souffrant d'une névralgie cervico-brachiale était accueilli dans le service de radiologie d'un CHU parisien pour y subir un examen scanographique. Les trois seringues de produit de contraste qui devaient être injectées lors de l'examen avaient été préparées et placées sur une table proche du patient où se trouvait également une seringue contenant de l'eau non stérile, destinée à remplir des ballonnets de sonde rectale. A la suite d'une erreur de manipulation, cette dernière fut injectée au malade. Bien que s'étant rendu compte de l'erreur, le médecin radiologue et la manipulatrice n'en informaient pas le malade et poursuivaient, comme si de rien n'était, l'examen. Rentré chez lui, M. X était quelques heures plus tard pris de

²³⁹ V. nos développements deuxième partie, chapitre 1, §2.

²⁴⁰ CE 28 décembre 2001, A.J.D.A. avril 2002, pp. 259-262.

vomissements et de fièvre. Dans la nuit du 29 au 30 juillet, il était admis en urgence dans le service de réanimation du centre hospitalier proche de son domicile, avec le diagnostic de choc septique. Les médecins réanimateurs ont contracté l'établissement où avait eu lieu l'examen scanographique. Mais le chef de service de radiologie, qui avait été informé de l'erreur de manipulation, ordonnait à son personnel de ne fournir aucune information sur l'origine de l'accident. Ce n'est que le 1^{er} août que le chef de service de radiologie portait à la connaissance des médecins réanimateurs du CHU, l'erreur commise dans son service. M. X était, alors atteint d'une défaillance multiviscérale gravissime. Ce n'est que fin août qu'il pouvait être transféré de réanimation en rééducation fonctionnelle où il séjournait deux mois, avant de regagner son domicile.

Ayant été mis en examen sur le fondement de blessures involontaires et de non-assistance à personne en danger, le chef de service sollicitait de l'administration hospitalière pour qu'elle assure la défense de ses intérêts et prenne en charge les honoraires de son avocat. Il invoquait, au soutien de sa demande, les dispositions de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, dans sa rédaction issue de la loi du 16 décembre 1996, laquelle fait obligation à la collectivité publique d'accorder sa protection au fonctionnaire dans le cas où il ferait l'objet de poursuites pénales à l'occasion de faits qui n'ont pas le caractère de faute personnelle. Mais l'administration hospitalière rejetait toute demande au motif que, selon elle, la faute du chef de service avait le caractère d'une faute personnelle. Le praticien exerçait un recours afin d'obtenir l'annulation de cette décision. Par cet arrêt du 28 décembre 2001, le Conseil d'Etat validait l'analyse de l'administration hospitalière et rejetait la requête du médecin radiologue.

Cette décision est particulièrement innovante en ce qu'elle permet à l'administration hospitalière de refuser à un de ses agents le bénéfice de sa protection en invoquant elle-même le caractère personnel de la faute. Bien que la faute du médecin en cause paraisse incontestable et, pour le Conseil d'Etat « inexcusable au regard de la déontologie de la profession », cette décision est néanmoins audacieuse en ce qu'elle permet à l'administration hospitalière d'invoquer le caractère personnel de la faute alors qu'aucune juridiction de jugement ne l'avait retenue. Dans cette hypothèse, le praticien se retrouve dans une situation bien plus fragile que celle du médecin exerçant à titre libéral. En effet, ce médecin doit assurer personnellement les frais de sa défense et, surtout, en cas de condamnation, le versement des indemnités accordées à la victime et/ou à ses ayants droit. Le commentaire du sou médical, relatif à cette décision est explicite : « *Bien que la récente loi du 4 mars 2002 relative aux*

droits des malades et à la qualité du système de santé n'institue une obligation d'assurance qu'à la charge des médecins exerçant à titre libéral et des établissements de santé, l'étude de cette décision est l'occasion de rappeler avec force qu'il est vivement conseillé aux médecins hospitaliers de souscrire, à titre personnel, une assurance de responsabilité civile professionnelle, afin de les garantir en pareille situation »²⁴¹.

CONCLUSION

Les récentes décisions jurisprudentielles s'orientent vers une objectivation de la responsabilité du fait d'autrui. Elles aboutissent corrélativement à une harmonisation des régimes des responsabilités du fait d'autrui. Le commettant est dorénavant, en principe, responsable exclusivement des dommages causés par le préposé agissant dans le cadre de sa mission²⁴². En affirmant que les parents sont désormais responsables de plein droit du fait des dommages causés par leurs enfants mineurs habitant avec eux, la Cour de cassation a consacré une responsabilité objective des parents²⁴³. De même, il ne fait plus aucun doute que la responsabilité générale du fait d'autrui au sens de l'article 1384 alinéa 1^{er} peut s'analyser comme une responsabilité de plein droit des dommages causés à autrui²⁴⁴. L'objectivation de la responsabilité du fait d'autrui conduit à une autonomie entre la responsabilité du civilement responsable et celle du responsable primaire et conduit ainsi à l'avènement d'une

²⁴¹ V. <http://www.lesoumedical.fr>.

²⁴² V. Cass. Ass. plen. 25 février 2000, D. 2000, jur. p. 673, note BRUN (Ph.) ; J.C.P. éd. G. 2000, II, 10295, concl. KESSOUS (R.), note BILLIAU (M.).

²⁴³ Cass. 2^{ème} Civ. 19 février 1997, D. 1997, jur. p. 265, note JOURDAIN (P.) ; J.C.P. éd. G. 1997, II, 22848, concl. KESSOUS (R.), note VINEY (G.).

²⁴⁴ Cass. 2^{ème} Civ. 16 mars 1994, Resp. Civ. Ass. 1994, obs. AGARD-PEANO (M.-A.) ; Cass. Crim. 26 mars 1997, J.C.P. éd. G., II, 22868, rapp. DESPORTES (P.).

responsabilité directe. Ainsi, par exemple, le commettant doit assumer directement la charge des risques créés par l'activité économique dont il bénéficie, le préposé n'étant tenu de répondre que de l'excès de mission. L'activité, l'entreprise est mise au premier plan. Le civilement responsable doit supporter les risques de l'entreprise dont il a la maîtrise, et dont il retire profit. Il en résulte une raison d'être, commune à l'ensemble des responsabilités du fait d'autrui, l'autorité du répondant sur l'auteur du fait dommageable²⁴⁵. L'importance de la notion d'autorité n'est pas nouvelle. M. FLOUR avait pu la définir dès le début du siècle comme le droit de fixer le but auquel doit tendre l'activité de l'autre et les moyens à employer²⁴⁶. Ainsi, les responsabilités du fait d'autrui n'ont plus comme point de départ, la responsabilité de l'auteur du fait dommageable mais le risque que le répondant doit assumer en contre partie de l'autorité qu'il exerce sur lui. La suppression d'une analyse de la responsabilité personnelle de l'auteur du dommage permet de faire peser sur l'entreprise ou les parents la responsabilité qui découle de l'autorité exercée sur les préposés ou enfants.

Cette évolution n'est certes pas exempte de critiques, il serait certainement préférable de développer une conception subjective de la responsabilité du fait d'autrui²⁴⁷, qui s'opposerait à une réification de l'être humain, le responsable primaire ne peut être considéré que comme le simple bras exécutant du civilement responsable. Néanmoins, un constat s'impose, la responsabilité du fait d'autrui en droit médical ne peut absolument pas s'insérer au sein d'une telle évolution voire révolution. En effet, elle s'oppose aux trois piliers de ce mouvement : l'objectivation, l'autorité et l'autonomie.

Comme nous avons essayé de le mettre en exergue au travers de cette étude, l'objet de l'activité médicale s'oppose à toute objectivation. Il ne semble pas possible de se concentrer uniquement sur l'entreprise, l'activité et les risques engendrés par celle-ci, alors que l'auteur du dommage agit directement sur le corps humain, sur la personne humaine.

Par ailleurs, s'il est envisageable de concilier la notion d'autorité inhérente à la responsabilité du fait d'autrui avec l'indépendance professionnelle des praticiens, c'est uniquement dans le but d'améliorer l'indemnisation des victimes de dommages médicaux. Il serait à notre avis

²⁴⁵ V. FREMEAUX (S.), « L'excès de mission dans la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés », *Droit et patrimoine* décembre 2002, pp. 40-48, p. 47.

²⁴⁶ FLOUR (J.), *Les rapports de commettant à préposé dans l'article 1384 du Code civil*, thèse Caen, Dalloz, 1933.

²⁴⁷ V. pour un exposé approfondi de la conception subjective de la responsabilité du fait d'autrui, JULIEN (J.), *la responsabilité civile du fait d'autrui, ruptures et continuités*, P.U. Aix-Marseille, 2001, 526p., pour qui l'unique fondement de la responsabilité du fait d'autrui est la volonté du civilement responsable d'exercer certaines prérogatives sur la personne du responsable primaire, fondement complété par l'exercice effectif de ces pouvoirs.

incohérent, d'interpréter largement la notion d'autorité pour protéger l'auteur du dommage d'éventuelles poursuites.

Enfin, l'autonomie entre la responsabilité du civilement responsable et celle de l'auteur du dommage, à laquelle tend l'évolution est en contradiction absolue avec l'exigence de la faute prévue à l'article L.1142-1 du Code de la santé publique. Or nous l'avons développé, la responsabilité du fait d'autrui en droit médical, suite à la loi du 4 mars 2002 ne pourra perdurer que si l'on constate au préalable une faute de la part de l'auteur du dommage. Les responsabilités sont superposées et en aucun cas autonome l'une de l'autre.

Ainsi la responsabilité du fait d'autrui en droit médical ne pouvant suivre le mouvement d'ensemble, devra soit, entretenir, à chaque instant, avec attention sa spécificité, soit, disparaître.

Au travers de cette étude, nous n'avons pas rencontré d'obstacles majeurs à la disparition définitive de la responsabilité du fait d'autrui en droit médical, disparition sous-jacente dans la loi du 4 mars 2002. La responsabilité du fait d'autrui est cependant bien ancrée dans la jurisprudence médicale. Les magistrats devront changer leur habitude, mais ces derniers agissent essentiellement en fonction des arguties des plaideurs. Or, les victimes ont tendance à agir directement contre le civilement responsable, la clinique ou le praticien. S'ils sont avertis qu'ils doivent agir uniquement contre l'auteur du dommage mais que par ailleurs ils ont la garantie d'obtenir leur éventuelle indemnisation (assurance obligatoire et Office national d'indemnisation), ils ne soulèveront aucune critique à la disparition de la responsabilité du fait d'autrui à l'avenir.

L'auteur du dommage ne pouvant appeler en garantie le civilement responsable ne s'indignera pas non plus de la disparition de la responsabilité du fait d'autrui dès lors que son assurance couvrira les indemnités dues aux victimes. En effet, l'auteur du dommage, tiers ou préposé, verra certes sa responsabilité personnelle engagée, mais ne supportera pas sur son patrimoine personnel le poids définitif de l'indemnisation grâce à l'assurance.

Le civilement responsable se réjouira de la disparition de la responsabilité du fait d'autrui, sa réputation n'étant plus susceptible d'être ternie par la mise en jeu de sa responsabilité civile. Son assureur, du moins si le civilement responsable est un établissement de santé privé, prendra cependant en charge les dommages occasionnés par ses salariés.

Seuls ceux, voulant faire de la responsabilité du fait d'autrui un instrument de protection de l'auteur du dommage regretteront amèrement sa disparition²⁴⁸. Il apparaît donc que la responsabilité du fait d'autrui en droit médical après la loi du 4 mars 2002 pourrait disparaître tout simplement si l'assurance remplit avec exactitude ses fonctions. En effet, la loi du 4 mars 2002 a mis en place notamment une assurance pour compte, de sorte que les exceptions de garantie telles que la non-assurance ou les limites de garantie sont opposables à ceux qui peuvent se prévaloir de la qualité d'assurés. Le problème n'est pas nouveau, il se rencontre notamment dans le cadre de l'assurance obligatoire de recherches biomédicales ou encore de l'assurance obligatoire de responsabilité sportive. M. GROUDEL estime que « *finalement dans ce genre de contrat collectif, personne ne peut savoir s'il est correctement assuré* »²⁴⁹. Il appartient à chaque professionnel de santé de vérifier les garanties souscrites pour leur compte afin, le cas échéant de souscrire une assurance personnelle de responsabilité de façon à être protégé contre une défaillance de celle souscrite par l'établissement.

Une dernière difficulté peut être soulevée s'agissant du devenir de la responsabilité du fait d'autrui. Nous l'avons vu, elle occupe actuellement une place prépondérante en droit médical²⁵⁰. Cependant, il est vraisemblable que son importance sera considérablement amoindrie par le développement du règlement amiable des dommages médicaux. Les institutions visant au règlement amiable des contentieux se sont développées en droit français depuis quelques années²⁵¹. Cette tendance se retrouve en matière médicale²⁵². La loi du 4 mars 2002 a poursuivi cet effort en mettant en place des commissions régionales de conciliation et d'indemnisation. La conciliation peut être effectuée quelle que soit la gravité du dommage médical, alors que la commission ne peut poursuivre la procédure d'indemnisation que pour les dommages excédent un seuil de gravité fixé à 24%²⁵³. Au sein de cette procédure plus rapide pour les victimes, le concept de responsabilité du fait d'autrui apparaît exclu. La commission doit en effet désigner uniquement « l'assureur de la personne (qu'elle considère) comme responsable »²⁵⁴. Ainsi la responsabilité du fait d'autrui a vocation à perdre de son importance, un tel mécanisme ne pourra plus être utilisé que lors de recours contentieux.

²⁴⁸ Il est à noter que si la responsabilité du fait d'autrui était maintenue en droit médical, ces auteurs critiqueront comme ils le font actuellement sa spécificité, à savoir le maintien de la possibilité d'engager directement la responsabilité civile de l'auteur du dommage.

²⁴⁹ V. GROUDEL (H.), Resp. Civ. Ass. 1991, chron. 18.

²⁵⁰ V. nos développements en introduction.

²⁵¹ V. sur la question RUELLAN (F.), « Les modes alternatifs de résolution des conflits : pour une justice plurielle dans le respect du droit », J.C.P. 1996, éd. G., I, p. 135.

²⁵² V. sur l'ensemble de la question HARICHAUX (M.), « Modes alternatifs de règlement des conflits dans le droit de la santé », R.D.sanit.soc., avril-juin 1997, pp. 271-287.

²⁵³ V. décret n°2003-314 du 4 avril 2003, J.O. du 5 avril 2003, p. 6114.

²⁵⁴ V. l'article L. 1142-14 du Code de la santé publique.

L'objectif de la loi du 4 mars 2002 est sur ce point certain, diminuer ce type de recours, même si la victime non seulement, conserve le choix entre une procédure amiable ou juridictionnelle, mais aussi se voit dans certain cas, privée de l'aide des CRCI, faute d'avoir atteint le seuil de gravité. Il ne paraît pas ainsi déraisonnable d'estimer que la loi du 4 mars 2002 a pu sonner le glas de la responsabilité du fait d'autrui en droit médical. Si les intérêts des victimes de dommages médicaux ou des professionnels de santé, auteur de ces dommages, sont mis en péril, dans des cas d'espèce, par les dispositions de la loi du 4 mars 2002, la responsabilité du fait d'autrui, tel le phénix pourra toujours renaître de ses cendres.

BIBLIOGRAPHIE

I- OUVRAGES GENERAUX

BUFFELAN-LANORE (Y.), *Droit civil, deuxième année*, Armand Colin, 6^{ème} éd., 545p.

LE TOURNEAU (P.), CADIET (L.), *Droit de la responsabilité et des contrats : responsabilités civile et pénale, responsabilités civiles délictuelles et quasi-délictuelles*, Paris, Dalloz action 2000, 1420p.

MAZEAUD (H., L. et J.), CHABAS (F.), *Leçons de droit civil*, t 2-premier volume, *Obligations-Théorie générale*, Paris, Montchrétien, 9^{ème} éd., 1998, 1353p.

VINEY (G.), *Traité de droit civil, Les obligations. La responsabilité : conditions*, Paris, L.G.D.J., 2^{ème} éd., 1998, 1226p.

II- OUVRAGES SPECIAUX :

II – 1 – Monographies et thèses

AMBIALET (J.), *Responsabilité du fait d'autrui en droit médical*, préface M. de JUGLART, Bibliothèque de droit privé, tome 54, Paris, L.G.D.J., 1965, 224p.

DORSNER-DOLIVET (A.), *Contribution à la restauration de la faute : condition des responsabilités civile et pénale, dans l'homicide et les blessures par imprudence : à propos de la chirurgie*, Paris, L.G.D.J., 1986, 495p.

JULIEN (J.), *La responsabilité civile du fait d'autrui, ruptures et continuités*, P.U. Aix-Marseille, 2001, 519 p., Préface P. LE TOURNEAU.

LAMBERT-FAIVRE (Y.), *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, Paris, Dalloz, 4^{ème} éd. 2000, 917p.

MARTINI (P.), *La responsabilité du chirurgien*, collec. Thèses, les Etudes hospitalières, 1999, 456p.

SAVATIER (R. et J.), AUBY (J.-M.) et PEQUIGNOT (M.), *Traité de droit médical*, Paris, Litec, 1956.

TUNC (A.), « Responsabilité civile et dissuasion des comportements anti-sociaux », in *Aspects nouveaux de la pensée juridique, Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, t.1, pp. 407-415.

II – 2 – Rapports et documents officiels :

ASSEMBLEE NATIONALE

Débats du 2 octobre 2001, J.O. A.N. n° 53, 3 octobre 2001, p. 5321-5322.

EVIN (C.), CHARLES (B.), DENIS (J.-J.), Rapport d'information, déposé en application de l'article 145 du règlement de la commission des affaires culturelles, sur la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, Ass.Nat., n° 3688, 11 avril 2002, <http://www.assemblee-nat.fr/rap-info/i3688.asp>.

EVIN (C.), CHARLES (B.), DENIS (J.-J.), Rapport n° 3263, Ass. Nat. 1^{ère} lecture, rendu au nom de la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé, <http://www.assemblee-nat.fr/rapports/r3263-3.asp>

III- ETUDES DOCTRINALES ET ARTICLES

BECET (M.), « L'échec du système actuel de la responsabilité pécuniaire des agents publics à l'égard de l'administration », in *Mélanges STASSINOPOULOS*, LGDJ 1974.

BECQUE (E.), « De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle, contribution à l'étude du droit comparé des obligations », *R.T.D.Civ.*, 1914, pp. 251-320.

BLANBLUET (G.), « La responsabilité professionnelle du fait d'autrui », *P. Aff.* 11 juillet 2001, numéro spécial, pp. 89-94.

BRUN (P.), « L'évolution des régimes particuliers de responsabilité du fait d'autrui », *Resp. Civ. Ass. Hors-série* novembre 2000, pp. 10- 17 ;

COURTIEU (G.), « L'assurance obligatoire de la responsabilité médicale », *Resp. Civ. Ass.* avril 2003, pp. 1-3.

COURTIEU (G.), « L'indemnisation des accidents médicaux : des lois perverses », *Resp. Civ. Ass.* mars 2003, pp. 4-6.

DEMEESTER (M.L.), « L'assurance des risques de santé et la loi n°2002-303 du 4 mars 2002 », R.D.sanit.soc. octobre-décembre 2002.

DREIFUSS-NETTER (F.), « Feue la responsabilité civile contractuelle du médecin ? », Resp. Civ. Ass. 2002, pp. 4- 8.

DUBOUIS (L.), « La réparation des conséquences des risques sanitaires », R.D.sanit.soc., oct.-déc. 2002.

FABRE (H.), « Responsabilité conjointe ou partagée de l'anesthésiste et du chirurgien (ou obstétricien) », Méd. et droit janvier-février 1997, pp. 9- 13.

FREMEAUX (S.), « L'excès de mission dans la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés », Dt. et patrimoine décembre 2002, pp. 40-48.

GROUTEL (H.), « La responsabilité des cliniques », Resp. Civ. Ass., Hors-série juillet-août 1999, pp. 27-35.

GUETTIER (C.), « Existe-t-il une responsabilité administrative du fait d'autrui ? », Resp. Civ. Ass. hors série novembre 2000, pp. 41-51.

GUIGUE (J.) et ESPER (C.), « La responsabilité du fait anesthésique », Gaz. Pal. 24 octobre 1998, pp. 1384-1390.

HARICHAUX (M.), « Modes alternatifs de règlement des conflits dans le droit de la santé », R.D.sanit.soc., avril-juin 1997, pp. 271-287.

JOURDAIN (P.), « La responsabilité du médecin du fait d'autrui », Resp. Civ. Ass. hors série juillet-août 1999, pp. 16- 18.

JOURDAIN (P.), « La responsabilité du fait d'autrui en droit médical », P. Aff. 22 septembre 1999, pp. 29-35.

LACHAUD (Y.), « La responsabilité des cliniques du fait de l'activité des médecins libéraux. Vers une évolution réglementaire et jurisprudentielle ? » Gaz. Pal. 1995, 2, Doctr., p. 923.

LACHAUD (Y.), « Responsabilités des établissements de santé privés du fait de l'activité des médecins libéraux », Méd. et droit 1996, n° 17, pp. 14-16.

LACHAUD (Y.), « La mise en œuvre de l'action en responsabilité civile médicale après la loi du 4 mars 2002 », Dt et patrimoine janv. 2003, p.95-104.

LAMBERT-FAIVRE (Y.), « L'éthique de la responsabilité », R.T.D.Civ. 1998, Chron. pp. 1-22.

LASSALE (J.-Y.), « la responsabilité civile du fait pénal d'autrui », Rev.sc.crim. 1993, p.19-32.

MAZEAUD (D.), « Responsabilité civile : petit bilan annuel », Dt et patrimoine mars 2003, pp. 62- 68.

MEMETEAU (G.), « La responsabilité médicale de la clinique privée », R.D.sanit.soc. 1997, pp. 96-103.

PORCHY-SIMON (S.), « Regard critique sur la responsabilité civile de l'établissement de santé privé du fait du médecin », in *Droit et économie de l'assurance et de la santé, mélanges offerts à LAMBERT*, Paris, Dalloz 2002, pp. 361-374.

RADE (C.), « La réforme de la responsabilité médicale après la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé », Resp. Civ. Ass. mai 2002, pp. 4-12.

RADE (C.), « Il faut sauver la jurisprudence Costedoat », Resp. Civ. Ass. juillet-août 2002, pp. 9-12.

RADE (C.), « La solidarité au secours de la responsabilité », Resp. Civ. Ass. Février 2003, pp. 7-9.

REMY (P.), « La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept », R.T.D.Civ. 1997, pp. 323-355.

SAINT-PAU (J.C.), « La responsabilité du fait d'autrui est-elle devenue une responsabilité personnelle et directe », Resp. Civ. Ass. octobre 1998, pp. 4-7.

SARGOS (P.), « Réflexions sur les accidents médicaux et la doctrine jurisprudentielle de la Cour de cassation en matière de responsabilité médicale », D. 1996, Chron. p. 365.

SARGOS (P.), « La doctrine jurisprudentielle de la Cour de cassation en matière d'obligations des établissements de santé privés et des personnes y exerçant leur activité », Resp. Civ. Ass. n° 7-8 bis, juillet 1999, hors série, pp. 35-46.

SARGOS (P.), intervention orale lors du colloque « droit médical : état du droit et (r) évolution » du 30 octobre 2002, lille.

VELARDOCCHIO (D.), « Les sociétés d'exercice libéral », Dt. et patrimoine janvier 2003, p. 53- 59.

IV- JURISPRUDENCE

Civ, 20 mai 1936, D. 1936, jurispr. p.88- 96. Cass. ; G.A.J.C., 11^{ème} éd. n° 161-162.

CE, ass., 28 juillet 1951, GAJA n°76.

Cass. 1^{ère} Civ., 18 octobre 1960, J.C.P. G. 1960, II, 11846, note SAVATIER (R.) ; D. 1961, p.125-126.

Cass. 2^{ème} Civ, 8 octobre 1969, Bull Civ., II, n° 269.

Cass. 1^{ère} Civ. 27 mai 1971, J.C.P. 1971, II, 16833, note SAVATIER (R.).

Cass. 2^{ème} Civ. , 6 février 1974, D. 1974, p. 409-410, note LE TOURNEAU

Cass. 1^{ère} Civ., 1^{er} juin 1976, D. 1976, somm. 63, J.C.P. 1976, II, 18483, obs. SAVATIER.

Civ. 1^{ère}, 25 mai 1983, J.C.P. 1984, II, 20281, note DORSNER-DOLIVET (A.)

Cass. Crim. 13 décembre 1983, Bull. crim., n° 342.

Cass. 1^{ère} Civ., 9 octobre 1984, dame BUTELLI et a. , Bull. Civ. I, n° 251.

Cass. 2^{ème} Civ. 4 mai 1987, Gaz. Pal.1987, p. 428, note CHABAS

Cass. 2^{ème} Civ., 3 mars 1988, Bull. Civ. 1988, II, n° 58

Cass. 1^{ère} Civ., 4 juin 1991, J.C.P. 1991, II, 21730, pp. 317- 320, note SAVATIER (J.).

Cass. 2^{ème} Civ., 4 mars 1992, J.C.P. 1992, II, 21941, note DEJEAN DE LA BATIE (N.).

Cass. Crim., 5 mars 1992, J.C.P. 1993, II, 22013, pp. 100- 102, note CHABAS (F.).

Cass. 2^{ème} Civ., 25 novembre 1992, J.C.P. 1993, IV, p. 336, obs. VINEY (G.).

Cass. Com., 12 octobre 1993, D. 1994, juris. p. 124-129, note VINEY (G.) ; J.C.P. 1995, II, 22493, note CHABAS (F.).

Cass. 1^{ère} Civ, 30 octobre 1995, Bull n° 383, p. 267.

Cass. 1^{ère} Civ. 17 mars 1998, Bull. n° 111.

Cass. 1^{ère} Civ., 27 mai 1998, J.C.P. 1998, I, 187, n°32, obs. VINEY (G.)

Cass. 1^{ère} Civ. 7 juillet 1998, Bull n° 239, p. 131.

Cass. 2^{ème} Civ. 19 janvier 1999, Resp. Civ. Ass. 1999, chron. 10, GROUTEL

Cass. 1^{ère} Civ. 26 mai 1999, Dt et patrimoine juillet- août 1999, p. 84 ; R.T.D.Civ. 1999, pp. 634-636, note JOURDAIN (P.)

T.C., 14 février 2000, D. 2000, I.R. p.138 ; J.C.P. 2001, éd.G., II, 10584, note HARDY ; P.Aff., 26 avril 2001, note DE ANDRADE

Cass. ass. plén. 25 février 2000, D. 2000, jur., p. 673, note BRUN (Ph.), J.CP. G 2000, II, 10295, obs. JOURDAIN (P.).

Civ, 1^{ère}, 8 nov. 2000, R.D.sanit.soc. 2001, p.54, note DUBOUIS.

Civ. 17 nov. 2000, J.C.P. 2000, II, 10438, ccl. St ROSE (J.) et rapp. SARGOS (P.).

Cass. 1^{ère} Civ., 13 mars 2001, Gaz. Pal. 2002, juris, p. 387-390, note GENCY-TANDONNET (D.).

Cass. 2^{ème} Civ., 10 mai 2001, D. 2001, jur., p. 2851, note TOURNAFOND (O.) ; J.C.P. 2001, II, 10613, note MOULY (J.) ; R.T.D.Civ 2001, p. 601., obs. JOURDAIN (P.) ; P. Aff. 3 décembre 2001, p. 10, note NIBOYET (F.) ; J.C.P. 2002, I, p. 124, obs. VINEY (G.).

Cass. 2^{ème} Civ., 10 mai 2001, D. 2001, jur., p. 2851, note TOURNAFOND (O.) ; J.C.P. 2001, II, 10613, note MOULY (J.) ; R.T.D.Civ 2001, p. 601., obs. JOURDAIN (P.) ; P. Aff. 3 décembre 2001, p. 10, note NIBOYET (F.) ; J.C.P. 2002, I, p. 124, obs. VINEY (G.).

CA Paris 25 octobre 2001, Gaz. Pal. 19 juin 2002, p. 31, note BONNEAU (J.).

C.A. Rennes, 28 novembre 2001, Clinique Jeanne d'Arc c/ L., Juris-Data 180856, in R.D.sanit.soc. 2003, p.59.

Cass. ass. plén. 14 décembre 2001, J.C.P. G. 2002, II, 10026, obs. BILLIAU ; R.T.D.Civ. 2002, p. 109, obs. JOURDAIN (P.).

CE 28 décembre 2001, A.J.D.A., avril 2002, pp. 259-262.

Cass, 2^{ème} Civ., 30 janvier 2002, Dr. et patrimoine 2003, n°111, chr. N°3205, obs. CHABAS (F.) ; P. Aff. 18 nov. 2002, p. 10, note STOFFEL-MUNCK (Ph.) ; R.T.D.Civ. 2002, p. 321, obs. GAUTIER (P.-Y.).

Cass. 1^{ère} Civ., 9 avril 2002, Bull. Civ. I, n° 114 ; Resp. Civ. Ass. 2002, chron n° 13, obs. RADE (C.) ; R.T.D.Civ. 2002, pp. 516-519, obs. JOURDAIN (P.).

C.J.C.E. 25 avril 2002, D. 2002, p. 2462, note LARROUMET ; R.T.D.Civ 2002, p.523, obs. JOURDAIN

CA Aix-en-Provence, 18 juin 2002, R.D.sanit.soc. 2003, p. 60.

CE, 5 et 7 ssect., 27 septembre 2002, req n°211370, J.C.P. 2003, IV, p. 1232, obs. ROUAULT (M.C.)

Cass. 1^{ère} Civ. 13 novembre 2002, D. 2003, IR p.41 ; D. 2003, jur. pp. 580-583, note DEIS-BEAUQUESNE (S.).

Cass. Ass. plén. 13 décembre 2002, P.Aff. 18 avril 2003, pp. 16-20, note LAYDU (J.B.) ; J.C.P. 2003, II, 10010, note HERVIO-LELONG.

Cass., Avis n° 0020006P du 22 nov. 2002, Bull. 2002 avis n°5, p.7.

V- LOIS, DECRETS, ORDONNANCES

Loi n° 2002-303, 4 mars 2002, J.O. 5 mars 2002, p.4118.

Loi n° 2002-1577 du 30 décembre 2002, relative à la responsabilité civile médicale : J.O. n° 304 du 31 déc. 2002, p. 22100.

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, J.O. du 6 juillet 1985, p. 7584.

Loi n° 98-389 du 19 mai 1998, J.O. du 21 mai 1998, p. 7744.

Code de déontologie des sages-femmes, décret n° 91-779 du 8 août 1991, J.O. du 14 août 1991.

Code de déontologie des chirurgiens-dentistes, décret n° 94-500 du 15 juin 1994, J.O. du 22 juin 1994.

Décret n°2003-314 du 4 avril 2003, J.O. du 5 avril 2003, p.6114.

Tables des matières

Introduction.....	1
Première partie – L'existence incertaine de la responsabilité du fait d'autrui en droit médical après la loi du 4 mars 2002.....	15
Chapitre 1 : La disparition apparente de la responsabilité du fait d'autrui en tant que responsabilité sans faute.....	17
§1- L'exclusion législative de la responsabilité du fait d'autrui du domaine de la responsabilité médicale.....	17
A- L'exclusion du domaine de la responsabilité pour faute	17
B- l'exclusion du domaine de la responsabilité sans faute	19
§2- Le recours impossible au système de responsabilité de droit commun.....	20
A- L'autonomie de la loi en matière de réparation de dommages médicaux	21
B- Une loi autonome n'instituant pas une responsabilité légale : le problème du maintien de la distinction entre responsabilité délictuelle et contractuelle.....	25
Chapitre 2 : Un maintien possible de la responsabilité du fait d'autrui en tant que responsabilité pour faute d'autrui.....	30
§1 - La faute visée à l'article L.1142-1 I al 1er : faute personnelle ou faute d'autrui.....	30
A- L'interprétation de l'exigence d'une « faute »	30
B- Une interprétation possible par l'absence de volonté explicite du législateur.....	32
§2- La réaffirmation d'une responsabilité du fait d'autrui traditionnelle en droit médical...	33
A- Le préalable de la responsabilité du fait d'autrui : l'exigence d'une faute du tiers ou du préposé.....	33
B- Le caractère indirect de la responsabilité du fait d'autrui en droit médical.....	35

Deuxième partie - La recherche d'une nécessité de la responsabilité du fait d'autrui en droit médical après la loi du 4 mars 2002.....	40
Chapitre 1 : Vers l'inutilité de la responsabilité du fait d'autrui pour les victimes.....	42
§1- Le recours à l'assurance obligatoire: une nouvelle garantie pour les victimes.....	42
A- La distinction : exercice à titre libéral, à titre salarié.....	42
La nature des rapports entre les établissements de santé privés avec les personnes y exerçant leur activité.....	43
1- les rapports « établissements de santé privés/ professions médicales.....	43
S'agissant de la responsabilité contractuelle du fait d'autrui.....	44
S'agissant de la responsabilité délictuelle du fait d'autrui.....	48
2- les rapports « établissements de santé privés/auxiliaires médicaux » :	51
La nature des rapports entre les membres des professions médicales et les professionnels de santé qui l'assistent.....	54
1- les rapports entre un membre d'une profession de santé et un autre	54
La responsabilité contractuelle du fait d'autrui :	54
La responsabilité délictuelle du fait d'autrui.....	56
2- les rapports entre un membre d'une profession médicale et les auxiliaires médicaux :	57
B- Le critère des limites de la mission : la distinction entre mission et fonction.....	59
C- Le critère du plafond de garantie.....	61
§2- La possibilité de pallier les insuffisances de l'assurance.....	62
A- L'extension de l'assurance des médecins exerçant à titre libéral au profit de leurs salariés.....	62
B- L'interprétation extensive de la fonction de substitution de l'office face au critère des limites de la mission.....	64
Chapitre 2 : L'absence d'utilité de la responsabilité du fait d'autrui pour les professionnels de santé : son caractère auxiliaire.....	66
§1- Au stade de l'obligation à la dette.....	66
A- La responsabilité du cocontractant ou du commettant du fait d'autrui.....	67
B- La responsabilité personnelle du tiers ou du préposé.....	69
§2- Au stade de la contribution à la dette.....	77
A- Une responsabilité du fait d'autrui provisoire : existence de recours pour le civilement responsable.....	78
B- L'ineffectivité des recours.....	81

