

Thèse de Doctorat

Claudia Mosquera

*Thèse présentée en vue de l'obtention
du grade de Docteur de l'Université de Nantes
Sous le label de l'Université Nantes Angers Le Mans*

Discipline : Droit
Spécialité : Droit Public
Laboratoire : DCS

Soutenue le 6 octobre 2015

École doctorale : DEGEST
Thèse N°

LA RESPONSABILITÉ DU FAIT DE LA PRESTATION DES SERVICES DE SANTÉ

Analyse comparative du droit colombien et du droit français

JURY

Rapporteurs : **Mme. Jacqueline MORAND-DEVILLER**, Professeur, Université de Paris1
Mme. Marie-Laure MOQUET-ANGER, Professeur, Université de Rennes1

Examineurs : **M. Éric MONDIELLI**, Professeur, Université de Nantes
M. Libardo RODRIGUEZ, Ex Conseiller d'État de la Colombie

Directeur de Thèse : **M. René HOSTIOU**, Professeur émérite, Université de Nantes

L'Université de Nantes n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans la présente thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

*À Victoria,
le moteur de ma vie.*

Remerciements :

À mon directeur de thèse, Monsieur Hostiou,
pour sa confiance, ses encouragements, ses conseils et
sa disponibilité pendant toutes ces années.
Ces quelques lignes sont peu de choses et ne pourront jamais
exprimer toute ma gratitude,

À ma famille, celle du sang et celle du cœur, et
en particulier à ma mère, pour leur soutien sans faille,

À Alexis, Gabriel, Gustavo,
Maria Aurora, Tatiana, Xiomara,
en témoignage de ma gratitude et de mon amitié,

Mention spéciale à mon époux Pierre-Yves,
qui m'a supportée et soutenue pendant
toutes ces années de thèse.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	13
LE CADRE GÉNÉRAL DE LA RESPONSABILITÉ DES ORGANISMES PRESTATAIRES DES SERVICES DE SANTÉ EN COLOMBIE	39
<i>TITRE I. Les fondements de la responsabilité hospitalière et médicale</i>	<i>43</i>
Chapitre I. Les fondements institutionnels de la responsabilité hospitalière et médicale	46
Chapitre II. Les fondements contractuels de la responsabilité médicale	104
<i>TITRE II. Nature des obligations à la charge des services hospitaliers et médicaux</i>	<i>195</i>
Chapitre I. Les obligations de moyens et les obligations de résultat	200
Chapitre II. Les obligations de résultat. Vers l'objectivisation de la responsabilité ?	239
DEUXIÈME PARTIE :	287
LA MISE EN ŒUVRE DE LA RESPONSABILITÉ HOSPITALIÈRE ET MÉDICALE	287
<i>TITRE I. L'obligation d'indemniser en matière de responsabilité hospitalière et médical</i>	<i>289</i>
Chapitre 1. La responsabilité des établissements prestataires. Bref récapitulatif d'actes constitutifs d'une faute	295
Chapitre 2. La responsabilité personnelle des agents et la responsabilité en équipe	336
<i>TITRE II. La réparation du préjudice dans le cadre de la responsabilité hospitalière et médicale</i>	<i>372</i>
Chapitre 1. Les principaux critères d'évaluation subjectifs et objectifs utilisés par le juge en matière de responsabilité	373
Chapitre 2. Les dispositifs de réclamation et d'indemnisation	416
CONCLUSION	460
BIBLIOGRAPHIE	465

Table des sigles

A l'égard des juridictions

C.C. : Conseil Constitutionnel

CA : Cour d'appel

CAA : Cour administrative d'appel

Cass. : Cour de Cassation

CE : Conseil d'État

Civ. : Chambre civile

CSJ : Cour Suprême de Justice

TC. : Tribunal des Conflits

TA : Tribunal administratif

CEDH : Cour européenne des droits de l'homme

A l'égard des périodiques

AJDA : Actualité juridique du droit administratif

GAJA : Grands arrêts de la jurisprudence administrative

GJ : Gazette Judicaire

GP : Gazette du Palais

JCP : La Semaine juridique

Rev. Adm. : La Revue administrative

RFDA : Revue française de droit administratif

RDSS : Revue de droit sanitaire et social

Autres

ONIAM : Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux, des Affections Iatrogènes et des Infections Nosocomiales

CRCI : Commission Régionale de Conciliation et d'Indemnisation

AP : Administratrice de régime de Pension de retraite

APR : Administratrice de Risques Professionnels

C.R.E.D.A : Centre de Recherche et de documentation des Amériques

EPS : Organismes de promotion de la santé

ESE : Entreprise Social de l'État

I.H.E.A.L : Institut des Hautes Études de l'Amérique Latine

IPS : Institutions Prestataires du Service de Santé

ISS : Institut de la Sécurité Sociale

POS : Plan obligatoire de santé

INTRODUCTION

*“Artifex spondet peritiam artis”
(L'artisan est garant de son art)*

L'erreur est humaine et le médecin n'échappe pas à cette règle. La médecine est exercée par des humains qui peuvent être faillibles. Mais dans quelles limites ces erreurs sont-elles acceptées par le droit ? Quand sont-elles indemnisées et sur quel fondement ?

La médecine comporte une part de risque qui n'est pas réparable. Toutefois, le médecin est tenu, dans l'exercice de son art, à une obligation de moyens, cela signifie qu'il n'est pas tenu de guérir les patients mais d'utiliser tous les moyens dont il dispose, selon les données acquises de la science, pour atteindre cet objectif.

Une simple erreur ne suffit pas à engager la responsabilité d'un professionnel de santé, encore faut-il qu'il ait commis une faute, c'est-à-dire qu'il n'ait pas dans l'exercice de son art, délivré aux patients des soins attentifs, consciencieux conformes aux standards de la science.

Selon le que lien médical sera contractuel ou délictuel -ou extra-contractuel-, le régime de responsabilité sera différent et l'étendue des obligations pourra varier autant que les prestations indemnitaires pour la victime.

L'activité médicale crée des risques¹ – connus comme l'*aléa thérapeutique*- pouvant aboutir à un dommage, sans qu'il y ait eu faute des soignants ou des institutions, et sans que leur responsabilité puisse être retenue.

Dans ces circonstances, tel est le cas en France, le juge et/ou, les organismes dédiés, font appel à des critères objectifs et à des régimes d'exception à fin de pouvoir indemniser les préjudices subis par les victimes.

L'évolution constante de la médecine et de son mode d'exercice a un impact direct sur le droit de la responsabilité hospitalière et médicale qui doit assimiler les nouvelles catégories de dommages, et composer avec les différents régimes de réparation.

Pour saisir la portée actuelle du contentieux de la responsabilité hospitalière, il faut commencer par retracer brièvement son évolution historique (I). L'objet de la recherche doit être précisé afin d'en fixer les enjeux théoriques et pratiques (II). La délimitation du sujet permettra ensuite d'en déterminer les contours (III). Enfin, l'exposition de la problématique retenue devrait permettre de tracer la « ligne directrice » de la réflexion suivie (IV).

¹ Il est important de distinguer la notion de risque et celle de risque médical ou d'aléa thérapeutique. L'aléa thérapeutique ou risque médical qui, comme nous le verrons plus tard, se caractérise par un dommage produit à l'occasion d'un acte médical, qui n'est pas la conséquence directe de cet acte et qui ne correspond pas à l'évolution normale de la maladie. Tandis que le risque est celui lié à la difficulté dans l'exercice même de la médecine. Il s'agit par exemple de l'impossibilité d'établir un diagnostic incontestable, de garantir la guérison du malade ou l'évolution précise de la maladie, etc. C'est ce risque inhérent à la médecine qui fait que l'obligation des soignants est dite de moyens.

I. Approche historique : les origines de la responsabilité des médecins

La médecine est aussi ancienne que l'humanité elle-même. Dans toutes les époques de l'histoire, la santé a été une préoccupation pour l'homme. De la médecine empirique pratiquée par nos ancêtres, les évolutions scientifiques nous ont permis d'accéder à une médecine technique et maîtrisée avec des principes bien établis guidant les actes des soignants.

Dans toutes ces périodes, la volonté, plus ou moins prononcée, de contrôle social de l'activité médicale et de la responsabilité qui en découle, s'est souvent vérifiée.

Nous retrouvons les premières dispositions relatives à la réparation d'un fait dommageable à la suite d'un acte médical aux environs de 1750 av. J.-C. Elles sont rapportées dans le Code d'Hammourabi où des sanctions pouvant aller jusqu'à l'amputation de la main de l'auteur étaient prévues².

En Égypte, le principe de la responsabilité médicale s'impose comme une règle d'ordre public. La science médicale égyptienne est codifiée et le médecin demeure à l'abri de toute sanction s'il respecte ces règles et ces codes. S'il les viole, et quel que soit l'issue de la maladie, il encourt des peines sévères qui peuvent aller jusqu'à la mort³.

Pour les Grecs, une certaine irresponsabilité était admise à condition que le fait dommageable ait été involontaire. En Grèce, s'ouvre avec

² PETON P., *Historique de la responsabilité médicale*, 2006 p. [en ligne], [réf. du 20 mai 2015]. Disponible sur : http://www.univ-reims.fr/gallery_files/site/1/90/1129/1384/1536/1577/1578.pdf

³ *Ibidem*

Hippocrate (460-382 av JC) dans un climat de grande hostilité, l'approche clinique qui dépasse le stade de l'observation et du raisonnement. Dans la Grèce Antique, la médecine est encore par essence une affaire de mythologie. C'est parce qu'il fallait extraire la médecine du champ de la magie, celles des prêtres et des guérisseurs, que l'école hippocratique a élaboré une théorisation de la pratique médicale, consacrée par le célèbre serment.

La notion de faute grave sera admise dans la législation romaine pour reconnaître l'imputabilité de l'acte dommageable témoignant donc d'une certaine impunité.

La première période du Moyen Age connaîtra, elle, un statut particulier du médecin relevant du clergé. Les manifestations de la volonté divine ne pouvaient connaître une quelconque contestation.

A la Renaissance, la médecine connaîtra une volonté de conformité avec les règles applicables d'autant que la diffusion de textes écrits collaborait à une certaine standardisation des pratiques.

A. La naissance de la responsabilité de la Puissance publique dans le droit colombien

Le droit de la responsabilité administrative en Colombie trouve ses origines dans le droit civil. Le Code Civil français a inspiré Andres Bello lors de la rédaction du Code Civil chilien de 1855. Dans son article 2314, il consacra le principe général de responsabilité selon lequel celui qui par son dol ou par sa faute a causé un dommage, doit le réparer. Ce code intègre les principes établis par les juristes français du XVIII siècle⁴.

⁴ SERRANO ESCOBAR Luis Guillermo, *Nuevos conceptos de responsabilidad médica*, ed. Doctrina y Ley Ltda., Bogotá, D.C 2002, p. 16

Le rédacteur du Code Civil chilien se verra confier la rédaction du Code Civil colombien de 1873 qui reprendra en très grande partie, les dispositions du Code chilien, dont celles relatives au principe général de responsabilité (article 2341). C'est ce Code qui, sauf certaines modifications, continue à s'appliquer aujourd'hui en Colombie.

La conception actuelle de la responsabilité étatique a été le résultat d'un processus très long. De l'irresponsabilité totale, nous avons évolué vers la reconnaissance de la responsabilité de l'État.

A partir de l'abandon des critères d'irresponsabilité de l'État⁵, les principes consacrés par la loi civile s'appliquaient pour résoudre les affaires où les administrés étaient victimes des dommages occasionnés par les autorités publiques⁶. Cependant, la doctrine et la jurisprudence administrative ne pouvaient pas accepter le dogme de l'application

⁵ C'est vers la fin du XIX^{ème} siècle, lorsque l'État et la société avaient atteint un certain degré de développement technologique et industriel, que l'on situe le début de la responsabilité de l'administration.

V. SAAVEDRA BECERRA Ramiro, *La responsabilidad extracontractual de la administración pública*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá DC 2004, p.95

⁶ En France, les lois du 22 décembre 1789 et du 8 janvier 1790 d'une part et celle du 16-24 août 1790 introduisent la séparation des pouvoirs administratifs et judiciaires.

Cependant la responsabilité de l'État pour les dommages causés par ses agents reste un point de désaccord profond entre la Cour de cassation et le Conseil d'État. Jusqu'à l'arrêt Blanco l'État était irresponsable.

RODRÍGUEZ R. Libardo, *Derecho Administrativo General y colombiano*, 9^o Ed. Temis, Bogotá 1996, p. 3746 et sqq.e

Dans l'arrêt Blanco, le Tribunal des conflits affirme d'abord que l'État n'est pas responsable civilement des actes commis par ses agents. Néanmoins, il reconnaît que « *cette responsabilité n'est ni générale, ni absolue* ». Même si cette responsabilité n'est pas civile, l'arrêt Blanco reconnaît que la responsabilité de l'État peut être mise en cause pour les fautes commises par ses agents.

Cependant, pour le Tribunal des conflits, cette responsabilité a « *ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés* ». Ces règles spéciales sont celles du droit administratif. La responsabilité de l'État est donc soumise au droit administratif et « *l'autorité administrative est seule compétente pour en connaître* ».

Tribunal des Conflits, 8 février 1873, Blanco, Leb. 1er suppl. p. 61, concl. David.

analogue des règles du droit privé. Il fallait créer des règles propres à l'Administration⁷.

C'est en 1913 que la loi 130⁸ crée la juridiction contentieuse administrative et instaure -à nouveau-⁹ le Conseil d'État, qui existe toujours aujourd'hui. Ceci marquera la naissance du dualisme juridictionnel en Colombie.

Cependant, la compétence attribuée à la Cour Suprême de Justice durant le XIX^{ème} siècle en matière de responsabilité de l'État ne disparaît pas pour autant. Le Conseil d'État ne disposait que d'une compétence exceptionnelle pour l'étude de la responsabilité de l'État comme conséquence des déclarations de nullité (loi 130 de 1913), des réclamations contre la Nation pour expropriation ou des dommages à la propriété privée (loi 38 de 1918), de la responsabilité pour travaux publics (loi 167 de 1941). Ce n'est qu'en 1964 que la compétence générale en matière de responsabilité reviendra au Conseil d'État (décret 528).

Sous la compétence de la Cour Suprême de Justice, la consolidation de la responsabilité de l'État dans la jurisprudence est passée par la formulation de différentes doctrines, toutes fondées sur la notion de faute, telle qu'elle était conçue par le Code civil (articles 2341 à 2360)¹⁰.

⁷ LOPEZ MORALES Jairo, *Responsabilidad patrimonial del estado*, Tomme 1, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá DC 2001, p.3

⁸ La loi 130 de 1913 consacre le premier code Contentieux Administratif en Colombie.

⁹ La première allusion à cette institution date de l'époque de la Nouvelle Grenade lors d'un décret de Simón Bolívar adopté le 30 octobre 1817 à Angostura. Après cette période, le Conseil d'État sera dissout et rétabli à plusieurs reprises.

V. RODRIGUEZ RODRIGUEZ Libardo, "La justicia administrativa en el derecho comparado en Colombia", Biblioteca jurídica virtual del instituto de investigaciones jurídicas UNAM, [en ligne]. Disponible sur : <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2391/20.pdf>

¹⁰ Cour Suprême de Justice, décision du 22 octobre 1896. G.J. T. II, p. 357

Initialement, l'obligation de l'Administration d'indemniser était le résultat d'une interprétation extensive du Code civil consacrant la responsabilité indirecte. La responsabilité était fondée sur le fait que la personne juridique devait choisir et surveiller ses agents soigneusement, car en cas de comportement fautif de leur part, dans le cadre de leurs fonctions, c'était sur la personne juridique de l'employeur que pèse la responsabilité (articles 2347 et 2349).

Nonobstant, les diverses solutions apportées par la jurisprudence ne se sont pas succédées de manière progressive, au contraire, elles ont coexisté pendant de longues périodes. La Cour Suprême de Justice appliquera, alternativement, toutes les solutions jurisprudentielles proposées jusqu'en 1964, lorsque la compétence en matière de responsabilité reviendra au Conseil d'État¹¹.

A la fin des années trente, la responsabilité indirecte commence à être réévaluée¹². Sur la base de l'article 2341 du Code civil, la Cour Suprême de Justice se tourne vers une « *responsabilité directe des personnes juridiques qui par l'agissement de leurs agents, dans l'exercice de leurs attributions, provoquent un dommage patrimonial et moral à des tiers* ». Ainsi, il n'était plus suffisant pour l'employeur, pour s'exonérer de sa responsabilité, de faire preuve de diligence dans le choix des agents et de les surveiller. Il était nécessaire de démontrer la survenance d'un fait étranger, le fait d'un tiers ou la faute de la victime.

La théorie de la responsabilité directe développe plusieurs variantes. La première était l'application de la théorie organique selon laquelle les

¹¹ SAAVEDRA BECERRA Ramiro, *La responsabilidad extracontractual de la administración pública*, op. cit. p. 97

¹² Cour Suprême de Justice, Chambre de Cassation Civile, décision du 21 août 1939, G. J., t. XLVIII, 1950, p. 663

personnes morales peuvent engager leur responsabilité lorsque celui qui agissait avait la capacité juridique pour les représenter, auquel cas on estimait que c'était la personne morale elle-même qui agissait¹³.

La deuxième variante était celle de la faute de service –inspirée largement du droit français- qui prévoyait la réparation des dommages produits par les irrégularités ou les défaillances dans la prestation d'un service public. La faute de l'agent n'était pas au centre de la responsabilité car celle-ci pouvait être organique, fonctionnelle ou anonyme¹⁴.

La jurisprudence du Haut Tribunal civil sera caractérisée par sa tendance subjectiviste. Cette ligne jurisprudentielle sera aussi adoptée –majoritairement- par le Conseil d'État lorsqu'il partagera la compétence juridictionnelle avec la Cour Suprême de justice et plus tard lorsque, en 1964, il obtiendra la compétence exclusive en matière de responsabilité de l'État. Toutefois, le fondement de sa jurisprudence sera constitutionnel (article 16 de la Constitution de 1886).

Cependant, un antécédent jurisprudentiel apporte une nouvelle vision de la responsabilité de l'État¹⁵. En s'inspirant de la doctrine étrangère, particulièrement espagnole et française, le Conseil d'État développe la notion de la responsabilité sans faute comme fondement du devoir d'indemniser des dommages anormaux et exceptionnels provoqués à un particulier pour des raisons d'intérêt général. L'Administration « a le

¹³ Cour Suprême de Justice, décision du 30 juin 1962, G.J., t. XCIX, p. 87

V. SAAVEDRA BECERRA Ramiro, La responsabilidad extracontractual de la administración pública, *op. cit.* p. 103

¹⁴ *loc. cit* p. 105

¹⁵ Conseil d'État, décision du 29 juillet 1947, Magistrat Chargé de l'Affaire : Gustavo A. VALBUENA. El Siglo S. A., A.C.E. t. LVI, n. 357-361, p. 448 et sqq.e

droit d'imposer ce sacrifice aux administrés mais il doit, moyennant indemnisation, rétablir l'égalité des charges »¹⁶.

La réforme de 1964, attribuant la compétence exclusive en matière de responsabilité au Conseil d'État, avait permis au juge administratif d'adopter une action de pleine juridiction pour la réparation des préjudices causés par l'Administration. En 1984 un nouveau Code administratif (article 86), instaurera l'action de réparation directe, unifiant ainsi la procédure.

La Constitution de 1991 marquera un tournant important en matière de responsabilité de l'État. Pour la première fois, une norme constitutionnelle consacre expressément que « *l'État sera responsable patrimoniallement des dommages anti-juridiques¹⁷ qui lui sont imputables, causés par l'action ou l'inaction des autorités publiques* ».

De son article 90¹⁸ se détache une responsabilité de type objectif. De telle sorte que l'État doit répondre de tous les dommages *anti juridiques*¹⁹

¹⁶ *loc. cit.* p. 123

¹⁷ Inspiré par la notion de *lésion* du droit espagnol, le Constituant colombien adopte le dommage anti-juridique comme fondement de la responsabilité de l'Administration.

La responsabilité, telle qu'elle conçue par le droit espagnol, ne passe pas par une conception de la responsabilité fondée sur la faute anonyme du service, mais sur une responsabilité directe de l'Administration, inspirée par la théorie organique, qui oblige cette-dernière à réparer les conséquences dommageables provoquées par ses agents lorsque le service public a fonctionné de manière *anormale*.

¹⁸ Article 90 : « (...) l'État sera responsable patrimoniallement des dommages anti-juridiques qui lui sont imputables, causés par l'action ou l'inaction des autorités publiques (...) ».

¹⁹ L'anti-juridicité ne se déduit pas du fait que la conduite de son auteur soit contraire au droit mais du fait que la personne qui supporte le dommage n'a pas le devoir juridique de le faire.

V. GARCIA DE ENTERRIA Eduardo, *Curso de derecho administrativo II*, Editorial Civitas, Sexta edición, Madrid 1999, p.372

imputables à son action ou à son inaction sans qu'une faute soit nécessairement requise²⁰.

Cette nouvelle conception de la responsabilité n'implique pas pour autant un abandon du régime antérieur de responsabilité fondé sur la faute. Ils coexistent dans les limites imposées par l'article 90 de la Constitution.

En l'absence d'une définition légale ou constitutionnelle, dans un premier temps, le Conseil d'État n'a pas pu appliquer ce critère d'imputation *objectif* à toute sa jurisprudence et notamment en matière de responsabilité hospitalière²¹.

Cette responsabilité était abordée à travers la théorie de la faute de service, en utilisant la classification, propre au droit civil, des obligations de moyens et de résultat. Pour le Conseil d'État, le dommage *anti-juridique* donnait lieu à une responsabilité objective qui n'était pas compatible avec l'obligation de moyens imposée au médecin, et de ce fait, cette notion ne pouvait pas s'appliquer en matière médicale²².

²⁰ La responsabilité ainsi conçue, c'est-à-dire, fondée sur le dommage *anti juridique* a fait l'objet d'un grand nombre d'interrogations et de polémiques.

Dans sa jurisprudence la plus récente, le Conseil d'État a signalé que le dommage subi par la victime doit être le résultat de l'agissement fautif de l'Administration, et cela même si la responsabilité est fondée sur l'anti juridicité du dommage. Il n'est pas suffisant de constater que la victime n'avait pas le devoir juridique de supporter ce dommage pour qu'elle ait le droit à une indemnisation, il est essentiel que ce dommage soit imputable à l'Administration.

V. Conseil d'État, Section III, décision n° 20215 du 28 février 2011, Magistrat chargé de l'affaire : Ruth Stella CORREA PALACIO, Bogotá D.C.

²¹ SERRANO ESCOBAR Luis Guillermo, *Nuevos conceptos de responsabilidad médica*, op. cit p.7

²² *Idem*

C'est sur le terrain de la preuve que le juge va entraîner le changement. Le juge administratif ouvrira le chemin vers la *faute présumée*.

En matière médicale, la jurisprudence du Conseil d'État était traditionnellement fondée sur le régime de la *faute prouvée de service*, imposant au requérant la charge de la faute et des autres éléments constitutifs de la responsabilité -dommage et lien de causalité-.

B. La responsabilité de l'État après la Constitution de 1991

Le 24 octobre 1990²³, le Conseil d'État met en question les critères traditionnels du régime probatoire de la *faute prouvée* et pose la question de la nécessité d'inverser la charge de la preuve, considérant que ce n'est pas à la victime de prouver le manque de diligence du défendeur mais à ce dernier, qui est mieux placé pour connaître l'étendue de ses agissements, de démontrer que son comportement a été diligent.

Cette décision ouvrira le chemin vers l'application postérieure du régime de la *faute présumée* en matière hospitalière qui ne s'est pas pour autant imposé immédiatement. La *faute prouvée de service* continuait à être souvent requise en matière de responsabilité hospitalière.

C'est le 30 juillet 1992 que le revirement jurisprudentiel c'est réellement produit²⁴. En se fondant sur la technicité des sciences médicales et l'ignorance du patient en ce domaine, le Conseil d'État adopte la *faute*

²³ Conseil d'État, Section III, décision n° 5902 du 24 Octobre 1990, Magistrat chargé de l'affaire : Gustavo DE GREIFF RESTREPO, Bogotá D.C

²⁴ Conseil d'État, Section III, décision n° 6897 du 30 Juillet 1992, Magistrat chargé de l'affaire : Daniel SUAREZ HERNANDEZ, Bogotá

présumée comme ligne jurisprudentielle en matière de responsabilité hospitalière.

Selon ce régime, la victime a seulement la charge de démontrer qu'une intervention ou traitement médical a eu lieu et qu'un dommage *anti juridique* s'est produit. Le lien de causalité entre ces deux éléments sera présumé et il reviendra au défendeur de prouver que son agissement est en accord avec les exigences légales et la *lex artis*. L'inversion de la charge de la preuve devient la règle en matière médicale.

Cette inversion en matière probatoire était la règle jusqu'à ce qu'une décision du 10 Février 2000²⁵ apporte une nouvelle réflexion sur le sujet. Pour le Haut tribunal administratif, ce principe ne peut être appliqué de manière catégorique, car dans certaines occasions, le patient était le mieux placé pour prouver la faute et c'est au juge d'évaluer qui, du médecin ou du patient, était le plus apte à apporter la preuve de celle-ci. La charge de la preuve devient dynamique.

Dès l'entrée en vigueur de la Constitution de 1991 et l'apparition du dommage *anti juridique* comme principal critère d'imputation de la responsabilité de l'État, le Conseil d'État a développé une partie de sa jurisprudence autour de la nature de obligations des médecins, en soulignant que seule la mise en œuvre des tous les moyens nécessaires au rétablissement du patient pouvait lui être demandée, en excluant ainsi l'obligation de résultat de la pratique médicale.

²⁵ Conseil d'État, Section III, décision n°11878 du 10 Février 2000, Josué Reinaldo DURÁN SERRANO y otros c/ Hospital Universitario Ramón González Valencia y Universidad Industrial de Santander – UIS, Magistrat chargé de l'affaire : Alier Eduardo HERNANDEZ ENRRIQUEZ, Bogotá.

Néanmoins, un régime d'exception a vu le jour quelques années plus tard²⁶. Le Conseil d'État a introduit dans sa jurisprudence l'exigence d'une obligation de résultat du médecin obstétricien. Pour le Haut tribunal administratif, un accouchement *normal* ne pouvait pas provoquer des risques non susceptibles d'être prévus et contrôlés par le médecin. Et si un risque ne pouvait pas être garanti, le médecin devait le prouver. Cette ligne jurisprudentielle sera maintenue quelques années pour ensuite être progressivement abandonnée en conservant comme seul vestige l'appréciation de la *normalité* de la grossesse comme un indice de faute contre le spécialiste²⁷.

Des timides et infructueuses tentatives d'extension de ce régime de responsabilité de type objectif ont été constatées, s'agissant notamment, des examens de diagnostic.

La jurisprudence du Conseil d'État nous conduit constamment à conclure que l'obligation des soignants est une obligation de moyens, même si l'étude de la responsabilité, qui ne peut pas se faire à partir de critères rigides et généralisés mais en considération des circonstances particulières de l'affaire, conduit dans certains cas à faire appel à des critères plus ou moins objectifs d'évaluation de la responsabilité.

Dans le domaine spécifique de la responsabilité médicale, le juge civil a une importance toute particulière, non seulement de par l'influence civiliste qui plane sur ce contentieux, mais, s'agissant du droit colombien, de par la nature majoritairement privée des prestataires de santé.

²⁶ Conseil d'État, Section III, décision n° 11802 du 19 Juillet 1998, Magistrat chargé de l'affaire : Daniel SUAREZ HERNANDEZ, Bogotá

²⁷ Conseil d'État, Section III, décision N° 14.767 du 7 décembre 2004, Magistrat chargé de l'affaire : Ruth Stella CORREA PALACIOS, Bogotá

La jurisprudence civile a élaboré un régime de responsabilité en matière médicale autour de la *faute prouvée*²⁸ en s'appuyant sur le principe du droit civil selon lequel il n'existe pas de responsabilité sans faute, de telle sorte que si la victime ne peut pas prouver les faits fautifs à l'origine de son dommage, il n'y a pas lieu à indemnisation.

Cependant, comme pour la jurisprudence du Conseil d'État, ce régime a dû coexister à différents moments avec des tendances plus objectivistes. La question de la responsabilité médicale a également été traitée à travers la perspective de la responsabilité pour les *activités dangereuses*²⁹ ou de la *faute présumée*, entre autres.

En matière civile, la distinction entre la responsabilité extracontractuelle et contractuelle dévoile toute son importance. Dans certaines occasions, le Haut tribunal civil centre l'analyse de la responsabilité sur le titre d'imputation, en considérant que même si l'obligation des soignants est en règle générale de moyens, le médecin peut s'engager, contractuellement, à obtenir un résultat, et le patient est en droit de l'exiger. C'est le cas notamment de la chirurgie esthétique³⁰. Toutefois, il est toujours indispensable d'identifier le contenu et la portée du contrat de prestations de services médicaux car c'est ce contrat spécifique qui déterminera les obligations des parties, et notamment du médecin.

²⁸ Cour Suprême de Justice, Chambre de cassation civile, décision du 5 Mars 1940. Magistrat chargé de l'affaire : Liborio ESCALLON, Gaceta Judicial XLIX, p.116 Bogotá ; CSJ, cassation civile, Décision du 26 Novembre 1986. T. CLXXXIV, No. 2423. Magistrat chargé de l'affaire : Hector GOMEZ URIBE Bogotá ; CSJ, civ., décision n° 5507 du 30 janvier 2001, Eduardo AFANADOR SALOMON y Alba Luz GORDILLO HERNANDEZ y otros c/ José Antonio RIVAS CORREA., Magistrat chargé de l'affaire : José Fernando RAMIREZ GOMEZ

²⁹ Cour Suprême de Justice, Chambre de cassation civile, décision 6315 du 23 octobre 2001, Magistrat chargé de l'affaire : Carlos Ignacio JARAMILLO JARAMILLO ; Cour Suprême de Justice, Chambre de cassation Pénale, décision 33920 du 11 d'avril 2012, Magistrat chargé de l'affaire : Augusto IBÁÑEZ

³⁰ Cour Suprême de Justice, Chambre de cassation civile, décision n° 2005-00025-01 du 5 novembre 2013, Magistrat chargé de l'affaire : Arturo SOLARTE RODRÍGUEZ

Nonobstant le principe de présomption de la faute en matière contractuelle, prévu par l'article 1604 du code civil Colombien, qui mentionne que « la preuve de la diligence (...) appartient à celui qui était obligé de l'observer », le Haut tribunal civil considère majoritairement que, selon ce même article, les dispositions légales spéciales et les stipulations des parties doivent être prises en compte prioritairement³¹.

En 2001, le Haut tribunal civil introduit pour la première fois dans sa jurisprudence³² la doctrine de la charge dynamique de la preuve en considérant que, indépendamment de l'affaire, il n'est pas possible, ni prudent d'établir des critères précis pour évaluer la charge de la preuve car c'est chaque relation juridique en particulier qui offrira la possibilité d'identifier l'obligation, et à partir de là, d'analyser le comportement du soignant et d'établir la relation de causalité avec le dommage subi par le patient. Cette doctrine s'applique encore aujourd'hui.

L'étude de la responsabilité médicale dans les deux ordres de juridictions administrative et civile, conclut à des solutions semblables, même si cela n'a pas toujours été le cas.

En effet, durant près de dix ans, c'est sur le plan processuel et notamment, sur celui de la compétence que, suite à un problème d'interprétation, ces deux juridictions se trouvaient opposées.

La loi 712 de 2001 prévoyait que les controverses liées au système de sécurité sociale étaient du ressort du juge du travail. Cela a généré une confusion quant à la compétence en matière de responsabilité médicale, car depuis 1964, la règle était claire : lorsque l'acte avait été accompli dans

³¹ Cour Suprême de Justice, civ., décision n° 5507 du 30 janvier 2001, *op. cit.*

³² *Idem*

un organisme public, la compétence revenait à la juridiction administrative et lorsqu'il s'agissait d'un organisme privé, la compétence revenait au juge civil.

La discussion s'est accentuée en 2007, lorsque la Chambre du travail de la Cour Suprême de Justice, a fait valoir que conformément à la Loi, à l'exception des personnes non affiliées au système de sécurité sociale – soumises à la compétence de la juridiction administrative-, les litiges en matière de santé opposant les membres, les bénéficiaires ou utilisateurs, les employeurs et les gestionnaires ou les établissements de soins, inscrits au Système Général de Sécurité Sociale, quelle que soit la nature de l'acte, relevaient de sa compétence.

Cette période a été marquée par la compétence partagée entre le juge administratif, le juge civil et le juge du travail. Pour les victimes, cela n'a pas été sans conséquences. Devant la juridiction administrative, la prescription de l'action de réparation était de deux ans, tandis que devant la juridiction civile et celle du travail, elle était de cinq ans.

Même si les indemnisations accordées par le juge administratif étaient souvent plus favorables pour les victimes, pour celles dont le délai de prescription était expiré, la seule solution était de se tourner vers le juge du travail.

La Loi 1564 de 2012 (Code Général de la Procédure, article 625 numéral 8) a mis fin à cette discussion, en établissant que pour les affaires déjà en cours, la compétence des juges restait inchangée, sauf en ce qui concernait les procès de responsabilité médicale qui, à cette date, étaient traités devant les juges du travail, qui devaient être transmis au juge civil dans l'état dans lequel ils se trouvaient. La constitutionnalité de cette disposition a été attaquée devant la Cour Constitutionnelle (C-756/13), qui l'a jugé conforme à la constitution.

I. Objet de la recherche

La manière d'exercer la médecine a évolué. L'époque du médecin de famille, auquel le patient accordait une confiance presque aveugle, est quasiment révolue au profit d'une médecine impersonnelle, généralement exercée, particulièrement dans le cas colombien, pour le compte des « usines à soins » où le patient a très souvent du mal à trouver sa place.

Les attentes des patients ont évolué elles aussi. Le patient attend toujours davantage de la médecine et des soignants. Le sentiment d'insatisfaction à l'issue de l'acte médical est, de ce fait, plus fréquent.

Parallèlement à la dépersonnalisation de la relation médicale, où le *lien* soignant-patient a tendance à disparaître, nous trouvons un patient mieux informé quant à ses droits et quant aux avancées de la science, qui n'hésite pas à mettre en question l'acte médical ou son résultat. Cela crée un climat de tension entre soignants et patients qui se reflète dans le nombre croissant des contentieux les opposant.

Les avancées scientifiques et la complexité des nouvelles techniques ont eu une répercussion notable sur la responsabilité, notamment sur l'augmentation du risque. Le droit de la responsabilité hospitalière, publique comme privée, s'est métamorphosé. La faute qui était auparavant le fondement exclusif de la responsabilité, ne l'est plus aujourd'hui.

Dans ce contentieux, soumis traditionnellement, en Colombie comme en France, au régime de la faute, les soignants sont tenus d'observer un code de conduite professionnelle ou *lex artis* selon lequel seront évalués leur comportement et leur responsabilité. En cas de faute,

quelle que soit sa gravité, même très légère, leur responsabilité est susceptible d'être engagée³³.

Cependant, l'activité médicale crée des risques pouvant aboutir à un dommage, même sans faute des soignants. Alors, le droit s'interroge sur qui doit supporter le poids *-financier-* de ces préjudices.

Il semble moralement et socialement anormal de laisser la victime les supporter seule. Et il serait également injustifié de mettre en cause la responsabilité des soignants ou des établissements lorsqu'ils n'ont commis aucune faute.

Certains systèmes juridiques comme le système français ont déjà tranché la question. D'autres, comme le système colombien, n'ont pas abordé la question, ou l'ont fait de manière timide, par manque de moyens ou de volonté politique.

Le juge français a opté pour une reconnaissance du risque. La jurisprudence, puis le législateur, ont admis un droit à réparation de certains préjudices pris en charge par la solidarité nationale, même en l'absence de faute.

En l'absence d'une législation spécifique et d'un système d'indemnisation propre aux accidents médicaux, depuis peu et à de rares occasions, le juge Colombien a tenté d'apporter des solutions à cette question en fondant la responsabilité sur le dommage *anti juridique*³⁴ ou le

³³ Le Conseil d'État français a abandonné l'exigence d'une faute lourde en matière d'actes médicaux en 1992 (CE, Assemblée, 10 avril 1992, n° 79027, Epoux V.). En Colombie, l'exigence d'une faute grave dans ce même domaine, sans doute sous l'influence du droit français, a été abandonnée en 1992 (CE, Section III, n° 5988 du 22 mai 1992, Amable Genaro ROSERO c/ INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES)

³⁴ Cette notion du droit espagnol sera introduite par la Constitution colombienne de 1991 comme le principe général de responsabilité de l'État.

risque-profit ou, en se tournant vers le régime de la faute, sur le fondement d'un défaut de contrôle, mais sans jamais, jusqu'à présent, aboutir à un régime général.

A l'heure actuelle, le droit de la responsabilité hospitalière et médicale est marqué par la coexistence et l'articulation des règles relevant d'une logique de responsabilité pour faute et de régimes de réparation sans faute ou encore des dommages subis au titre de la solidarité nationale –en ce qui concerne la France-³⁵.

Les règles du contentieux de la responsabilité ont évolué avec la médecine, mais certainement pas aussi vite. Ce n'est pas sans peine que le droit tente d'apporter des solutions aux nouvelles problématiques liées à l'exercice de la médecine.

L'intérêt du droit Colombien pour les questions liées aux contentieux de la responsabilité médicale, publique et privée, n'est pas nouveau. Cependant, son évolution, essentiellement jurisprudentielle, a été très lente et particulièrement généraliste. Ce n'est que récemment que le droit colombien a commencé à s'intéresser aux questions plus «actuelles» liées à ce contentieux, telles que l'indemnisation du risque médical, les infections nosocomiales, ou des préjudices controversés fondés sur la perte d'une chance (sous ces différentes facettes). Des questions auxquelles d'autres systèmes juridiques, notamment le français, se sont déjà intéressés depuis déjà quelques années.

Selon cette théorie, que nous aurons l'occasion d'aborder plus amplement, un préjudice devient anti-juridique et se transforme en lésion indemnisable chaque fois que et seulement quand la personne qui le supporte n'a pas le devoir juridique de le faire. Ainsi, le dommage anti-juridique peut être l'effet d'une cause illicite mais aussi d'une cause licite.

³⁵ *L'engagement de la responsabilité des hôpitaux publics*, Dossiers thématiques, Conseil d'État, décembre 2014, p.1

Le droit français, avant-gardiste en la matière, propose des solutions susceptibles d'évoluer du fait des progrès techniques et de l'évolution du droit interne et communautaire, mais qui répondent davantage à ces problématiques.

Il possède également une législation codifiée qui régit la santé publique. Ce Code régule le droit des malades et des usagers, le droit des professions de la santé, le droit propre à certaines maladies et le droit des produits de santé, entre autres.

Le droit colombien doit se formuler ou se reformuler un certain nombre de ces questions, unifier d'avantage sa jurisprudence et sa législation. C'est pour cette raison que notre étude tiendra compte des apports faits par les deux systèmes, colombien et français. Cela nous permettra d'explorer le droit de la responsabilité médicale à partir des aspects communs, mais aussi à partir des aspects qui ne se rapportent qu'à l'un d'entre eux pour tenter une approche nouvelle sur des sujets inexplorés ou mal connus, notamment par le droit colombien et donner ainsi des nouvelles perspectives.

II. Délimitation du sujet

Au-delà du traditionnel cloisonnement entre droit public et droit privé, notre étude traite de la responsabilité qui découle de l'activité médicale, nonobstant l'intérêt particulier que nous portons au contentieux de la responsabilité médicale du secteur public de par le cadre même de notre travail.

Cela car d'une part, la tendance actuelle est à l'homogénéisation du droit, particulièrement s'agissant des contentieux tels que celui de la responsabilité médicale, afin de donner un traitement égalitaire aux victimes, qu'elles viennent du secteur public ou du secteur privé, pour

qu'elles ne soient pas considérablement lésées dans leurs intérêts financiers du seul fait de la compétence juridictionnelle.

D'autre part, pour faciliter la « *lisibilité* »³⁶ des dispositifs de réclamation et d'indemnisation face auxquels le patient se trouve souvent sans repères. Cette « lisibilité » sera d'autant plus nécessaire si nous prenons en compte les répercussions du rapprochement *obligé* entre prestataires publics et privés de santé, du fait de la tendance actuelle à la privatisation des services publics dont fait partie la santé.

Les institutions hospitalières, publiques et privées, et les soignants, s'exposent chaque jour d'avantage à engager leur responsabilité civile. D'un côté, de par les avancées scientifiques et technologiques et leur conséquences imprévisibles, et d'un autre côté car, de par ces mêmes avancées de la science entre autres, le patient pense être en mesure d'espérer *le risque zéro*, ou d'être pour le moins couvert, le cas échéant.

La jurisprudence administrative et judiciaire montre une évolution progressive vers une reconnaissance toujours plus large du dommage réparable et de la responsabilité dont les conséquences financières sont difficilement supportables pour les organismes de soins, et encore moins pour les soignants.

Afin de préserver les métiers et les institutions médicales, tout en garantissant une réparation aux victimes, les assurances de responsabilité civile professionnelle médicale deviennent obligatoires, en France, et tout au moins plus courantes, en Colombie.

³⁶ Le fait que le droit colombien soit plus récent, en comparaison avec le droit français, donne parfois lieu à des zones d'ombre où il est difficile d'établir la barrière entre le droit civil et administratif.

Cela est évident également, dans les différentes positions, adoptées par de la jurisprudence et la doctrine, inspirées par d'autres systèmes juridiques, qui ne tiennent pas toujours compte de leur domaine d'application et de la réalité colombienne.

En effet, en France, l'assurance responsabilité civile professionnelle fait l'objet d'une obligation légale. Elle est exigée pour tous les praticiens libéraux et les établissements de santé, quel que soit leur statut ou leur spécialité³⁷. En Colombie, elle est optionnelle. Les institutions de soins sont majoritairement assurées, mais les praticiens libéraux, de par la précarité même des métiers de la santé en Colombie, sont moins souvent couverts.

Cela pose un réel problème dans la mesure où si les praticiens libéraux disposent d'une solvabilité moins élevée que celle des établissements, l'assurance de responsabilité civile s'avère indispensable afin de pouvoir garantir l'indemnisation des victimes.

Les pouvoirs publics, tel est le cas en France, ont eu recours à certaines dispositions en vue d'équilibrer le système d'indemnisation. Ainsi, entre autres, des régimes spéciaux d'indemnisation ont été créés pour transférer la charge indemnitaire de certains sinistres vers la solidarité nationale, notamment les sinistres les plus lourds³⁸.

Tout cela entraîne des changements importants dans la conception même de la responsabilité. Elle passe d'une responsabilité individualisable, axée sur la faute, à une responsabilité anonyme, axée sur la réparation, entraînant des transformations importantes tant dans le fondement même de la responsabilité que dans la manière même d'exercer la médecine.

³⁷ La loi du 4 mars 2002 a posé les principes généraux de la responsabilité des professionnels et des établissements de santé. Cette loi, impose une obligation légale d'assurance en responsabilité civile professionnelle à tous les professionnels de santé. Elle concerne, outre les établissements de santé, les services ou organismes.

³⁸ BRAS Pierre-Louis et *al.* *L'assurance en responsabilité civile médicale*, Rapport RM 2007-027P, Inspection générale des affaires sociales (IGAS), 2007, p. 1

Aujourd'hui, l'assurance de responsabilité civile constitue un sujet difficilement dissociable du contentieux de la responsabilité. Elle permet de garantir, de manière plus efficace, l'indemnisation des victimes et de protéger l'assuré, institution ou professionnel, d'une charge financière qu'il lui serait difficile, voire impossible, d'assumer, tout en lui permettant d'exercer son activité avec plus de sérénité.

Ainsi, lors de la conception initiale de notre plan d'étude, il semblait évident que nous ne pouvions pas évoquer la mise en œuvre de la responsabilité sans prendre en considération ce sujet et particulièrement les conséquences de l'assurance de responsabilité civile sur le « choix » du responsable et sur l'indemnisation allouée.

L'étendue du sujet et les différences en la matière entre le droit colombien et le droit français, nous ont toutefois conduit à conclure que ce thème devait faire l'objet d'une étude à part entière et qu'il ne pouvait pas trouver sa place dans cette thèse si nous voulions le traiter d'une manière approfondie.

Traditionnellement, la responsabilité englobe trois fonctions bien distinctes, la première est celle de la prévention, cherchant à ce que les citoyens agissent prudemment évitant ainsi d'engager leur responsabilité ; la deuxième est celle de sanctionner des comportements que la Société réproouve, c'est une fonction répressive dont le but est la sanction ; il s'agit de la responsabilité pénale. S'agissant de certaines professions, comme c'est le cas pour la médecine, une sanction peut être envisagée, en cas d'infraction à leur Code de Déontologie, il s'agit de la responsabilité disciplinaire.

La troisième fonction consiste à rétablir l'équilibre rompu et à indemniser la victime pour un dommage causé par un tiers. Il s'agit de la

responsabilité réparatrice, civile ou administrative. C'est sur cet aspect de la responsabilité que notre étude se focalisera.

III. Problématique retenue et plan

L'étude de la responsabilité du fait de la prestation des services de santé nous conduira dans un premier temps à poser le cadre général à partir duquel cette responsabilité a évolué (*Partie 1*) pour, dans un deuxième temps, aborder la mise en œuvre de la responsabilité des organismes chargés de la prestation du service de santé (*Partie 2*).

Le cadre général, tel que nous l'avons imaginé, est constitué, d'une part, par les fondements -institutionnels et contractuels- de la responsabilité hospitalière et médicale (*Titre 1*), et d'autre part, par les obligations des parties et notamment, leur nature (*Titre 2*).

Le Système de santé colombien est composé par des institutions publiques et privées. Depuis la réforme du système de santé en 1993, c'est par des intermédiaires en grande partie privés que la santé est assurée en Colombie.

La santé reste cependant un service public et un droit fondamental, dont le premier garant est l'État. Il doit surveiller et contrôler sa qualité et son bon fonctionnement.

En ce sens, nous avons choisi d'analyser les fondements institutionnels -constitutionnels et légaux- sur lesquels repose ce droit et qui légitiment sa protection.

La relation qui nous incombe principalement dans cette étude est celle, réglementaire et statutaire, liant les soignants d'un organisme de

santé public et l'organisme lui-même aux patients, ainsi que la responsabilité extra-contractuelle qui peut en découler.

Cependant, compte tenu de la structure même du système de santé colombien, nous avons choisi d'étudier dans un deuxième temps une autre facette de la relation médicale, à savoir, le contrat de prestation des services médicaux, sa nature et la responsabilité qui s'en détache.

Aujourd'hui, le problème de la responsabilité médicale et hospitalière est avant tout celui de la causalité, elle est au centre de ce contentieux. Le dommage étant multifactoriel, son origine peut être, en tout ou partie, inconnue ou indéterminée³⁹. La question est alors de savoir par qui et comment ce dommage doit être réparé.

C'est pourquoi, dans la deuxième partie de cette thèse, nous chercherons à établir comment cette responsabilité se matérialise, c'est-à-dire, comment s'effectue sa mise en œuvre. A ce stade de notre étude, il conviendra de s'interroger sur l'obligation d'indemniser et, par conséquent, sur celui qui doit en supporter la charge (*Titre I*), ainsi que sur l'aboutissement de la responsabilité, à savoir, la réparation du préjudice (*Titre II*).

³⁹ *Santé et justice : quelles responsabilités ?*, colloque organisé par le Conseil d'État et la Cour de cassation, 20 et 21 octobre 2011, p. 32

PREMIÈRE PARTIE :

Le cadre général de la responsabilité des organismes prestataires des services de santé en Colombie

Étant accomplie l'étape de présentation de la problématique qui nous a conduit à la réalisation de cette étude, il s'agit à présent de répondre à des questions précises et de savoir notamment : D'où nous vient le concept de responsabilité que l'on attribue aux organismes en question ; S'agit-il d'une notion propre au droit administratif ? ; Comment ce concept a-t-il évolué dans la législation et la jurisprudence ? Nous tenterons d'élucider ces notions tout au long de la première partie de notre exposé.

L'étude de la responsabilité des organismes chargés de la prestation du service de santé nous amène à nous questionner tout d'abord sur les fondements de la responsabilité hospitalière et médicale (*Titre I*). Dans ce cadre, nous analyserons les fondements institutionnels de la responsabilité hospitalière et médicale (*Chapitre I*). Nous distinguerons, d'une part, les fondements constitutionnels et légaux de la mission étatique d'assurer la prestation et le bon fonctionnement du service santé (*Section 1*) et, d'autre part, les fondements généraux à partir desquels cette notion de « responsabilité des organismes publics » est mise en œuvre (*Section 2*).

Une étude comparative des dispositions constitutionnelles et légales colombiennes et de la législation française sera privilégiée. Les apports jurisprudentiels du Conseil d'État, tant en France comme en Colombie, sur ce sujet seront intégrés également à notre étude.

Des décisions des Hauts Tribunaux civils seront également prises en compte car elles ont, d'une certaine façon, inspiré le juge administratif, qui ne fut pas pionnier en ce qui concerne les critères d'imputation et de régulation de la responsabilité, comme nous le verrons par la suite.

Une fois définis les fondements institutionnels de la responsabilité hospitalière et médicale, nous serons en mesure de constater que la relation née entre les soignants -du secteur public- et le patient est une relation statutaire qui peut relever du régime de la responsabilité extra-contractuelle. Tandis que la même relation peut être de nature contractuelle s'agissant du secteur médical privé.

Nonobstant les différences qui séparent ces deux types de responsabilité (contractuelle et extra-contractuelle), c'est à partir des postulats du droit civil, à savoir, ceux issus du contrat, que nous avons choisi d'analyser la relation patient-soignant ainsi que les droits et les obligations qui en découlent (*Chapitre II*).

En effet, même si notre étude concerne le droit public, celle-ci serait incomplète si nous nous éloignons totalement de la réalité du système de santé colombien qui est, en très grande partie, assuré par des prestataires privés¹.

¹ Dans le système établi par la loi 100 de 1993, les services de santé sont administrés par les EPS (Organismes de promotion de la santé), en grande partie privés. Ainsi la relation principale est celle qui lie le patient et l'EPS et non celle du soignant et du patient. Le médecin est un employé qui agit conformément aux directives qui lui sont imposées et, c'est par ailleurs, dans une grande majorité des cas, l'EPS qui choisit le praticien chargé de suivre le patient et non pas le patient lui-même.

SARMIENTO ARGÜELLO Manuel José, *La responsabilidad civil médica : una visión sociológica y jurídica del problema*, Revista médico legal n°1, 2012, p.16

La réforme du Système Général de Sécurité Sociale de 1993 a provoqué un changement radical dans le service de santé colombien. Entièrement public auparavant, le service de santé s'ouvre au secteur privé.

La structure institutionnelle de ce système est composée de trois types d'organismes. Les agents fournisseurs de services (hôpitaux, cliniques, médecins, etc.) sont regroupés sous l'appellation d'Institutions prestataires de services de santé (IPS). Les organismes de gestion des régimes d'assurances sociales sont des EPS. Ils jouent le rôle d'assureurs : gestion des affiliations, recouvrement des cotisations. Ils jouent également un rôle d'intermédiaires entre les affiliés et les IPS avec lesquels ils établissent des conventions pour les prestations de services. Les EPS peuvent appartenir au secteur public ou au secteur privé, mais aujourd'hui, seul un quart des EPS est public.

V.: FERNANDEZ Mónica, *La responsabilidad medica: Problemas actuales*, Ed. Ibáñez, Bogotá 2008, p. 212-216; DIAZ-GRANADOS Juan Manuel, *Reforma a la Seguridad Social. Ley 100 de 1993*, Revista Fasecolda, 1994 n° 68, p. 30 sq

De plus, ces droits et ces obligations ont, pour l'essentiel, les mêmes origines, à savoir une obligation générique de soins.

D'autre part, en Colombie, le droit civil aborde de manière plus pragmatique la relation médicale, nous donnant ainsi une plus ample visibilité sur la portée des droits et des obligations des parties.

C'est sur les fondements évoqués ci-dessus que nous explorerons les aspects fondamentaux du contrat des services médicaux ou contrat de soins (*Section 1*). Ce chemin nous conduira à notre objectif ultime, à savoir, l'étude des obligations des parties.

Un regard sur la responsabilité civile (contractuelle) dans l'environnement médical viendra compléter l'analyse (*Section II*).

Entre l'organisme de soins et le malade et entre le soignant et son patient, il existe une relation complexe qui est en constante évolution et qui comprend une série d'obligations, tacites ou explicites, servant de pilier au contentieux de la responsabilité médicale et hospitalière. Ainsi, la suite de notre étude nous conduira à nous questionner sur la nature des obligations à la charge des services hospitaliers et médicaux (*Titre II*). Il sera alors nécessaire d'étudier de manière approfondie les obligations de moyens et obligations de résultat (*Chapitre I*).

Nous aborderons dans un premier temps le cadre général de ces obligations (*Section 1*). Dans un deuxième temps, nous porterons notre attention sur les critères objectifs utilisés par le juge pour l'analyse de la responsabilité (*Section 2*).

L'étude des obligations de moyens et de résultat nous conduira à constater une tendance, particulièrement dans le cas colombien, vers l'implantation des obligations de résultat en milieu médical et donc, vers une

objectivisation de la responsabilité (*Chapitre II*). Dans ce sens, nous analyserons le cadre d'applications des obligations de résultat (*Section 1*) et les actes médicaux les plus susceptibles d'être soumis à ce type d'obligations (*Section 2*).

TITRE I. Les fondements de la responsabilité hospitalière et médicale

La réforme du Système Général de Santé de 1993 en Colombie a donné naissance à des institutions, en grande partie privées, chargées de gérer la prestation du service de santé. De ce fait, aujourd'hui, c'est par des intermédiaires en grande partie privés que la santé est assurée en Colombie².

Cela ne signifie pas pour autant que l'État est déchargé de son obligation constitutionnelle de surveillance et de contrôle de la qualité dudit service³. La Constitution établit dans son article 365 qu'il est du devoir de l'État de veiller à la bonne prestation du service de santé.

² La Colombie a entrepris en décembre 1993 un nouveau et ambitieux projet vers l'universalisation de la couverture sociale en santé. C'est à ce moment que la loi 100-1993 est promulguée. Son objectif est de transformer l'ancien Système national de santé, caractérisé par son organisation verticale et centralisée et son esprit d'assistanat, en un Système Général de Sécurité Sociale en santé, fondé sur le principe de qualité dans l'administration et la prestation du service de santé, sans oublier son caractère solidaire et redistributif.

Deux régimes exclusifs existent en Colombie et tout résident est censé s'affilier obligatoirement à l'un ou l'autre, en fonction du type et du montant de ses ressources. Un régime « contributif » qui doit accueillir toutes « les personnes titulaires d'un contrat de travail, les employés publics, les retraités et pensionnés ainsi que les travailleurs indépendants ayant un revenu suffisant ». Et un régime dit « subventionné » pour « les personnes ne disposant pas de revenus suffisants pour acquitter le montant total de la cotisation ». [Art. 157 de la loi n° 100/1993]. Il existe en fait un troisième régime, transitoire, celui des individus « rattachés » concernant ceux qui n'ont pas encore trouvé place ni dans l'un ni dans l'autre régime et qui peuvent continuer à recourir aux services de l'assistance publique.

Les cotisants du régime contributif peuvent bénéficier d'un « paquet » de soins, médicaments et traitements prédéfini, ou « Plan obligatoire de santé » (POS). Dans le régime subventionné, les bénéficiaires ont accès au POS-S ; un « paquet » de prestations moins fourni que celui du régime contributif.

L'armature institutionnelle du système est composée de trois types d'organismes. Les agents fournisseurs de services (hôpitaux, cliniques, médecins, etc.) sont regroupés sous l'appellation d'*Institutions prestataires de services de santé* (IPS). Les organismes de gestion des régimes d'assurances sociales sont des EPS (Organismes de promotion de la santé). Ils jouent le rôle d'assureurs : gestion des affiliations, recouvrement des cotisations. Ils jouent également un rôle d'intermédiaires entre les affiliés et les IPS avec lesquels ils établissent des conventions pour les prestations de services. Les EPS peuvent appartenir au secteur public ou au secteur privé, mais elles sont en majorité privées.

LE BONNIEC Yves, « *Le choix qui n'écarte rien et le refus du choix qui détermine* » La réforme du système de protection sociale en Colombie, I.H.E.A.L. C.R.E.D.A, Paris, novembre 2000, [en ligne]. Disponible sur :

<http://www.google.fr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCIQFjAA&url=http%3A%2F%2Fgreitd.free.fr%2Fyveslebonniec171100.doc&ei=w6B1VfjuBMv3UoL1gNAE&usg=AFQjCNFRyQFAYdc42CUmO80zoKGcrXlnJQ>

³ « L'ingérence étatique dans le service public de santé (...), impose aux autorités publiques le devoir assumer la prestation du service public de santé de manière universelle, efficace et solidaire, directement ou par le biais des particuliers. Lorsqu'il ne le fait pas directement, il doit exercer un contrôle appelé à préserver la confiance publique, en procurant que les organismes à caractère privé disposent d'une structure administrative, technique,

Cette conception du système de santé impose au citoyen deux casquettes. D'un côté il est dépourvu de sa condition d'utilisateur d'un service public. Lorsqu'il s'agit d'accéder aux services de santé il est considéré comme un client dans la plupart des cas. De l'autre côté, lorsqu'il s'agit de faire valoir ses droits, il revêt sa casquette de citoyen pour demander à l'État, en tant que garant du droit enfreint, d'assumer ses devoirs. Cela n'est sans conséquence s'agissant du contentieux de la responsabilité.

La santé est un service public et un droit fondamental⁴, dont le premier garant est, et doit être, l'État. C'est en tenant compte des particularités de la structure du système de santé colombien d'une part, et de la nature de « service public » que revêt la santé d'autre part, que notre analyse conjugera les fondements institutionnels (*Chapitre 1*) et les fondements contractuels (*Chapitre 2*) de la responsabilité liée à la prestation du service de santé.

Le droit à la santé a connu une évolution législative et jurisprudentielle remarquables dans les dernières décennies. Il dispose d'un assemblage légal qui a permis un développement, pas toujours suffisant, d'outils de droit propres, adaptés à l'évolution de la science médicale.

D'innombrables progrès ont été constatés dans les différentes sciences médicales, en partant de la chirurgie esthétique jusqu'aux techniques

financière et professionnelle qui assure la prestation régulière, continue et efficace du service de santé. En permettant la Constitution que les particuliers participent, avec l'État, dans la prestation du service public de santé, il n'a pas exempté ce dernier d'assurer lui-même ce service, mais lui a permis de le déléguer aux particuliers. Dans tous les cas, il se réserve la faculté de : a) organiser, diriger, régler, contrôler et surveiller la prestation des services publics de santé ; b) disposer de la manière comme la responsabilité née de la prestation des services de santé est distribuée entre l'État, la communauté et les particuliers ; c) établir les politiques pour la prestation de services de santé par des organismes privés et d) exercer la surveillance et le contrôle sur les organismes privés prestataires des services de santé (articles 49 et 365 de la Constitution).
Cour Constitutionnelle, Première Chambre de Révision, décision T-456 du 4 mai 2005, Magistrat chargé de l'affaire : Jaime ARAUJO RENTERIA.

⁴ Cour Constitutionnelle colombienne, Deuxième Chambre de Révision, décision T-760/08 du 31 juillet 2008, Magistrat chargé de l'affaire : Manuel José CEPEDA, Bogotá

modernes de radiodiagnostic, en passant par la transplantation d'organes tels que le cœur ou les reins ainsi que la reproduction artificielle ou le clonage. Des termes complètement méconnus de nos ancêtres font désormais partie de notre vie quotidienne.

Le progrès représente toujours un risque, un coût social. Mais, qui en tire les bénéfices et qui en supporte les conséquences dommageables ? Si le profit est avant tout pour la collectivité, ne serait-il donc pas logique que lesdites conséquences soient prises en charge par les organismes prestataires qui interviennent et qui, pour certains, représentent la Puissance Publique ? Et quand le dommage résulte d'un mauvais fonctionnement du service, à qui peut-on imputer la faute ? Et qu'arrive-t-il lorsqu'il n'y a pas de faute ?

La régulation juridique de l'exercice de la médecine comporte un progrès remarquable non seulement pour le corps médical, mais aussi pour le patient. On établira les droits et devoirs qui régulent les relations médecin – patient, ainsi que toutes les autres relations qui peuvent être liées à celle-ci.

Ça fut une façon d'accorder d'un côté une certaine sûreté au personnel médical qui évitait toute démarche susceptible d'engager sa responsabilité. D'un autre côté, le patient serait moins vulnérable car mieux informé sur ses droits et devoirs ainsi que sur les procédures médicales qui auparavant étaient considérées comme absolument « inintelligibles » par un patient lambda.

Ce nouvel assemblage juridique augmentera considérablement le taux de litiges. La société deviendra plus sensible à tous les sujets relatifs aux services de santé. Les procédures poursuivant l'indemnisation des dommages et préjudices dérivés de la prestation du service de santé seront de plus en plus fréquentes. Le droit, modestement dans le cas Colombien, tentera de s'adapter à ces problématiques nouvelles.

Chapitre I. Les fondements institutionnels de la responsabilité hospitalière et médicale

Les pionniers du libéralisme classique, tels que John Locke ou Montesquieu, soulignaient que « les hommes sont nés libres et égaux et qu'ils bénéficient du droit à la vie, du droit à la santé, du droit à la liberté, du droit à la propriété ». Ces droits constitueraient l'objet du premier manifeste sur les droits de l'homme. Néanmoins, tous ces droits ont été conçus comme des droits individuels car leur réalisation résulte uniquement et exclusivement de l'initiative individuelle. Ainsi, sous la lumière du libéralisme classique, le droit à la santé n'est pas le droit à la salubrité publique, mais le droit à l'intégrité personnelle : nul ne pourra nuire à la vie ou à la santé d'autrui de façon injustifiée.

Mais si l'on dépasse l'époque de l'individualisme libéral classique et si l'on se place au début du siècle présent, nous trouverons les autres droits, dénommés sociaux, qui se manifestent grâce aux exigences des alliances révolutionnaires ouvrières : le droit au travail, le droit au logement, le droit à l'éducation, le droit à l'assistance sociale, le droit à la salubrité publique, etc.

C'est en Allemagne, en 1883, que l'on peut placer historiquement les origines du développement en matière de santé publique. Ainsi, le chancelier Bismarck établira un système d'assurance-maladie, qui sera postérieurement inclus dans la Constitution de Weimar en 1919. Après la deuxième guerre mondiale, cette catégorie de droits sera prise en compte tant par les organismes internationaux que par les Constitutions de différents pays – France en 1946, Italie en 1947, Espagne en 1978, ex-URSS en 1977. En Colombie, ils seront incorporés seulement par la Constitution de 1991⁵.

⁵ V.: SARRANO ESCOBAR Luis Guillermo, *Nuevos conceptos de responsabilidad médica*, ed. Doctrina y Ley Ltd., Santa Fé de Bogotá, D.C 2002, page 58ss; ARANGO Rodolfo, *Constitucionalismo, Estado social de derecho y realización integral de los derechos, Derechos, constitucionalismo y democracia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2004. p. 59 ss

La Déclaration Universelle des droits de l'homme de 1948, dans son article 25, précise : « *Toute personne a le droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être et ceux de sa famille notamment pour l'alimentation, l'habillement, le logement, les soins médicaux ainsi que pour les services sociaux nécessaires, elle a le droit à la sécurité en cas de chômage, de maladie...* ».

Également dans la plupart des chartes internationales relatives aux droits humains, on évoquera de façon réitérative et sous différentes formes la dignité humaine. Elle sera alors le légitimant de la reconnaissance, de la garantie et du respect que l'on demande à l'État au profit de cette catégorie de droits. Elle sera aussi le pilier essentiel de tous les systèmes normatifs constitués sous l'idée moderne d'*État social de droit*. Tel sera le cas de l'État colombien⁶.

En outre, la Déclaration Universelle des Droits de l'homme de 1948 indique dans son préambule : « (...) La reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et la paix dans le monde... », Plus loin à l'article 1^{er}, elle ajoute : « Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droit(...) »

L'Organisation Mondiale de la Santé, de son côté, considère que le droit à la santé trouve son fondement dans le principe d'égalité des chances au sein de la société.

⁶ Constitution Politique colombienne Art. 1 « La Colombie est un *État social de droit*, constitué sous la forme d'une république unitaire, décentralisée avec une autonomie territoriale, démocratique, participative et pluraliste, *fondée sur le respect de la dignité humaine*, le travail et la solidarité des personnes qui l'intègrent et avec la prévalence de l'intérêt public ».

La santé doit de ce fait être appréciée comme étant une situation dynamique. De par son caractère de prestation, une intervention préventive ciblée est essentielle en même temps que doivent être mises en œuvre des stratégies orientées vers la récupération de la qualité de vie.

La Cour Constitutionnelle colombienne avec beaucoup de précision -à notre avis- lors de sa décision du 1^{er} novembre 1995⁷ dira en parlant du droit à la vie : « (...) La dignité humaine est l'axe sur lequel tournent les autres droits fondamentaux et sociaux de l'homme en communauté. D'autant plus que l'État trouve sa raison d'être dans la protection de la vie humaine (...) C'est un devoir de l'État, -à travers ses représentants- de mettre en place tous les moyens possibles et adéquats à la protection de la vie humaine de tous ceux qui se trouvent dans des conditions de précarité manifeste ou en état de nécessité extrême ».

Concernant le droit à la santé, la Cour Constitutionnelle ajoutera quelques précisions : « La Constitution Colombienne ne reconnaît pas directement le droit à la santé - bien naturel qui échappe aux possibilités de l'État- mais le droit à la tutelle de la santé, c'est-à-dire à sa protection. Il s'agit alors, du droit d'accès aux prestations Étatiques veillant à la bonne santé de la population. Ce type de droits -droits económico-sociaux- doivent être développés par le législateur. De ce fait, ceux-ci dépendent du pouvoir discrétionnaire de ceux qui sont en charge de l'adoption de directives politiques ainsi que de leur planification et de leur mise en œuvre -sans oublier l'attachement qu'ils doivent aux principes constitutionnels-».

⁷ Cour Constitutionnelle, Chambre de révision, décision T-571/95 du 1 novembre 1995, dossier N° T-78626. Magistrat chargé de l'affaire : Fabio MORON DIAZ

Dans son intervention lors de la décision N° T-484⁸, M. Fabio Moron Diaz –Magistrat de la Cour Constitutionnelle- dit : « Le droit à la santé, dans sa nature juridique, est formé par un groupe d'éléments que l'on peut regrouper en deux grands blocs : le premier d'entre eux est celui que l'on peut identifier comme étant la manifestation immédiate du droit à la vie. Une agression contre la santé d'une personne équivaut ainsi à une agression contre la vie elle-même. C'est pour cette raison que le droit à la vie est un droit fondamental. Le deuxième bloc attribue au droit à la santé un caractère d'assistance, placé dans les références fondamentales du dénommé État de droit, puisque sa reconnaissance impose des actions précises ».

« La frontière entre le droit à la santé, considéré comme un droit fondamental, et le droit à la santé, comme un droit d'assistance, est imprécise, mais elle est surtout changeante par rapport aux circonstances de chaque cas particulier. Nous pouvons alors affirmer que le droit à la santé est fondamental quand il est lié au droit à la vie. Les droits conservent ladite nature dans leurs manifestations primaires et de ce fait, ils pourront faire l'objet d'une action de tutelle »⁹.

Section 1. Les fondements constitutionnels et légaux de la mission étatique de prestation du service public de santé en droit colombien.

⁸ Cour Constitutionnelle, Chambre de révision, décision T-484/92 du 13 août 1992, dossier N°. 2130, Magistrats Chargés de l'affaire : Fabio MORON DIAZ, Simon RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Jaime SANIN GREFFENSTEIN

⁹ Constitution colombienne, article 86 : « Toute personne aura accès à l'action de tutelle pour demander devant les juges, -à tout moment et endroit, disposant d'une procédure simplifiée ainsi que préférentielle, par elle-même ou par mandat- la protection immédiate de ses droits constitutionnels fondamentaux toutes les fois où ils seraient outragés ou menacés par l'action ou l'inaction d'une autorité publique (...) Ladite action sera reçue seulement quand la victime ne dispose pas d'un autre moyen de défense, sauf quand elle est utilisée comme action provisoire pour éviter un préjudice irréversible...La loi établira les cas dans lequel l'action de tutelle peut être interposée contre les particuliers chargés de la prestation un service public (...) ».

La Cour Constitutionnelle dira à plusieurs reprises que cette action peut être utilisée dans tous les cas où la santé est liée directement et dangereusement au droit à la vie.

Tel qu'il a été énoncé au départ de cet exposé, notre sujet de réflexion sera la responsabilité des organismes de santé pour les actions ou inactions préjudiciables liées à la prestation du service public de santé. Pour y arriver, il est de rigueur d'étudier les fondements légaux ainsi que constitutionnels qui vont imposer à ces organismes l'obligation de veiller à la bonne santé de la population.

1.1. Le cadre constitutionnel du droit à la santé et de l'activité médicale en droit colombien.

La santé ne peut pas être vue comme un droit statique. Son caractère de prestation essentielle comprend, d'une part, une intervention ponctuelle – nécessaire à la prévention et à la guérison des maladies- et d'autre part, une action différée en vue de l'amélioration de la qualité de vie de la population.

Ce droit ne dispose pas de toutes les ressources nécessaires à sa survie. Il ne donne pas d'emblée à chaque individu le droit de bénéficier de manière directe d'une prestation. Et même si l'État doit garantir le respect des droits sociaux, dont fait partie la santé, les faits en témoignent autrement.

Ainsi, la promotion et la protection du droit à la santé ne se font pas toujours par elles-mêmes mais à travers d'autres droits, comme le droit à la vie, le droit à la sécurité sociale, le droit à la protection spéciale des mineurs, etc¹⁰.

¹⁰ La loi 1751 du 16 février 2015 peut représenter une avance majeure en matière de protection sociale en disposant que le droit à la santé est un droit fondamental autonome. Il est néanmoins trop tôt pour juger de la réelle efficacité de cette disposition.

1.1.1. Le droit à la santé dans la Constitution Colombienne de 1886.

Dans le contexte politique de l'époque, l'État ne conçoit pas le droit à la santé comme un droit inaliénable de chaque individu. Il va tout simplement assumer la responsabilité qui lui incombe par rapport aux problèmes d'hygiène publique et à certains problèmes d'hygiène privée¹¹. De la sorte, l'État n'assumera pas l'assistance sociale comme un de ses devoirs car les maladies des individus appartenaient au domaine privé et chacun devait y veiller individuellement.

À partir de la réforme constitutionnelle de 1936, l'État colombien prendra en charge son devoir d'assistance publique, suite à une très timide et générale définition figurant à l'article 19 de la Constitution de 1886¹². Également, l'article 32 de cette Constitution -modifié par l'acte législatif N° 1 de 1968- désigne la faculté d'intervention Étatique dans la prestation de services publics ainsi que privés. De ce fait, l'État accomplira des fonctions d'inspection et de vigilance en ce qui concerne des services tels que l'assistance sanitaire. Mais tout au long de son existence, cette Constitution n'aura pas une norme expresse qui reconnaisse l'assistance en matière de santé comme un devoir primordial de l'État.

1.1.2. Le droit à la santé dans la Constitution Colombienne de 1991.

L'article 1° de la Constitution dispose que la Colombie est un État social de droit. Cette prémisse sera soutenue dans tout le corps du texte constitutionnel. Cela signifie que l'État adopte la forme de garant du bien-être, assurant ainsi des canons basiques de santé, éducation, alimentation,

¹¹ SARRANO ESCOBAR Luis Guillermo, *Nuevos conceptos de responsabilidad médica*, op. cit., p. 58.

¹² Constitution Colombienne de 1886, article 19, modifié par la réforme constitutionnelle de 1936 : « L'assistance publique est une fonction de l'État. Elle doit être prêtée à tous ceux qui, en l'absence des ressources ou d'un droit à faire valoir auprès une tierce personne, sont dans l'incapacité physique de travailler. La loi déterminera la manière dont cette assistance doit être assurée ainsi que les cas où celle-ci doit être prêtée directement ».

rémunération salariale, logement, à tous les citoyens en tant qu'un droit qui leur appartient.

Également, l'article 49 dispose : « Les prestations de santé et d'hygiène sont des services publics à la charge de l'État. L'accès aux services de promotion, protection et rétablissement en santé sera assuré à toutes les personnes. Il revient à l'État de garantir, diriger et réglementer la prestation du service de santé (...) ».

La Constitution développera le droit à la santé à travers d'autres droits. En étudiant ces droits, nous pénétrerons dans les fondements conceptuels de l'assistance sociale en santé.

Dans une décision du 31 juillet 2008¹³, la Cour Constitutionnelle entend poser un principe – déjà présent dans sa jurisprudence- selon lequel le droit à la santé est un droit fondamental autonome -et non pas par connexité – pour toutes les personnes et non seulement pour les enfants, comme c'était le cas auparavant. Cette catégorisation de la santé comme droit fondamental autonome a des effets importants concernant sa protection judiciaire. En effet, entre autres, elle permet l'accès à des recours d'urgence¹⁴ afin d'obtenir une prise en charge plus adéquaté et un meilleur accès aux services de santé¹⁵.

¹³ Cour Constitutionnelle, décision T-760/08 du 31 juillet 2008, dossier N° T-1281247 *op. cit.*

¹⁴ Par le biais d'une procédure dite de « tutelle », semblable au référé d'urgence du droit français, prévue pour la protection des droits fondamentaux.

¹⁵ V.: OSUNA PATIÑO, Néstor Iván. *Apuntes sobre el concepto de Derechos Fundamentales*. Temas de Derecho Público. Universidad Externado de Colombia. Instituto de Estudios Constitucionales “Carlos Restrepo Piedrahita”. N°. 37, Bogotá 1997, p. 13 et s

Cependant, la nature juridique du droit à la santé n'a pas cessé d'être mise en cause. Par ailleurs, la Cour Constitutionnelle semble le remettre en cause dans des décisions postérieures à celle de juillet 2008¹⁶.

1.1.2.1. Le droit à la vie.

Ce droit peut être compris comme le maître fondateur à partir duquel tous les autres droits fondamentaux trouvent leur raison d'être. Il servira de pilier au droit d'assistance sociale en santé.

Le droit à la vie sera présenté par la Constitution dans son article 11¹⁷ en tant que droit de première génération, puisqu'à travers des innombrables luttes historiques de l'humanité, la défense de ce droit sera la première devise révolutionnaire face au pouvoir absolu.

En outre, la Déclaration universelle des Droits de l'Homme dans son article 3 dispose que « Tout individu a droit à la vie, à la liberté et à la sûreté de sa personne ».

La Convention Américaine relative aux Droits de l'Homme (Loi 16/1992), dans son article 4 alinéa 1^{er} prévoit : « Toute personne a droit au respect de sa vie. Ce droit doit être protégé par la loi, et en général à partir de la conception. Nul ne peut être privé arbitrairement de la vie ».

La Cour Constitutionnelle dans sa décision T-849 du 9 août 2001 dit : « Grâce à la protection spéciale et au lien existant entre le droit à la santé et le droit à la vie dans des conditions dignes, la jurisprudence de cette Cour a établi que la Constitution ainsi que les principes dérivés de cette dernière

¹⁶ GAÑÁN RUIZ Jaime León, *De la naturaleza jurídica del derecho a la salud en Colombia*, Revista Estudios de Derecho, Vol. LXVIII. N° 151, juin 2011, Medellín. 2011, p. 189 et s

¹⁷ Article 11 : « Le droit à la vie est inviolable. Il n'existera pas de peine de mort. »

doivent être appliqués au détriment des restrictions contenues dans le POS (...) ». ¹⁸

Cette Cour signale également que le droit à la santé n'étant pas un droit fondamental en lui-même –au moment de la décision-, il peut bénéficier de ce statut lorsqu'il se trouve en rapport intime avec un autre droit fondamental¹⁹.

1.1.2.2. Le droit à une couverture sociale.

Le droit à une couverture sociale en santé n'a pas été intégré dans le chapitre des droits fondamentaux du texte Constitutionnel. Ce droit sera établi de façon générique par l'article 48²⁰ de la Constitution et de façon spécifique quand il s'agit de personnes du troisième âge et des enfants, il acquerra le statut de droit fondamental quand sa méconnaissance met en péril, potentiel ou réel, un autre droit fondamental comme par exemple la vie, la dignité humaine, l'intégrité physique ou morale, etc.

Si l'on reprend les mots de la Constitution, la sécurité sociale en santé est un service public qui a comme mission de s'attaquer aux carences économiques et sociales de différents secteurs de la population et, en particulier, de la population la plus fragile. Ce service sera soumis, d'un côté, aux contraintes budgétaires et d'un autre, à son développement normatif.

¹⁸ POS : « Plan obligatoire de santé ».

¹⁹ Cour Constitutionnelle, décision T-306/05 du 31 mars 2005, dossier N° T-1008946, Magistrat chargé de l'affaire : Clara Inés VARGAS HERNÁNDEZ

²⁰ Article 48 CPC : « La sécurité sociale est un service public à caractère obligatoire. Il devra être assuré sous la direction, coordination et contrôle de l'État, tout en restant soumis aux principes d'efficacité, universalité et solidarité dans les termes de la loi. Le droit irréfutable à la sécurité sociale sera garanti à tous les habitants. L'État, avec la participation des particuliers, amplifiera progressivement la couverture sociale. Celle-ci comprendra la prestation des services tels qu'ils sont déterminés par la loi.

La sécurité sociale pourra être pourvue par des organismes publics ou privés, conformément à la loi.

Les ressources dédiées à la sécurité sociale ne pourront pas être utilisées pour des fins différentes.

La loi définira les moyens pour que les ressources consacrées aux retraites gardent leur pouvoir d'acquisition constant.

Ce service public à caractère obligatoire doit être assuré sous la direction, coordination et contrôle de l'État. Cela ne signifie pas que l'État devra assurer directement ladite prestation, puisque le même article constitutionnel l'autorise à le mettre dans les mains des particuliers, – toujours sous sa direction, coordination et contrôle-.

L'Administration Publique dispose d'une infrastructure adéquate pour coordonner, administrer et contrôler les services médicaux dans le public comme dans le privé. C'est à cette fin que sera créée La Superintendence Nationale de Santé – Haute autorité de surveillance-, chargée –en coordination avec les pouvoirs territoriaux- d'assurer la bonne prestation du service en ce qui concerne la prise en charge des usagers, le respect de la législation en vigueur, le renforcement de mécanismes de contrôle social sur le système de santé, etc., ainsi que d'effectuer un suivi des ressources affectées audit service, en s'assurant qu'ils n'auront pas une destination différente.

Dans tous les cas, le service de santé doit être assuré sans interruption, étant donné sa nature de service public obligatoire. La Constitution impose à l'État de garantir que les organismes prestataires du service de santé – publics comme privés- soient à tout moment prêts à accorder une prise en charge opportune ainsi qu'efficace aux usagers.

La Cour Constitutionnelle définira, à plusieurs reprises, la portée du droit à la sécurité sociale tel qu'il a été énoncé par l'article 48 de la Constitution, en lui attribuant le caractère de droit fondamental grâce au lien étroit qu'il garde avec des droits fondamentaux tels que la vie, la santé ou bien le travail.

A ce propos, ce Haut Tribunal a dit : « La sécurité sociale a été conçue comme un ensemble de mesures adoptées par la société et par l'État pour garantir aux différents secteurs de la population les services et les conditions

de vie nécessaires, lorsque survient une perte ou une diminution dans les moyens de subsistance, causées par des circonstances qui n'ont pas été créées ou voulues par les victimes, lesdites circonstances ayant été entraînées par des risques sociaux liés principalement au travail ou à l'impossibilité d'accès au monde du travail ou bien à une baisse des conditions physiques ou de santé ». « La sécurité sociale, est un élément essentiel au bien-être social (...) »

« En tant que service public, la sécurité sociale doit être permanente et si l'on additionne son caractère obligatoire, au vu de la Constitution- l'État doit le garantir(...) »

En faisant application de la loi 10/1990, le Conseil d'État signale que tous les organismes prestataires du service de santé sont obligés d'effectuer une prise en charge minimale en cas d'urgence : « (...)Au regard de cette Cour, le principe de légalité de l'article 2 de la loi 10/1990 met en évidence le devoir juridique de tous les organismes prestataires du service de santé, qu'ils soient publics ou privés, d'assurer *la prise en charge initiale d'urgence* et, par la suite, de prendre en charge les conséquences des actions ou des omissions découlant de celle-ci. Il est nécessaire de préciser que le devoir *de prise en charge initiale d'urgence* prescrit par l'article 2 fait référence seulement à une prise en charge primaire (de stabilisation, diagnostic, et définition de l'état de santé du patient) et il ne doit pas s'étendre au-delà de ces limites, tel que l'hospitalisation du malade (...)»²¹

Le système de sécurité sociale en Colombie sera réformé en 1993 par la Loi N°100 qui cherche à apporter des améliorations. Néanmoins elle va

²¹ Conseil d'État, Section III, décision n° 15178 du 10 septembre 2005, Magistrat chargé de l'affaire : Maria Elena GIRALDO GOMEZ, Bogotá D.C

aggraver la problématique en approfondissant l'inégalité déjà existante entre les bénéficiaires du service²².

Tel qu'il a été énoncé par le professeur Wilson Ruiz²³, « la régulation du service public de santé, la mise en œuvre de conditions satisfaisantes d'accès à la population ainsi que l'affiliation obligatoire de tous les habitants du pays, constituent le principal but du système de sécurité sociale en santé. Cet objectif ne pourra pas être atteint sans une protection intégrale de la population (...) ».

Les propos précédents nous amènent à constater que la responsabilité de l'État en ce qui concerne la direction du système de santé ne se réduit pas à un simple rôle de coordination ou de conseil ou encore moins à une activité réglementaire, elle doit aller plus loin car c'est l'efficacité dans la gestion publique que légitime la notion même d'État.

1.2. Le cadre légal du droit à la santé et de la responsabilité médicale en Colombie.

L'exercice de la médecine a été réglementé depuis l'Antiquité. Ainsi à l'origine, nous trouverons le Serment d'Hippocrate. Le Code International

²² « A priori, la réforme de 1993 se présente comme le passage d'un système de protection sociale mixte, centralisé, assistantiel clientéliste et assurantiel particulariste corporatiste, vers un système très décentralisé, assurantiel universaliste minimaliste et assistantiel en déshérence – car appelé à disparaître au terme de la transition en cours. Il y aurait donc un complet renversement de perspective, puisqu'on assisterait à la disparition de l'assistance publique - qui avait en charge la majorité statistique de la population, exclue de l'assurance - au profit d'une universalisation de l'assurance.

Pareil retournement, en l'absence manifeste de salarisation formelle accélérée de la population active, évoque le tour de prestidigitation. En l'occurrence, l'idée maîtresse est que l'assistance doit subir une métamorphose : cessant de prendre la forme d'une offre de prestations et de services octroyés, elle doit adopter celle de subventions représentatives de cotisations virtuelles, canalisées par la demande. C'est le fil conducteur, la doctrine des auteurs de la réforme de 1993 : le passage d'une logique de l'offre subsidiée à celle de la demande subventionnée.» LE BONNIEC Yves, *Le choix qui n'écarte rien et le refus du choix qui détermine La réforme du système de protection sociale en Colombie. op. cit.*

²³ RUIZ Wilson, *Responsabilidad Medica Estatal*, ed. Librería Jurídica Sánchez, Medellín 2004, p.53.

d'éthique médicale promulgué par l'Association médicale mondiale servira de pilier à l'adoption d'un Code d'éthique médicale par différents pays.

Il faut noter que malgré l'absence d'une réglementation constitutionnelle expresse en matière médicale, l'État se servira des normes constitutionnelles générales ainsi que de différentes lois pour réguler l'exercice de la médecine et la prestation du service public de santé.

1.2.1. Le cadre normatif général du droit à la santé et de l'activité médicale

Étant donné que ladite législation ne se trouve pas codifiée, mais au contraire que celle-ci est dispersée, un bref récapitulatif des dispositions les plus pertinentes nous semble utile²⁴ :

- **Décret-loi 952 du 8 juin 1905** : Réglementant l'exercice professionnel de la médecine. En outre, ce texte instaure des normes d'éthique médicale telle que le *secret professionnel*.

- **Loi 83 du 19 novembre 1914** : Réglementant l'exercice des professions médicales. De plus, elle établit comme exigence pour l'exercice de la médecine d'avoir le titre de docteur en médecine délivré par l'une des Facultés de médecine de la République, sauf circonstances spéciales précisées par la même loi.

- **Loi 67 du 11 novembre 1920** : Réglementant l'exercice de la profession médicale. Elle oblige les professionnels de la médecine à s'inscrire sur un registre médical suite à l'accord du comité créé par la même loi à cet effet. Ce comité dispose du pouvoir d'accorder ou de retirer le Permis autorisant d'exercer la profession de médecin.

²⁴ V.: SERRANO ESCOBAR Luis Guillermo, *Nuevos conceptos de responsabilidad médica*, ed. Doctrina y Ley Ltda., Bogotá, D.C 2002, page 63.

- **Loi 35 du 22 novembre 1929** : Réitérant que seulement les personnes ayant obtenu ou qui obtiendront ultérieurement un diplôme de médecin dans l'une des Facultés établies dans le pays pourront exercer la profession. Également, cette loi permet l'exercice de la médecine aux personnes ayant obtenu leur diplôme à l'étranger, conformément aux lois en vigueur.

- **Décret 1099 du 8 juillet 1930** : Réglementant la loi 35 /1929.

- **Décret 2831 du 23 septembre 1954** : Établissant le Code d'Éthique et de Morale Médicale.

- **Loi 14 du 28 avril 1962** : Régulant les exigences pour obtenir le diplôme de médecin. Elle exige une année d'internat obligatoire. En outre, elle exige la prestation d'un service social obligatoire -entre une ou deux années, compte tenu de l'endroit où le service est assuré-.

- **Décret 605 du 21 mars 1963** : Réglementant la loi 14 du 28 avril 1962.

- **Loi 09 du 24 janvier 1979** : Relative aux normes sanitaires. Elle précise les droits et devoirs liés à la santé. De plus, elle déclare que la santé est un bien d'intérêt public, en conséquence tous les habitants du territoire ont le droit à la prestation du service de santé mais aussi le devoir de préserver leur santé et celle de la communauté.

- **Loi 23 du 18 février 1981** : Réglementant l'éthique médicale.

- **Loi 50 du 27 mai 1981** : Instituant « le service social obligatoire » dans tout le territoire de la nation.

- **Décret 2396 du 28 août 1981** : Relatif au service social obligatoire. Il dispose que la durée du service sera d'une année -il doit être assuré à temps complet-. Ce texte détermine également que le service social doit être assuré au sein d'organismes publics de santé ou dans des organismes privés à fins non lucratives.

- **Décret 3380 du 30 novembre 1981** : Relatif aux obligations des médecins.

- **Décret 1328 du 31 mai 1984** : Réglementant la Loi 23 du 18 février 1981 quant à l'obtention de la carte professionnelle du médecin. Il prévoit l'obligation pour tous les médecins autorisés par le Ministère de la Santé à exercer la médecine d'accréditer leur qualité grâce à la carte professionnelle octroyée par le même Ministère.

- **Loi 10 du 10 janvier 1990** : Réorganisant le système national de santé. Elle va décentraliser l'administration du service de santé.

- **Décret 1088 du 25 avril 1991** : Réglementant les institutions prestataires du service de santé du secteur privé.

- **Décret 559 du 22 février 1991** : Créant des dispositions générales qui vont réguler les comportements des personnes juridiques et physiques, publiques et privées, dans le cadre de la prévention et du contrôle du VIH. Elle régule également les procédures pour atteindre l'efficacité dans le diagnostic, l'attention intégrale, la prévention et le contrôle épidémiologique, l'investigation, l'exercice des droits ainsi que le contrôle des devoirs. En dernier, il prévoit les procédures et sanctions en cas de non-respect desdites dispositions. (Dérogé par le décret 1543 du 17 juin 1997).

- **Loi 100 du 23 décembre 1993** : Créant le Système de Sécurité Sociale Intégrale. Grâce aux importantes restructurations apportées par cette

loi au système public de santé, elle marque sans doute une nouvelle étape dans l'histoire de la santé en Colombie.

Par cette loi, le gouvernement de l'époque poursuit la redistribution et la décentralisation du service public de santé ainsi que l'ampliation de la couverture sociale. Comme nous le verrons ultérieurement, le bilan de cette loi n'est certainement pas celui auquel l'on s'attendait.

- **Décret 1922 du 5 août 1994** : Régulant l'intervention des institutions prestataires du service de santé.

- **Loi 368 du 5 mai 1997** : Créant le Réseau de Solidarité Sociale ainsi que le Fonds de Programmes Spéciaux pour la Paix et le Fonds du Plan National de Développement Alternatif.

- **Loi 0269 du 29 février 1996** : Régulant partiellement l'article 128²⁵ de la Constitution, en ce qui concerne les prestataires du service de santé dans le secteur public.

- **Décret 1543 du 17 juin 1997** : Règlementant la prise en charge des infections par le virus du VHI, le syndrome de l'immunodéficience acquise (SIDA) et des autres maladies sexuellement transmissibles.

- **Décret 0501 du 13 mars 1998** : Régulant l'organisation interne ainsi que le fonctionnement du Fonds National pour la Protection Intégrale des populations déplacées par la violence.

²⁵ Relatif à la fonction publique. Ainsi il dispose « Nul n'aura simultanément plus d'un emploi public ni ne percevra plus d'une rémunération provenant du trésor public ou d'une entreprise ou institution dans laquelle l'État est majoritaire, sauf dans les cas expressément déterminés par la loi... »

- **Décret 806 du 30 avril 1998** : Réglementant la Sécurité Sociale en Santé en tant que service public essentiel d'intérêt général à la charge des particuliers ou de l'État lui-même.
- **Résolution 1995 du 8 juillet 99 du Ministère de la Santé** : Établissant les règles pour la gestion des dossiers médicaux.
- **Résolution 3374 du 27 décembre 2000 du Ministère de la Santé** : Réglementant les principales données devant être signalées par les fournisseurs et les organismes prestataires du service de santé.
- **Décret 452 du 14 mars 2000** : Modifiant la structure de la Superintendence Nationale de Santé –Haute autorité de surveillance-.
- **Loi 691 du 18 septembre 2001** : Réglementant la participation de Groupes Ethniques dans le Système Général de sécurité sociale.
- **Décret 1280 du 19 juin 2002** : Organisant le Système de Vigilance, Inspection et Contrôle du Secteur de Santé.
- **Décret 1750 du 26 juin 2003** : Réorganisant l'ISS ou Institut de Sécurité Sociale et créant les « Entreprises Sociales de l'État ».
- **Loi 919 du 22 décembre 2004** : Interdisant la commercialisation de composants anatomiques humains. Pénalisation de ce type de trafic.
- **Décret 3518 du 9 octobre 2006** : Créant et réglementant le Système de Surveillance en Santé Publique (SIVIGILA) pour fournir de manière systématique et opportune l'information sur la dynamique des situations qui affectent ou peuvent affecter la santé de la population.

- **Loi 1122 du 9 janvier 2007** : Réformant partiellement le système de sécurité sociale en santé.

- **Décret 4975 du 23 décembre 2009** : Déclarant l'État d'Urgence Sociale afin remédier à la grave situation que traverse le Système de Sécurité Sociale en Santé adopté avec la Loi 100 de 1993.

- **Loi 1438 du 19 janvier 2011** : Réformant le système de sécurité sociale en santé. Prévoit le renforcement du Système Général de Sécurité Sociale en Santé et unification du Plan de Bénéfices.

- **Projet de loi 210 de 2013** : Actuellement en cours, il cherche à reformer le Système Général de Sécurité Sociale.

- **Loi 1751 du 16 février 2015** : Règlementant le droit fondamental à la santé.

1.2.2. Le cadre normatif de la responsabilité médicale en particulier

- **Loi 67 du 4 décembre 1935** : Règlementant l'exercice de la médecine et de la chirurgie. Cette loi est la première à aborder le sujet de la responsabilité médicale en mentionnant que la profession de médecin constitue une fonction sociale. Ainsi, les professionnels seront responsables civilement et pénalement pour leurs actions mais aussi pour leurs omissions lors de l'exercice de leur profession. Elle limite également l'exercice de l'homéopathie et fixe les sanctions pour l'exercice illégal de la médecine.

- **Décret 2831 du 23 septembre 1954** : Établissant le Code d'Éthique Morale Médicale. Il met aussi en vigueur les dispositions relatives à la déontologie médicale approuvées lors de la XIIème assemblée générale ordinaire de la Fédération Colombienne de Médecine qui a eu lieu cette même année. Ce texte constitue un code proprement dit. Il aborde des aspects tels

que les devoirs généraux du médecin, les devoirs des médecins vis-à-vis des malades, les relations des médecins avec les organismes prestataires publics et privés, les devoirs de confraternité, les honoraires et finalement les sanctions. Comme conséquence des vides juridiques présentés par ce code, il sera de faible application.

- **Loi 14 du 28 avril 1962** : Régulant les exigences pour obtenir le diplôme de médecin. En outre, elle dicte des normes relatives à l'exercice de la médecine et de la chirurgie, introduisant des modifications quant à la compétence liée aux sanctions des professionnels de la médecine qui auront commis des fautes graves contrevenant à l'éthique médicale. Elle octroie la dite compétence au Conseil National des professions médicales et auxiliaires du ministère de la Santé Publique.

- **Loi 23 du 18 février 1981** : Réglementant l'éthique médicale. Cette loi cherche à structurer un Code d'Éthique Médicale pour combler les vides et contradictions juridiques présentes dans le code antérieur. Elle prospecte également la possibilité de consolider un Code Latino-américain d'Éthique Médicale, établissant les droits et devoirs liés aux professions médicales. Cette loi ambitionne l'exercice responsable et honnête de la médecine.

- **Décret 3380 du 30 novembre 1981** : Réglementaire de la Loi 23/1981.

- **Résolution 13437 du 1er novembre 1991** : Ministère de la Santé, Relative aux droits des patients. Elle adopte des postulats de base tendant à l'humanisation de l'attention aux patients et l'amélioration de la qualité de la prestation du service public de santé dans les Institutions de soins, publiques et privées.

- **Loi 1374 du 8 janvier 2010** : Créant le Conseil National de de Biotique et adoptant des dispositions supplémentaires.

Section 2. Les fondements généraux de la responsabilité applicable aux organismes publics

Parmi les fins essentielles de l'État, la Constitution Colombienne proclame dans son article 2 l'obligation de garantir l'efficacité des principes, droits et devoirs qui y sont établis. Ainsi, les autorités de la République seront instituées afin de protéger dans leur vie, dans leurs biens, croyances, libertés etc., tous les résidents du pays mais aussi elles assureront l'accomplissement des devoirs sociaux.

En conséquence, l'article 6 de la Constitution établit la responsabilité des fonctionnaires publics qui violent la Constitution et les lois par omission ou excès dans le cadre de leurs fonctions.

Pour sa part, l'article 90²⁶ de la Constitution définit la responsabilité patrimoniale de l'État. Il établit que « l'État sera responsable patrimonielement des dommages *anti-juridiques* qui lui sont imputables, causés par l'action ou l'inaction des autorités publiques.

Dans l'éventualité que l'État soit condamné à la réparation patrimoniale d'un tel dommage causé par la conduite dolosive ou gravement fautive d'un de ses agents, il devra *répéter*²⁷ contre celui-ci ».

²⁶ Cette disposition s'inspire de l'article 21 de Loi espagnole 1954 relative à l'expropriation forcée qui prévoit l'indemnisation de tout dommage résultant du fonctionnement, normal ou anormal, d'un service public, ainsi que de l'article 106 alinéa 2 de la Constitution espagnole de 1978 portant sur le droit des particuliers à obtenir la réparation des dommages résultant du fonctionnement d'un service public.

²⁷ L'action de *répétition* du droit colombien est une action équivalente à l'action récursoire du droit français.

Cette norme sert de fondement à l'article 140 du nouveau Code de la procédure administrative et du contentieux administratif -Loi 1437 du 18 janvier 2011, en vigueur depuis le 2 juillet 2012-, consacrant l'action de réparation directe²⁸.

Dans un premier temps, cette norme constitutionnelle établit clairement deux types de responsabilité patrimoniale, chacune d'entre elles présentant des caractéristiques et des fondements différents. Le paragraphe initial décrit la responsabilité de l'État face aux particuliers tandis que le deuxième énonce la responsabilité des agents étatiques face à l'État.

Ladite norme constitutionnelle introduit explicitement et pour la première fois le principe général de la responsabilité patrimoniale de l'État, de nature contractuelle comme extra-contractuelle. Cette responsabilité ne se limitera pas à l'Administration Publique, elle ira plus loin, elle intégrera la notion d'État - État juge, État législateur ainsi que tous les autres domaines dans lesquels il y a une intervention des autorités étatiques-.

Le Conseil d'État et la Cour Constitutionnelle Colombienne s'accordent sur l'interprétation de l'article 90 de la Constitution puisque ils affirment que ce principe général de responsabilité s'applique aussi bien en cas de responsabilité extra-contractuelle de l'État qu'en cas de responsabilité contractuelle²⁹.

²⁸ Nouveau Code de la Procédure Administrative et du Contentieux Administratif colombien, article 140 « Dans les termes de l'article 90 de la Constitution, la personne intéressée pourra directement exiger la réparation des dommages *anti-juridiques* produits par l'action ou par l'inaction des agents de l'État. Conformément au paragraphe précédent, l'État sera responsable, entre autres, lorsque la cause des dommages est un fait, une omission, une opération administrative ou l'occupation temporaire ou permanente d'immeuble en raison de travaux publics ou par toute autre cause imputable à un organisme public ou à un particulier qui agit en suivant une instruction expresse de ce dernier. Les organismes publics devront avancer les mêmes prétentions lorsqu'ils sont victimes d'un préjudice par l'activité d'un particulier ou d'un autre organisme public. Dans tous les cas où des particuliers et des organismes publics ont participé au dommage, dans le jugement on déterminera la proportion par laquelle doit répondre chacun d'eux, en tenant compte de l'influence causale du fait ou l'omission dans la réalisation du dommage ».

²⁹ Cour Constitutionnelle, décision C-333/96 du 1^o Août 1996, Magistrat chargé de l'affaire : Alejandro MARTÍNEZ CABALLERO, Bogotá : « L'article 90 ne restreint pas ladite responsabilité patrimoniale au champ

Dans un deuxième temps, la notion de dommage *anti-juridique* nous permet de souligner que le fondement de la responsabilité administrative n'est pas toujours un comportement dolosif ou fautif qui doit être sanctionné mais avant tout, un dommage patrimonial, qui doit être indemnisé. Lors de la Constitution de 1991, l'attention du Constituant va se déplacer de l'auteur du comportement dommageable vers la victime. Ainsi, au regard de la Constitution, il sera plus important de réparer le dommage que de punir une action ou une inaction administrative entachée de faute.

De la sorte, le fondement de la responsabilité étatique se déplace du champ de la licéité de la conduite ou du comportement dommageable (faute) au dommage proprement dit, à condition que celui-ci soit *anti-juridique*. Cette seule circonstance change fondamentalement la nature ainsi que la finalité de l'institution juridique de la « responsabilité ». Elle cesse d'être simplement condamnatrice, pour se transformer en réparatrice. La victime devient ainsi son axe central³⁰.

C'est dans ce contexte que la notion de dommage *anti-juridique* figurant à l'article 90 trouve son intérêt, étant donné que c'est sur lui que va s'édifier la responsabilité de l'État, à condition que celui-ci lui soit imputable.

En conséquence, il va se produire une séparation entre l'anti-juridicité du dommage et sa cause *anti-juridique*. Cette dernière sera par la suite l'un des critères utilisés pour l'imputation du dommage en nous permettant ainsi de déplacer les conséquences négatives du fait dommageable du patrimoine

extracontractuel, il consacre un régime général de responsabilité (...) Au contraire, pour cette Cour, le paragraphe premier de l'article 90 consacre la clause générale de responsabilité patrimoniale de l'État rassemblant ainsi les notions de responsabilité extra-contractuelle, responsabilité précontractuelle, (dérivée de la rupture de la relation juridico – administrative précontractuelle) et responsabilité patrimoniale de l'État à caractère contractuel ».

³⁰ V. NAVIA ARROYO Felipe, *La responsabilidad extracontractual del estado a la luz del artículo 90 de la constitución política*, Revista de derecho privado n° 6, julio-diciembre, Universidad externado de Colombia, Bogotá 2000, p. 211-231

de la victime au patrimoine de l'administration et aussi éventuellement de négocier la répartition des responsabilités entre celle-ci et l'agent qui a été à l'origine du dommage.

Cette notion de responsabilité patrimoniale issue de l'article 90 de la Constitution cherche à établir un lien entre le dommage et un patrimoine public qui devra assumer l'indemnisation et non à effacer la faute par la voie d'une attribution de responsabilité. Or, il n'y pas de doute, la faute de l'article 90 de la constitution est de caractère objectif³¹.

C'est ainsi que même un acte licite de l'Administration peut être à l'origine d'un droit à indemnisation pour des dommages patrimoniaux causés aux particuliers. La philosophie qui accompagne ce raisonnement s'appuie sur le principe constitutionnel de solidarité.³²

Au sein d'un État social de droit, l'Administration a pour mission d'agir dans l'intérêt général de la communauté à travers des actions adéquates qui, bien entendu, respectent les préceptes constitutionnels. A ce propos, l'article 209 de la Constitution mentionne : « La fonction administrative est au service de l'intérêt général. Elle se développe en accord avec les principes d'égalité, moralité, efficacité, économie, célérité, impartialité et publicité (...) » « Les autorités administratives coordonneront leurs fonctions au profit de l'accomplissement des fins de l'État (...) »

Comme résultante du mandat constitutionnel, il incombe à l'Administration de respecter et faire respecter les lois et les fins prévues par

³¹ Il est important de signaler que la notion de faute –responsabilité subjective- n'est pas pour autant écartée des critères d'attribution de la responsabilité publique mais qui actuellement elle n'est pas l'unique fondement du système d'indemnisation.

³² Article 1 : « La Colombie est un État social de droit organisé sous la forme d'une république unitaire, décentralisée(...), fondée sur le respect de la dignité humaine, le travail et *la solidarité* des personnes qui l'intègrent ainsi que sur *la prééminence de l'intérêt général*. »

la Constitution. C'est-à-dire, un de ses impératifs est le *bon fonctionnement*. La responsabilité sera inséparable des principes de qualité dans la prestation des services à la charge de l'État.

Ledit concept de responsabilité doit être conçu comme un mécanisme de contrôle juridique de l'activité administrative au profit de l'administré en même temps qu'un mécanisme d'impulsion de l'efficacité administrative.

Il est certain que la première fonction de la responsabilité consiste à réparer un préjudice. Même s'il peut exister une responsabilité sans faute, le concept de responsabilité est indissociable de celui de préjudice.

La responsabilité doit aussi conditionner les actions ultérieures de l'Administration. C'est sa fonction préventive. Ceci explique qu'au moment d'une condamnation contre l'Administration pour fonctionnement anormal, le juge aura comme point de départ l'hypothèse du service *tel qu'il devait être et non tel qu'il est*. Il est possible alors d'affirmer qu'une décision qui condamne l'Administration à indemniser ne s'arrête pas au rétablissement patrimonial de dommages mais qu'elle influe ou, du moins qu'elle devrait influencer, sur la façon dont le service sera géré postérieurement.

Comme cela a été signalé par le professeur Ramiro Saavedra, « Même si le système de responsabilité prétend être objectif, il existe un risque plus grand : que la simple et exclusive considération du dommage *insupportable* transforme le comportement administratif –par la voie d'une imprécise et vague notion d'imputation- en une simple référence marginale et statistique. Du fait que l'Administration paye même si le service à bien fonctionné, ça ne change rien qu'il fonctionne bien ou mal du moment que l'Administration paye. Et ça ne change rien justement parce que ladite responsabilité est

totale­ment indépen­dante de la façon dont l'action administrative a été effectuée »³³.

Si le comportement de l'Administration devient étranger au concept de responsabilité et que la seule chose qui intéresse est de savoir s'il existe un dommage, dans cette hypothèse le but primaire de la responsabilité – entendue comme un moyen de contrôle- serait alors ignoré.

Si la responsabilité peut être imputée sans une limitation quelconque, aussi bien dans le cas d'un bon comme d'un mauvais fonctionnement de la part de l'Administration, établir si ledit comportement a été bon au mauvais ne sera plus d'aucune utilité puisqu'il n'a rien à contrôler. La responsabilité serait transformée en un simple système de garantie patrimoniale exclusivement réparateur et elle ne serait plus utile comme instrument de diagnostic de la prestation des services publics³⁴.

Dans ce contexte, il semblerait que le rôle du législateur soit essentiel pour ne pas arriver, dans certains domaines, à une objectivisation pure et simple de la responsabilité, conduisant à une banalisation de la faute qui, à terme, amènerait à une « meilleure » protection des victimes qui n'en serait pas une, car un système dans lequel la bonne ou la mauvaise prestation du service de santé ne change rien nuit nécessairement à l'utilisateur.

³³ SAAVEDRA BECERRA Ramiro, *La responsabilidad extracontractual de la administración pública*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá DC 2004, p.197

³⁴ *ibidem*

2.1. La notion de dommage *anti-juridique*

Inspirée de la doctrine espagnole, la Constitution colombienne adoptait en 1991, dans son article 90³⁵, la notion de *dommage anti-juridique* comme fondement de la responsabilité administrative.

Cette nouvelle conception de la responsabilité a créé un climat d'agitation qui se reflète dans la jurisprudence. En 1991 le Conseil d'État disait : « La responsabilité s'est transformée en objective au plus haut niveau. La faute a cessé d'être l'unique fondement du système d'indemnisation pour se transformer en un simple critère d'imputation des dommages »³⁶.

Sur ce fondement, tel qu'il a été dit auparavant, en matière de responsabilité patrimoniale d'État, la reconnaissance du dommage dépend, en principe, de son caractère *anti-juridique*. Ladite qualification s'obtient après avoir constaté que la charge supportée par la victime est anormale dans la mesure où celle-ci n'est pas légalement obligée de l'assumer.

En l'absence d'une définition du dommage anti-juridique, il est approprié d'établir son contenu en faisant appel aux différents critères de la doctrine qui lui servent d'assise. Sur ce point, la doctrine espagnole et notamment les écrits du professeur Eduardo Garcia de Enterría seront d'une importance capitale.

Ainsi, le professeur Garcia de Enterría nous dit que³⁷ : « L'anti-juridicité susceptible de convertir un simple préjudice matériel en *lésion* proprement

³⁵ Cf. p. 17

³⁶ Conseil d'État colombien, section III, décision du 22 novembre 1991, Magistrat chargé de l'affaire : Julio César URIBE ACOSTA

³⁷ GARCIA DE ENTERRIA Eduardo, *Curso de derecho administrativo II*, Editorial Civitas, Sexta edición, Madrid 1999, p.372

dite ne se déduit pas du fait que la conduite de l'auteur soit contraire au droit. En conséquence, il ne s'agit pas d'une anti-juridicité subjective. Un préjudice devient anti-juridique et se transforme en lésion indemnisable *chaque fois que et seulement quand* la personne qui le supporte *n'a pas le devoir juridique de le faire*. Ainsi, l'anti-juridicité du préjudice est strictement objective. Tel qu'il été dit lors de la décision du 27 janvier 1971 et réitérée par celle du 10 février 1972, la lésion suppose un « *préjudice qui n'est pas anti-juridique par la façon dont il s'est produit, mais parce que le titulaire du droit transgressé n'a pas le devoir juridique de le supporter*, même si l'agent qui a été à l'origine du dommage a agi de manière licite ».

De la sorte, le dommage *anti-juridique* introduit par la doctrine espagnole n'est pas celui qui résulte de la méconnaissance de la loi par un organisme public, mais celui qui *se produit du seul fait de l'excès dans les charges imposées à un citoyen*, c'est-à-dire que toute charge se trouvant en dehors des celles légalement exigibles à toute personne constitue un dommage en soi.

Le dommage anti-juridique, que le droit espagnol a pour habitude de dénommer *lésion*, est un concept plus strict que celui de dommage ou de préjudice, il s'agit d'un préjudice anti-juridique à l'écart de tout critère subjectif utilisable chaque fois que les causes de justification –qui légitiment le préjudice- ne sont pas applicables³⁸.

C'est cet univers conceptuel qui a servi de fondement au devoir de réparation des dommages causés par des organismes publics, imposé par l'article 90 de la Constitution colombienne, déjà mentionné.

³⁸ REBOLLO Luis Martín, *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración en la Jurisprudencia*. Civitas, S.A. p. 59 et s.

A son tour, le Conseil d'État colombien analysera la notion de dommage anti-juridique ainsi : « Il s'agit de la lésion d'un intérêt légitime patrimonial ou extrapatrimonial que la victime n'est pas obligée de supporter (...). C'est pour cette raison que l'anti-juridicité de la cause du dommage a été déplacée vers le dommage lui-même (...) Ainsi, le dommage anti-juridique peut être l'effet d'une cause illicite mais aussi d'une cause licite(...). Cette double cause correspond en principe à deux régimes de responsabilité, le régime de responsabilité subjective et le régime de responsabilité objective³⁹».

En accord avec la réglementation constitutionnelle, en Colombie, la responsabilité patrimoniale de l'État doit être examinée à partir de *l'anti-juridicité* du dommage. Ainsi l'établit l'article 90 de la constitution cité auparavant⁴⁰.

De plus, tel que le signale la Cour Constitutionnelle : « La suprématie juridique des normes constitutionnelles empêche le législateur de créer un système de responsabilité subjectif pour l'indemnisation du dommage anti-juridique issu des relations substantielles ou matérielles existant entre les organismes publics et les administrés. La responsabilité objective sur le terrain de ce type de relations substantielles est un impératif constitutionnel, pas seulement parce que la norme le signale expressément ainsi, mais aussi parce que les principes et les valeurs qui servent de fondement à la construction de l'État l'exigent (...)»⁴¹.

³⁹ Conseil d'État, Section III, décision n° 8163 du 13 juillet 1993. Magistrat chargé de l'affaire : Carlos BETANCOR JARAMILLO. Bogotá

⁴⁰ Cf. p. 17

⁴¹ Cour Constitutionnelle, décision C-043/04 du 27 janvier 2004. Magistrat chargé de l'affaire : Marco Gerardo MONROY CABRA. Bogotá

De la sorte, l'État est obligé de réparer tous les dommages et préjudices provoqués par ses actions ou ses inactions sur toute personne n'étant pas juridiquement obligée de les supporter.

A ce sujet, le Conseil d'État s'est ainsi exprimé⁴² : « La nouvelle norme constitutionnelle *-dans son article 90-* fonde la responsabilité de l'État sur la notion de dommage *anti-juridique*, celle-ci étant le pilier de la structure du nouveau régime, sans qu'on puisse dire pour autant que la responsabilité pour faute de service a disparu. Dans cette disposition a été consacrée la responsabilité imputable à l'État pour cause des dommages anti-juridiques provoqués par les autorités, soit par une action ou une inaction irrégulière, soit par l'exercice illégitime de ses fonctions. En principe, ce n'est pas le problème de la faute qui est jugé, puisque la norme déplace le problème de l'*anti-juridicité* de la conduite de la personne administrative (fonctionnement irrégulier du service public) en le plaçant dans l'*anti-juridicité* du dommage.

Dans une décision du 30 juillet 2008 il a été dit⁴³ : « (...) Il est indispensable de déterminer l'existence du dommage, et une fois celui établi, il est nécessaire de définir sa nature, c'est-à-dire, s'il peut ou non être qualifié comme anti-juridique. Car une réponse négative sur cet aspect libère l'État de toute responsabilité (...) Et par conséquence, le juge est dégagé de réaliser l'évaluation de l'autre élément constitutif de la responsabilité de l'État, à savoir l'imputation du dommage (...)».

Elle apporte également des précisions quant aux conditions de la responsabilité patrimoniale, telle qu'elle est conçue par l'article 90 de la Constitution. Elle souligne que : « Il faut distinguer l'anti-juridicité du

⁴² Conseil d'État, Section III, décision n° 11878 du 10 Février 2000, Magistrat chargé de l'affaire : Alier Eduardo HERNANDEZ ENRRIQUEZ, Bogotá

⁴³ Conseil d'État, Section III, décision n° 15726 du 30 juillet 2008, Magistrat chargé de l'affaire : Myriam GUERRERO DE ESCOBAR. Bogotá D.C.
Dans le même sens voir aussi : C.E. décisions : 10948, 11643 et 11883.

dommage et les critères d'attribution. Le *dommage* est le résultat d'un comportement (régulier ou irrégulier). L'*attribution* est l'élément ou lien qui permet de mettre en évidence la relation causale entre ledit dommage et le sujet qui l'a produit, en faisant abstraction dans cette relation de la qualification de la légalité du comportement d'un fonctionnaire ou du service objectivement considéré ».

Quand l'*anti-juridicité* est liée au comportement de l'État, l'analyse de responsabilité ne regardera pas si l'acte de l'organisme public était ou non licite, cette analyse cherchera à établir si le dommage est anti-juridique vis-à-vis de la victime, c'est-à-dire, si celle-ci devait juridiquement le supporter ou non.

De la sorte, les conditions de la responsabilité patrimoniale de l'État, fondé sur le principe de l'anti juridicité, seraient :

D'une part, un dommage *anti juridique* et d'autre part, un lien de causalité permettant de relier ce dommage à l'action ou à l'inaction d'une autorité publique.

Cependant, « La seule intervention - action ou omission dans la prestation médicale- n'est pas suffisante pour imputer à l'État les dommages subis par les patient. Il est nécessaire qu'il soit démontré que l'agissement médical a été constitutif d'une faute de service et que cette faute a été la cause efficiente du dommage. C'est-à-dire que, même si, conformément à ce qui est prévue à l'article 90 de la Constitution, le droit à la réparation se fonde en l'*anti juridicité* du dommage, il ne suffit pas de vérifier que la victime ou ses bénéficiaires n'étaient pas dans le devoir juridique de supporter ce dommage pour qu'ils aient droit à une indemnisation, il est essentiel que ce dommage soit imputable à l'Administration. Et, il ne le sera pas quand son intervention, bien que liée causalement au dommage, n'a pas été la cause efficiente de ce dernier mais qu'il a constitué un effet non

prévisible ou inévitable de la même maladie que souffrait le patient ou d'une cause différente⁴⁴ ».

Il est important de souligner que si l'article 90 de la Constitution colombienne constitue la clause générale de responsabilité patrimoniale de l'État, le dommage anti-juridique –fondé sur une responsabilité objective– n'est pas le seul fondement de la responsabilité étatique, car subsistent au même titre d'autres régimes subjectifs, fondés sur la notion de faute.

Dans ce sens, la Cour constitutionnelle estime que même si elle adopte le dommage anti-juridique comme clause générale de la responsabilité patrimoniale de l'État, « Cela ne signifie pas que les titres et les régimes de responsabilité de l'État soient identiques dans tous les cas et en toutes circonstances, étant donné que dans la pratique juridique actuelle, continuent à exister des régimes différents. De sorte que dans certain cas, on exige la preuve de la faute de l'organisme public, dans d'autres, celle-ci est présumée, la rupture de l'égalité devant les charges publiques peut, dans certaines circonstances, induire aussi une responsabilité objective »⁴⁵.

Parmi les objectifs de l'implantation d'une théorie qui déplace le fondement de la responsabilité du champ subjectif, axé sur l'illégalité du comportement de l'organisme public, à l'illégalité ou anti-juridicité du dommage lui-même, il y avait celui de combler l'insuffisance du régime de responsabilité fondé sur la « faute » à travers autres concepts tel que celui de « dommage spécial ».

⁴⁴ Conseil d'État, Section III, décision n° 20215 du 28 février 2011, Magistrat chargé de l'affaire : Ruth Stella CORREA PALACIO

⁴⁵ Cour constitutionnelle colombienne, décision C-333 du 1 août 1996, Magistrat chargé de l'affaire : Alejandro MARTINEZ CABALLERO

Depuis 1964, la notion de faute de service était le fondement du droit commun de la responsabilité administrative. Cependant la notion de dommage spécial était déjà utilisée dans les cas d'indemnisation des dommages liés à des actes licites de l'Administration⁴⁶.

Il semble évident que l'intention initiale du Conseil d'État colombien était celle de recueillir, avec toutes les implications que cela supposait, le modèle de responsabilité formulé par le juriste espagnol Eduardo Garcia de Enterría fondé sur la notion de « *dommage anti-juridique* » et de l'intégrer à la Constitution afin de remplacer progressivement le schéma français de « *faute de service* » comme fondement principal –mais pas unique– de la responsabilité administrative.

Néanmoins, comme cela s'est passé en Espagne, les difficultés d'un système de responsabilité étatique absolument objectif se sont présentées comme une évidence. Alors il a été décidé de faire un rappel des différentes causes d'exonération de la responsabilité, à savoir, la force majeure, le fait de la victime et le fait d'un tiers.

Plus tard le Conseil d'État observe que face aux obligations de moyens, il n'est pas envisageable de parler d'une responsabilité objective, ce qui permet de penser que malgré les idées préconçues du départ, la Constitution colombienne n'a pas entièrement transformé la responsabilité en une responsabilité purement objective. De la sorte, par le biais de l'*imputation* et sans s'écarter ostensiblement du modèle du dommage anti juridique, ce Haut tribunal croise le chemin de la faute de service.

Pour sa part, le Conseil d'État s'accorde à dire que sous le nouveau système de l'article 90 de la Constitution, coexistent tous les systèmes de responsabilité et qu'il n'existe pas de distinction entre les différents secteurs

⁴⁶ SAAVEDRA BECERRA Ramiro, *op. cit.*, p.173

d'activités des organismes publics. En conséquence, l'article 90 est applicable autant à la responsabilité extra-contractuelle qu'à la responsabilité contractuelle de l'État⁴⁷.

Pour la Cour constitutionnelle, l'article 90, prévoit seulement deux conditions pour engager la responsabilité, premièrement, qu'il existe un dommage anti-juridique et deuxièmement, que celui-ci soit imputable à l'action ou à l'inaction d'un organisme public. Mais ceci ne signifie pas nécessairement que la responsabilité soit toujours objective, puisque la notion constitutionnelle de dommage anti-juridique réunit différents régimes : le subjectif de la faute prouvée et de la faute présumée, et l'objectif, fondé sur la rupture du principe d'égalité devant les charges publiques. De la sorte, le dommage anti-juridique s'insère dans tous les régimes traditionnels de responsabilité de l'État⁴⁸.

Pour certains auteurs, comme Juan Carlos Henao⁴⁹, le Conseil d'État colombien prétend s'inspirer de la théorie du dommage anti-juridique tel qu'elle a été pensée par Garcia de Enterría, mais en réalité, son orientation se rapprocherait d'avantage de celle proposée par Fernando Falla Garrido, qui déjà en 1952 énonçait que la responsabilité de l'État et son obligation d'indemniser constituent deux notions juridiques différentes, ayant des fondements juridiques également différents.

En effet, pour Falla Garrido « La théorie de l'indemnisation est typique du droit Administratif et elle est applicable toutes les fois qu'un agissement légitime de l'État entraîne la lésion d'un droit-également légitime- d'un

⁴⁷ SAAVEDRA BECERRA Ramiro, *ibidem*.

⁴⁸ Cour constitutionnelle colombienne, décision C-333, *ibidem*

⁴⁹ HENAO Juan Carlos, «*Presentación general de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia*», Jornadas Colombo-Venezolanas de derecho público. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1996. p.788

particulier : l'égalité de tout citoyen devant les charges publiques est incompatible avec l'idée de lésion spéciale sans indemnisation (...) En revanche la théorie de la responsabilité a ses origines dans le droit privé. Son fondement se trouve dans un acte dolosif, fautif ou simplement négligent (...) des postulats de la responsabilité subjective (...) »⁵⁰.

L'importance de la distinction présentée par Falla Garrido se trouve dans le fait que la responsabilité découle toujours soit d'une faute, lorsque le service a mal fonctionné, soit d'un risque –s'agissant de la responsabilité objective- lorsque le service a fonctionné correctement. Mais lorsque nous ne pouvons parler ni de faute ni de risque, mais qu'il y a eu néanmoins un dommage, nous nous trouvons face à une obligation d'indemniser fondée sur le principe de rupture de l'équilibre devant les charges publiques.

Toutefois, nous considérons que la théorie du dommage anti-juridique, telle qu'elle a été comprise par Garcia de Enterría, ne se dissocie pas de celle présentée par Falla Garrido et qu'au contraire, elles sont complémentaires. Si la théorie du dommage anti juridique du professeur Garcia de Enterría n'énonce pas la séparation de la notion de responsabilité de celle d'indemnisation, sa réflexion nous amène aux mêmes conclusions, à savoir, que l'État est responsable toutes les fois qu'il se produit une rupture dans l'égalité devant les charges publiques. En effet, cela transforme le dommage en dommage anti-juridique ou contraire au droit commun qui veut que tous les citoyens subissent les mêmes contraintes sociales, et que lorsque cet équilibre est rompu, même si c'est pour des raisons d'intérêt général, l'État se doit de rétablir l'équilibre brisé.

Sur le plan conceptuel, cette séparation entre les notions de *responsabilité* et d'*indemnisation* nous semble intéressante, voire importante

⁵⁰ FALLA GARRIDO Fernando, «El derecho de indemnización por limitaciones o vinculaciones impuestas a la propiedad privada », Revista de la Administración Pública (R.A.P), N° 81. Madrid, 1976. p.10

lorsqu'il s'agit de l'analyse des faits, mais sur le plan pratique cela équivaldrait à dire qu'il existe une imputation sans responsabilité fondée sur la seule l'obligation d'indemniser le dommage causé par la rupture d'un équilibre légal, et le fondement même de l'indemnisation est la responsabilité que ce soit sur le fondement de la faute ou sur des critère objectifs. Ces deux notions sont, à notre avis, indissociables pour la mise en cause d'un organisme public.

Concernant le domaine spécifique de la responsabilité des organismes publics de santé, le Conseil d'État ne se sert pas uniquement de la théorie du dommage anti juridique, comme nous le verrons plus tard. Il utilise par ailleurs le plus souvent la *faute de service* comme fondement de la responsabilité. Néanmoins, dans un souci d'équité vis-à-vis du malade-victime, la faute devient *présumée* et même *dynamique*⁵¹. De la sorte, le requérant est libéré de la charge de la preuve, dans le premier cas, alors que dans le deuxième cas, il ne sera obligé de prouver l'existence de la faute que s'il est le mieux placé pour l'apporter.

L'application de la théorie de la faute présumée et celle de la charge dynamique de la preuve, dans le champ de la responsabilité hospitalière, s'est faite dans le but d'assurer un équilibre entre les parties concernées. Pour certains de ses partisans, la charge de la preuve repose sur le médecin et/ou l'établissement hospitalier, car ils sont les mieux placés pour prouver et expliquer les procédures médicales employées⁵².

⁵¹ Le Conseil d'État colombien a considéré dans certains cas que la charge de la preuve incombe à celui qui est le mieux placé pour l'apporter. En faisant application de la théorie de la charge dynamique de la preuve, il déplace l'obligation probatoire du créateur vers le débiteur. Conseil d'État, Section III, décision n° 11878 du 10 Février 2000, *op. cit*

⁵² Certains auteurs considèrent que pour le médecin, il n'est pas toujours aisé de prouver la diligence et la bienveillance de son acte. Cela justifierait l'inversion de la charge de la preuve. Fernando GUZMAN, *Responsabilidad médica en el acto quirúrgico. Algunas consideraciones sobre aspectos probatorios*, *Revista del Instituto colombiano de derecho procesal*, Bogotá, 1997, N° 21-22. p. 217

Quoi qu'il en soit, il est pertinent de souligner qu'aucune théorie, qu'elle soit d'ordre objectif ou subjectif, n'est applicable de façon exclusive et absolue. En matière de responsabilité en général et de responsabilité médico-hospitalière en particulier, la jurisprudence est en constante évolution. S'agissant de la responsabilité médicale et hospitalière, nous pouvons constater que l'étude des faits s'effectue en tenant compte des particularités de chaque cas.

2.2. Les éléments structurels de la responsabilité

Trois éléments sont indispensables à la configuration de la responsabilité pour faute -par opposition aux régimes spéciaux de responsabilité, comme celui de la responsabilité sans faute- qu'elle soit civile ou administrative, contractuelle ou extra-contractuelle.

De la sorte, il convient de les analyser car ils constituent la condition *sine qua non* de la réparation et de la mise en œuvre de l'indemnisation⁵³.

2.2.1. La faute

La faute est l'élément essentiel qui régit la responsabilité extra-contractuelle, élément, sans lequel- en principe- il n'existe pas de responsabilité.

Pour les partisans des différentes théories subjectivistes de la responsabilité, comme nous venons de le dire, il n'existe pas de responsabilité sans faute. De ce fait, celle-ci serait le premier des éléments structurels pour la configuration de la responsabilité en général, et médico-hospitalière, en particulier.

⁵³ DARCY Gilles, *La responsabilité de l'administration*, Collection connaissance du droit, Dalloz, 1996. p. 119

En revanche, comme nous le verrons ultérieurement, lorsque l'élément « faute » est écarté, comme dans les régimes de responsabilité sans faute ou de la responsabilité pour risque, l'analyse se portera sur l'imputabilité et le dommage⁵⁴.

Des systèmes juridiques tels que le français et le colombien ont adopté la faute comme fondement de la responsabilité civile⁵⁵ et administrative. Néanmoins, cette notion n'a jamais fait objet d'une définition intégrale⁵⁶. En conséquence, ils se sont rattachés à la notion de faute du droit pénal qui la distingue et la définit clairement⁵⁷.

En l'absence d'une définition légale, la Cour Suprême de justice colombienne⁵⁸ considère que la faute médicale correspond à celle que le professionnel de la santé commet toutes les fois qu'il enfreint les normes de la *lex artis* ou de la *lex artis ad hoc*⁵⁹.

⁵⁴ *Ibidem*. p.123

⁵⁵ Code civil français, article 1382 : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer », article 1383 : « Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence ». ; Code civil colombien, article 2341 : « Celui ayant commis un délit ou faute provoquant ainsi de dommage à autrui, est obligé de l'indemniser, sans préjudice de la peine principale imposée par la loi pour le délit commis ».

⁵⁶ V. MORAND-DEVILLER Jacqueline, *Cours de droit administratif*, 11^{ème} édition, Montchrestien, Paris 2009. p.849

⁵⁷ MARTINEZ RAVE Gilberto, MARTINEZ TAMAYO Catalina, *Responsabilidad civil extracontractual*, 10^{ème} Edition, Editorial TEMIS, Bogotá 2003, p. 484 ; SERRANO ESCOBAR Luis Guillermo, *Nuevos conceptos de responsabilidad médica, op. cit.*, p.217

⁵⁸ Cour Suprême de Justice, Chambre de cassation civile, décision du 5 Mars 1940. Magistrat chargé de l'affaire : Liborio ESCALLON, Gazette Judiciaire XLIX, p.116 Bogotá

⁵⁹ « Le fait que l'acte du médecin doit être dirigé par la *lex artis ad hoc*, signifie que le médecin doit agir en considération de chaque cas en particulier(...) et aux circonstances qui l'accompagnent et celles considérées comme inhérentes à un agissement normal. La *lex artis ad hoc*, en tant que critère d'évaluation de l'acte par rapport aux compétences normalement exigées, prendra alors en compte les spécialités de son auteur, sa spécialité, la complexité et la transcendance vitale de l'acte et l'influence des facteurs endogènes(...) ». FERNANDEZ HIERRO José Manuel, *Sistema de responsabilidad medica*, 4^{ème} édition, Comares, Grenade 202, p. 249

Dans le domaine médical, en droit colombien et en droit français, la faute, quelle que soit sa gravité, même très légère, est susceptible d'engager la responsabilité du médecin⁶⁰.

Dans une décision du 10 avril 1992⁶¹, le Conseil d'État français a abandonné l'exigence d'une faute lourde et se contente désormais d'une faute simple pour engager la responsabilité du médecin⁶².

Dans cette affaire, la patiente, à l'occasion d'une césarienne sous anesthésie péridurale, avait été victime d'une succession d'erreurs et d'imprudences de la part des divers intervenants médicaux.

Le Conseil d'État a estimé que l'enchaînement des erreurs caractérisait un comportement fautif qui avait été la cause de l'accident et condamné le praticien à indemniser la victime sur le fondement d'une faute simple.

L'exigence d'une faute lourde pouvait se justifier par la complexité des actes médicaux, qu'il s'agisse du diagnostic, des prescriptions, du traitement ou de l'opération chirurgicale. Le juge administratif distinguait ainsi, pour l'engagement de la responsabilité d'un hôpital, les actes non-médicaux, pour lesquels une faute simple suffisait, en particulier une faute dans l'organisation du service, et les actes médicaux *stricto sensu*, considérés comme plus difficiles. Toutefois, les progrès mêmes de la médecine et les exigences accrues des justiciables avaient conduit le juge administratif à admettre de plus en plus souvent l'existence d'une faute lourde, conduisant à une banalisation qui suscitait l'inquiétude des médecins, sans faire

⁶⁰ MORAND-DEVILLER Jacqueline, *op.cit.* p. 852

⁶¹ Conseil d'État français, décision N° 79027 du 10 avril 1992, M. et Mme VERGOZ, conclusions M. LEGAL, A.J.D.A., 1992, p.335

⁶² BRIERE G, *La réparation des conséquences des risques sanitaires*, Revue de droit sanitaire et social, Dalloz 2002, N°4 p.805

disparaître l'incompréhension des victimes. Par ce revirement de jurisprudence, le Conseil d'État a donc parachevé une évolution progressive de sa jurisprudence plus qu'il n'a effectué une révolution. Toutefois, en abandonnant l'exigence d'une faute lourde, il n'entend pas dorénavant sanctionner toutes les erreurs médicales. En effet, toute erreur n'est pas nécessairement fautive, sauf à imposer aux médecins non plus une obligation de moyens mais une véritable obligation de résultat⁶³.

En Colombie, l'exigence d'une faute grave dans le domaine de la responsabilité médicale a été, sans doute sous l'influence du droit français, abandonnée en 1992⁶⁴. Depuis cette date, ce degré de la faute n'a plus été jugé nécessaire pour la configuration de ce type de responsabilité⁶⁵.

Ainsi pour établir si le comportement du praticien est constitutif d'une faute, le contenu de la prestation due doit être examiné. De la sorte, à la différence de la France où il n'existe pas de disposition normative en ce sens, en Colombie l'article 1604 du Code civil⁶⁶ définit les comportements constitutifs d'une faute.

⁶³ Conseil d'État, analyse de la décision du 10 avril 1992, *La responsabilité du service public hospitalier*, [en ligne]. Disponible sur : <http://www.conseil-État.fr/cde/node.php?articleid=1312>

⁶⁴ Conseil d'État, Section III, décision n° 5988 du 22 mai 1992, Amable Genaro ROSERO c/ INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, Magistrat chargé de l'affaire : Juan de Dios MONTES HERNÁNDEZ AGUIRRE, Bogotá D.C.

⁶⁵ GIL BOTERO Enrique, *La responsabilidad médica y hospitalaria en el derecho público*, in CASTAÑO de RESTREPO María Patricia, *Derecho Médico-Sanitario (I)*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2008 p. 181

⁶⁶ Code civil colombien, article 1604 : « Le débiteur est responsable seulement en cas de faute « lata » -ou grave- dans les contrats qui par leur nature bénéficient seulement au débiteur. Il est responsable de la faute légère dans les contrats où le bénéfice est réciproque. Il est responsable de la faute très légère dans les contrats où il -le débiteur- est le seul à être bénéficiaire.

Le débiteur n'est pas responsable du cas fortuit, sauf s'il est en état moratoire (...), ou si le cas fortuit est survenu par sa faute. (...) ».

Suite à la lecture de l'article 1604 du Code civil colombien, il est possible de dire qu'étant donné le fait que le service médical est le plus souvent rémunéré, produisant ainsi un bénéfice réciproque pour le médecin et pour le patient, le médecin serait de ce fait, responsable même en cas de faute légère. Cependant, le contrat médical n'est pas seulement du ressort du droit privé, la médecine est avant tout une fonction sociale et en tant que telle, soumise à des charges et à des devoirs spéciaux qui ne s'appliquent pas aux parties contractuelles ordinaires. De la sorte, même dans le cadre d'un service gracieux, les règles applicables seront les mêmes que lorsque intervient une rémunération. Le comportement du médecin s'entend fautif toutes les fois qu'il n'est pas adapté à la diligence, à la bienveillance et à la prudence requises pour l'exécution de l'acte⁶⁷.

Une grande partie de la doctrine colombienne⁶⁸ est d'accord pour affirmer que dans le cadre de l'activité médicale, moyennant contreprestation financière ou non, le médecin est toujours responsable de sa faute légère, voire très légère –comme nous l'observerons plus tard-⁶⁹.

Cependant il est à souligner, une fois de plus, que s'agissant des questions relatives au droit de la responsabilité médicale, le juge, qu'il soit français ou colombien, n'a jamais réussi une unification de critères, et que chaque cas est soumis à une analyse et parfois à un traitement différent. Cela obéit sans doute à la portée, à la spécificité et à la complexité de ce contentieux.

⁶⁷ PEREZ VIVES Álvaro, *Teoría general de las obligaciones*, Tome III, ed. Temis, Bogotá, 1954, p. 200

⁶⁸ FERNANDEZ Mónica, *La responsabilidad medica: Problemas actuales*, Ed. Ibáñez, Bogotá 2008, p.145; SERRANO ESCOBAR Luis Guillermo, *op. cit.*, p.117; YEPES Sergio, *La responsabilidad civil médica*, Ed. Diké, Medellín 2002, p. 73

⁶⁹ « En droit civil, la faute la plus légère engage la responsabilité. Il est loin d'en aller de même pour le droit administratif », DARCY Gilles, *La responsabilité de l'administration*, *op.cit.* p.90

La doctrine française a traditionnellement distingué la faute suivant deux critères essentiels. D'un côté, elle évoque la faute *contre l'humanisme médical* et de l'autre la faute *technique*⁷⁰.

La faute dite « *contre l'humanisme médical* » concerne particulièrement les rapports *humains* entre le médecin et son patient. De ce fait, elle sera caractérisée par la violation d'obligations telles que le secret médical, le refus injustifié d'un patient, le refus du médecin traitant d'appliquer le traitement ordonné par le médecin spécialiste, le changement de chirurgien sans le consentement du malade -hors le cas d'urgence constatée-, la réalisation d'une intervention ou d'un traitement inutile et/ou démesurément risqué vis-à-vis de l'état initial du santé du malade, ou encore le défaut d'information du consentement du malade.

Quant à la faute technique, elle est représentée par l'inobservation des techniques médicales lors de l'exécution de l'acte. De ce fait, ce type de faute est apprécié principalement à partir de critères objectifs. L'acte médical sera donc analysé par rapport aux critères médicaux appliqués au moment des faits⁷¹. Cette faute technique peut résulter d'un défaut de diagnostic⁷², d'une

⁷⁰ JOURDAIN Patrice, « *Nature de la responsabilité et portée des obligations du médecin* », J.-Cl. (Civil), Hors-série juillet août 1999, p. 5; SAVATIER R., AUBY J.M., PEQUIGNOT J., « *Traité de droit médical* », Librairie technique, Paris 1956, p. 290

⁷¹ SAVATIER R., AUBY J.M., PEQUIGNOT J. *loc.cit.*

⁷² Il faut souligner que toute erreur de diagnostic n'est pas constitutive d'une faute. La jurisprudence a conclu que c'est en établissant le degré de difficulté du diagnostic que l'on pourra déterminer si l'erreur de diagnostic est ou non constitutive d'une faute. Ainsi, lorsque le diagnostic est flagrant, l'erreur sera constitutive d'une faute, et lorsque le diagnostic est complexe, la faute pourra être exclue.

En France, les articles R.4127-32 et R.4127-33 du Code de la santé publique permettent de cerner les contours de la responsabilité pour erreur de diagnostic.

Dans une affaire portant sur la responsabilité d'un médecin radiologue suite à la naissance d'un enfant avec des malformations que celui-ci n'avait pas détectées, malgré une échographie de contrôle pratiquée en raison de l'incertitude des précédents examens, la Cour d'Appel de Lyon rejette la demande des parents, en estimant que le radiologue est tenu à une obligation de moyen, et qu'en l'espèce, il n'était pas prouvé de faute positive de nature à engager sa responsabilité. CA Lyon, 13 juin 2002, Juris-Data N°184826

faute de surveillance, d'une défaillance dans l'application d'un traitement ou d'une technique, ou de tout acte médical n'étant pas en accord avec le savoir-faire médical vis-à-vis d'une époque déterminée et selon les progrès de la science. L'ensemble doit être évalué dans son contexte, comme nous le verrons plus tard.

Nous aborderons postérieurement les comportements typiquement constitutifs de faute développés par la théorie générale de la responsabilité, à savoir, l'impéritie⁷³ ou l'inobservation des règles de l'art, l'imprudence et la négligence, et ceux spécifiques à la responsabilité médicale.

2.2.2. Le dommage et le préjudice

Il est courant utiliser les termes dommage et préjudice en tant que synonymes. Cependant la doctrine juridique n'est pas unanime quant à l'utilisation indistincte de ces deux notions.

Plusieurs possibilités coexistent au sein de la doctrine. D'un côté, il y a ceux pour qui aucune différence entre le dommage et le préjudice n'est à retenir, ces deux termes pouvant être utilisés indifféremment⁷⁴. Pour une majorité d'auteurs, il existe bien une différence entre ces deux notions, mais elle n'a pas d'incidence au niveau juridique, pour eux la notion de dommage est plus large que la notion de préjudice.

Par la suite, la Cour de Cassation, par un arrêt du 27 novembre 2008, a censuré cette décision de la Cour d'Appel, en précisant qu'en cas de doute de diagnostic, les articles 32 et 33 du Code de déontologie imposent au praticien de recourir à l'aide de tiers compétents, ou de concours appropriés, ce qu'en l'espèce, le radiologue n'avait pas fait. Cass. 1re civ., 27 nov. 2008, n° 07-15963 : Bull. I, n° 273

⁷³ Terme utilisé par le droit colombien pour désigner l'*Inobservation des règles de l'art*.

⁷⁴ V. par ex. R. CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, thèse Paris, 1952, p. 400

D'un autre côté, il y a ceux pour qu'il existe une réelle différence. Tel est le cas de Francis-Paul Benoit, qui souligne les éléments permettant d'individualiser ces deux notions. Pour lui, le dommage est un fait. Il s'agit de toute atteinte à l'intégrité d'une chose, d'une personne, d'une activité ou d'une situation. Le préjudice, pour sa part est la conséquence du dommage. Tandis que le dommage est un fait qui se constate, le préjudice, au contraire, reste une notion subjective, évaluable par rapport à une personne déterminée⁷⁵.

En Colombie comme en France, le juge ne semble pas accorder une importance particulière à cette distinction, employant, le plus souvent, ces deux notions de manière indistincte. Cela obéit sans doute au fait qu'en matière de responsabilité et tout particulièrement dans le domaine médical, le plus important est de déterminer la lésion suivie par la victime, sans trop s'attarder sur sa dénomination mais préférablement sur sa portée.

Néanmoins, dans une décision du 13 décembre 1943, la Cour Suprême de justice colombienne a apporté certaines précisions sur le sujet. Elle estime que « Le dommage, considéré en lui-même est la lésion, la fracture, la maladie, la douleur, la gêne, le détriment provoqué à la personne sur son corps, son esprit ou son patrimoine (...). Le préjudice est la décroissance patrimoniale conséquence du dommage (...)»⁷⁶.

Ainsi, selon cette décision du Haut tribunal civil colombien, le dommage serait la lésion qui touche à l'être humain en tant tel, donc une lésion corporelle ou morale. Le préjudice serait, patrimonialement parlant, la conséquence de cette lésion.

⁷⁵ BENOIT Francis-Paul, *Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé (problèmes de causalité et d'imputabilité)*, JCP, 1957,I, p.1351

⁷⁶ Cour Suprême de Justice, Chambre des affaires généraux, décision du 13 décembre 1943, Magistrat chargé de l'affaire : Anibal CARDOZO GAITAN, Bogotá in GIL BOTERO Enrique , *Temas de responsabilidad extracontractual del Estado*, Editorial Librería Jurídica Sánchez. 2^{ème} Edition, Medellin 2001. p. 22

Nonobstant l'intérêt qui peut être porté à ces réflexions terminologiques, c'est dans son acception la plus large que nous aborderons le dommage, à savoir en tant que conséquence préjudiciable pour la victime, se plaçant ainsi comme élément structurel de la responsabilité en général, et médico-hospitalière en particulier.

Le dommage doit résulter d'un fait générateur. Il peut s'agir d'un fait personnel, du fait d'autrui ou du fait d'une chose ayant un lien de causalité direct avec lui. Il peut être matériel, immatériel, voire moral, d'agrément, sexuel ou une *perte de chance*⁷⁷.

Pour sa part, la victime peut être « *directe* », c'est-à-dire qu'elle subit le préjudice de façon directe et non par l'intermédiaire d'une tierce personne. Elle peut l'être également « *par ricochet*⁷⁸ », c'est-à-dire lorsqu'elle subit le préjudice de façon indirecte, par l'intermédiaire de la victime d'un préjudice.

Dans le domaine de la responsabilité médicale en particulier, cet élément ne présente pas de caractéristiques particulières différentes de celles du droit général de la responsabilité. Néanmoins, ces notions seront prises en compte, dans leur acception classique, chaque fois que le juge évaluera la portée du préjudice et sa capacité à être indemnisé⁷⁹.

⁷⁷ Cette notion sera expliquée postérieurement de manière approfondie.

⁷⁸ La victime par *ricochet* est une victime indirecte, elle subit un dommage par contrecoup, appelé dommage par *ricochet*.

La loi permet la réparation du préjudice des victimes par *ricochet* qui sont en général : les personnes ayant un lien de parenté ou d'alliance, telles que le conjoint, les enfants, les descendants (enfants et petits-enfants), les ascendants (père, mère, grands-parents) les collatéraux et alliés (gendres, belles-filles, belles-sœurs, beaux-frères).

⁷⁹ Le Conseil d'État a abandonné le critère selon lequel il appliquait de manière analogique l'article 106 du Code Pénal de 1980, pour établir le montant de la condamnation au titre d'un préjudice moral. Actuellement ce Haut tribunal considère que l'évaluation de ce préjudice doit être faite par le juge au cas par cas.

Conseil d'État, Section III, décision n° 12506 du 12 septembre 2001, Magistrat chargé de l'affaire : Alier Eduardo HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Bogotá D.C ; Conseil d'État, Section III, décision n° 16098 du 3 mai 2007, Magistrat chargé de l'affaire : Enrique GIL BOTERO, Bogotá D.C

Pour que le préjudice soit indemnisable, le dommage doit réunir certaines conditions. Premièrement il doit être *certain*. Cela signifie que l'intérêt blessé doit être sérieux. Lorsque le dommage s'est déjà réalisé, l'estimation du droit de la victime ne présente aucune difficulté particulière, qu'il s'agisse d'une perte, « *damnum emergens* », ou qu'il s'agisse d'un gain manqué, « *lucrum cessans* »⁸⁰.

Quant aux préjudices moraux, ils ont fait l'objet d'un développement jurisprudentiel important⁸¹. Traditionnellement, la jurisprudence du Conseil d'État colombien en matière de responsabilité médicale considère que la preuve du dommage incombe au requérant. Cependant, s'agissant du dommage moral, la jurisprudence de ce Haut tribunal administratif estime que celui-ci est présumé lorsqu'il s'agit des parents proches, tels que le père ou la mère, les frères et sœurs mineurs et le conjoint.

Dans une décision du 15 juin 2000⁸², le Conseil d'État souligne que « à partir du lien de parenté, on peut déduire que les requérants ont subi une souffrance morale suite au décès de leur enfant et de leur frère respectivement (...). Lorsque le juge établit une déduction judiciairement - présomption judiciaire - il prend en compte, comme antécédent, l'expérience humaine résultant de l'observation des règles générales de la société (...). De la sorte, il a été constaté que lorsqu'une personne d'une même famille - parent, enfant, etc.- subit une lésion ou un décès, les autres membres de cette famille sont atteints d'une immense douleur(...) ».

⁸⁰ L'article 1614 du Code civil colombien, définit le *damnum emergens* comme le préjudice ou la perte qui résulte de l'inaccomplissement de l'obligation ou de son accomplissement imparfait ou tardif, et le *lucrum cessans* comme le gain ou profit qui n'a pas pu être apporté, comme conséquence de l'inaccomplissement ou de l'accomplissement imparfait ou tardif de l'obligation.

⁸¹ Conseil d'État, Section III, décision n° 12655 du 7 Octobre 1999, Magistrat chargé de l'affaire : Maria Elena GIRALDO GOMEZ, Bogotá D.C

⁸² Conseil d'État, Section III, décision n° 12548 du 15 juin 2000, Maria Isabel Montoya de Carmona y otros c/ La Nación, Ministerio de Salud, Magistrat chargé de l'affaire : María Elena GIRALDO GOMEZ

Concernant les dommages extrapatrimoniaux, la jurisprudence colombienne a évolué vers la reconnaissance et l'indemnisation du dénommé « *dommage à la vie de relation* »⁸³. Cette catégorie de dommage, différente du dommage moral et estimé par le juge comme un poste de préjudice à part entière, correspond à la perte des possibilités de réaliser certains types d'activités qui, bien que non-rémunératrices, apportent du bien-être existentiel. Il s'agit de la diminution de l'épanouissement personnel par le fait d'une lésion qui a un impact dans le développement de la vie quotidienne, comme par exemple la pratique d'une activité ludique, culturelle ou sportive ou même sur l'épanouissement sexuel⁸⁴.

Ainsi ce dommage va au-delà de la lésion physique ou corporelle elle-même – c'est pour cette raison que le Conseil d'État abandonne définitivement en 2000⁸⁵ l'appellation de dommage physiologique employée auparavant par ce Haut tribunal administratif. Il s'appuie essentiellement sur les conséquences de la lésion sur la vie relationnelle de la victime.

S'agissant du préjudice futur, nous pouvons retrouver certaines difficultés. De la sorte, la réparation d'un tel dommage ne sera possible que si le préjudice futur est certain, et que son évaluation pécuniaire est possible.

Au préjudice actuel et au préjudice futur s'oppose le dommage éventuel. Il faut souligner que la différence entre dommage futur et dommage éventuel n'est pas toujours très claire. C'est pour cette raison que le juge doit s'efforcer d'apprécier ce qui se serait passé si le dommage ne

⁸³ En droit français, cette notion est connue sous le nom de préjudice d'agrément.

Dès 1993, le Conseil d'État colombien reconnaît le dommage à la vie de relation ou dommage physiologique – tel qu'il été appelé à cette époque et jusqu'aux années 2000- comme une forme de préjudice extrapatrimonial. Conseil d'État, Section III, décision n° 7248 du 6 mai 1993, Magistrat chargé de l'affaire : Julio César URIBE, Bogotá D.C.

⁸⁴ FERNANDEZ Mónica, *op. cit.*, p 164.

⁸⁵ Conseil d'État, Section III, décision n° 11842 du 19 juillet 2000, Magistrat chargé de l'affaire : Alier Eduardo HERNANDEZ ENRIQUEZ, Bogotá D.C.

s'était pas produit. La distinction entre dommage futur -réparable- et dommage éventuel -non réparable- apparaît surtout, dans le domaine de la responsabilité médicale, dans le cadre de l'analyse de la perte d'une chance⁸⁶.

Pour bien distinguer un dommage futur d'un dommage éventuel, il est nécessaire de s'interroger sur sa certitude, c'est-à-dire, sur la réalité de son existence. Un préjudice futur, bien que projeté dans l'avenir, reste néanmoins certain, il dépendra parfois de certaines variables mais celles-ci sont réelles. Quant au préjudice éventuel, il se place dans le champ de l'hypothétique. Le dommage reste indéterminé et donc face à l'incertitude, il est exclu d'indemnisation.

Pour qu'il soit indemnisable, le dommage doit être également *personnel*. De ce fait, seule la victime ou son représentant peut réclamer réparation. Les tiers ne le peuvent pas, sauf exception comme lorsqu'il s'agit des victimes « par ricochet », qui ne sont pas considérées comme des victimes directes.

Le dommage doit également être *direct*, cela signifie qu'il doit découler directement du fait générateur. Cette condition résulte de l'idée générale selon laquelle un lien de causalité doit exister entre la faute et le dommage. Là aussi, nous trouvons en droit de la responsabilité médico-hospitalière, une exception lorsque le dommage survient « *par ricochet* »⁸⁷.

Les accidents peuvent être plus ou moins graves concernant les personnes ou les biens. De la sorte, le préjudice peut être corporel, matériel, moral ou une perte de chance, etc.

⁸⁶ Cette notion sera étudiée postérieurement de manière approfondie.

⁸⁷ V. : CE français, section du contentieux, décision n°2893287 du 21 décembre 2007, Centre Hospitalier de Vienne, JurisData n° 2007-072859 ; CE français, décision n° 306842 du 24 juillet 2009, Centre hospitalier Sens, JCP 2010, n° 23, chronique sous la direction de Marie-Laure MOQUET-ANGET, 2186, p. 25 et 26

Quant au *préjudice corporel*, celui-ci se définit comme une atteinte portée à l'intégrité physique de la personne. S'il s'agit d'une atteinte non mortelle à l'intégrité physique, le dommage corporel comportera plusieurs éléments : d'une part, les dépenses de santé correspondant au « *damnum emergens* », d'autre part, la diminution ou la disparition de la capacité de travailler ou de produire, le « *lucrum cessans* ».

Lorsqu'il s'agit de réparer ou d'indemniser la souffrance physique, on parle alors de « *pretium doloris* », ou souffrance morale que ressent une personne victime d'une mutilation ou d'une défiguration, par exemple.

Le *préjudice à caractère matériel ou patrimonial* est constitué par une atteinte au patrimoine. On parle de dommage patrimonial. Il comporte deux éléments : la perte éprouvée, ou « *damnum emergens* », et le gain manqué, ou « *lucrum cessans* », qui représente le bénéfice futur dont le patrimoine aurait dû normalement s'accroître. Tel qu'il a été dit auparavant, en matière de responsabilité médico-hospitalière, ce type de préjudice ne présente pas de particularité, il s'accorde aux règles générales de la responsabilité.

Les *préjudices moraux, extrapatrimoniaux, à caractère personnel ou immatériel*, n'ont pas de valeur marchande. Il s'agit de ceux qui ne portent pas atteinte au patrimoine de la personne ou à des intérêts économiques, mais à l'individu dans sa sphère émotionnelle, psychique, environnementale, etc. Il existe plusieurs catégories de préjudices extrapatrimoniaux. Ainsi, nous pouvons citer des postes de préjudice qui présentent des caractéristiques particulières en matière de responsabilité médicale, tels que le préjudice esthétique, le préjudice sexuel, le dommage à la vie de relation ou préjudice d'agrément, les troubles dans les conditions d'existence.

Concernant cette catégorie de préjudices -extrapatrimoniaux-, le droit colombien et le droit français présentent une différence importante. Les notions de dommage moral et de dommage à la vie de relation ont été

reconnues et développées par le droit colombien, néanmoins, à la différence de la France, les notions de dommage esthétique et de dommage sexuel n'ont jamais été traitées indépendamment par le droit colombien⁸⁸. Elles ont été rattachées de manière générale au dommage moral.

L'indemnisation des préjudices immatériels ou extrapatrimoniaux a toujours fait l'objet de polémiques car beaucoup y voient un risque de double indemnisation. La difficulté est alors d'identifier et surtout d'individualiser clairement les différents postes de préjudice vis-à-vis de ceux déjà existants.

Le préjudice moral apprécie la souffrance *-quantum doloris-* de la victime ou de ses proches. Ainsi, il est réparable quand il résulte de l'atteinte à un lien d'affection. C'est le cas de la douleur éprouvée en raison de la perte d'un être cher, voire même des souffrances physiques éprouvées par celui-ci⁸⁹.

Le préjudice esthétique⁹⁰ peut être considéré comme la répercussion d'une atteinte physique ou anatomo-physiologique sur une personne

⁸⁸ La catégorie de préjudice esthétique a déjà été évoquée par la jurisprudence colombienne, mais elle n'a jamais fait l'objet d'une indemnisation indépendante, on l'entend incorporée dans le préjudice moral.

Le Conseil d'État colombien considère que l'indemnisation du préjudice esthétique s'entend incluse dans le poste du préjudice physiologique ou d'agrément sans qu'il constitue pour autant une sous-catégorie de ce poste de préjudice. Conseil d'État, Section III, décision 38.222 du 14 septembre 2011, Magistrat chargé de l'affaire : Enrique GIL BOTERO, Bogotá D.C.

⁸⁹ Conseil d'État Colombie, décision n° 12548 du 15 juin 2000, *op.cit.* ; Conseil d'État français, 5ème et 4ème sous-sections réunies, décision n° 306617 du 26 mai 2010, Caisse Nationale Militaire de sécurité sociale, JurisData n° 2010-007243

⁹⁰ Conseil d'État français, 5ème sous-section, décision n°305588 21 octobre 2009, Commissaire du gouvernement M. THIELLAY, [en ligne]. Disponible : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CÉTATEXT000021191553&fastReqId=1405566596&fastPos=22>

entraînant chez elle -la victime- une altération de l'image que les autres ont d'elle mais aussi une altération de l'image de soi⁹¹.

Concernant le préjudice sexuel, appelé aussi « *pretium voluptatis* », ce n'est que récemment qu'il a intégré la sphère de l'indemnisation des préjudices. En France, à différence de la Colombie, il est considéré comme un préjudice distinct et spécifique, c'est-à-dire qu'il peut être estimé individuellement⁹².

Le préjudice sexuel comprend tous les préjudices touchant à la sphère sexuelle à savoir : le préjudice morphologique lié à l'atteinte aux organes sexuels primaires et secondaires résultant du dommage subi, le préjudice lié à l'acte sexuel lui-même qui repose sur la perte du plaisir lié à l'accomplissement de l'acte sexuel, qu'il s'agisse de la perte de l'envie ou de la libido, de la perte de la capacité physique de réaliser l'acte, ou de la perte de la capacité à accéder au plaisir, le préjudice lié à une impossibilité ou une difficulté à procréer⁹³.

⁹¹ LUCAS Pierre, *Vers une harmonisation européenne de l'évaluation du dommage*, in *Préjudices extrapatrimoniaux : vers une évaluation plus précise et plus juste de d'indemnisation*, Actes du colloque de la Conférence libre du Jeune Barreau de Liège (CLJB), EJBL 2004, p.102

⁹² Dans une affaire de blessures involontaires, par une décision du 3 mai 1989, la chambre criminelle de la Cour de Cassation française a reconnu que le préjudice sexuel a un caractère distinct et spécifique. Dans cet arrêt, elle a considéré logique que les juges du fond indemnisent des difficultés d'ordre sexuel, même si la lésion organique a par ailleurs été retenue au titre de l'incapacité permanente. V. : Cour de Cassation, chambre criminelle, décision n° 87-81166 du 3 mai 1989, JurisData n° 1989-002928

Dans le même sens, par un arrêt du 19 novembre 1998, concernant une victime d'un accident de la circulation, la Cour de Cassation a cassé un arrêt de Cour d'Appel de Montpellier indiquant que l'indemnité accordée au titre de l'IPP incluait l'indemnisation des séquelles génitales avec perte d'érection, au motif que le préjudice sexuel subi par une victime d'accident constitue un préjudice personnel distinct de celui découlant de l'IPP. Cour de Cassation, 2^{ème} chambre civile, décision n° 97-13242 du 19 novembre 1998, M. Maurice Issaly c/ Société Axa assurances et autres, JurisData n° 1998-004524

⁹³ Cass. 2^{ème} civ., 17 juin 2010, n° 09-15.842, F-P+B, H. et a. c/ Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages, JurisData n° 2010-009348 ; GROUTEL Hubert, 1^{er} Notion de préjudice d'agrément ; 2^o Notion de préjudice sexuel, Responsabilité civile et assurances n° 10, Octobre 2010, comm. 240

Ainsi, ce préjudice concerne deux critères, d'un côté la fonction sexuelle⁹⁴, et d'un autre côté la fonction génitale ou de reproduction⁹⁵.

Le préjudice sexuel ne concerne que la victime, le conjoint privé de toute vie sexuelle peut avoir droit à une indemnisation au titre du préjudice moral⁹⁶, mais non du préjudice sexuel⁹⁷ car, théoriquement, il a la possibilité d'accomplir l'acte sexuel et de procréer.

En matière de préjudices moraux, l'identification des dommages intégrés à cette notion n'est pas toujours facile. Étant donné que tous les dommages extrapatrimoniaux n'entrent pas, *stricto sensu*, dans la catégorie des dommages moraux, la doctrine et la jurisprudence ont, progressivement, tâché de remplir un certain nombre de vides juridiques en développant des notions plus adaptées à certains types de préjudices constatés. Cependant, particulièrement en ce qui concerne le droit colombien, beaucoup de progrès restent à faire.

2.2.3. Le lien de causalité et l'imputabilité

En principe, pour que la responsabilité puisse être engagée et la victime indemnisée, il doit exister un lien entre un comportement dommageable et un dommage. Une indemnisation ne sera envisageable que si le

⁹⁴ Cour d'Administrative appel de Douai, décision n° 09DA01632 du 6 août 2010, Centre Hospitalier Universitaire de Rouen, [en ligne]. Disponible sur : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CÉTATEXT000022900724&fastReqId=878514089&fastPos=1>

⁹⁵ V. : C.E. français, 5^{ème} et 10^{ème} SSR, décision n° 80273 du 4 mars 1988, Commissaire du gouvernement M. FORNACCIARI, JurisData n° 1988-040734

⁹⁶ Cela concerne le droit français car, à notre connaissance, jusqu'à présent, le juge colombien ne s'est pas prononcé à ce sujet.

⁹⁷ Cour Administrative d'appel de Lyon, 6ème chambre, décision n° 12LY01149 du 16 mai 2013, Centre Hospitalier Universitaire de Saint Etienne, [en ligne]. Disponible sur : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CÉTATEXT000027437001&fastReqId=1181680515&fastPos=4>

comportement de l'auteur a provoqué un dommage et qu'un lien peut être établi de façon formelle entre ce fait et le dommage, autrement dit, si le dommage est une conséquence incontestable du comportement dommageable. Ce lien se définit comme l'imputabilité.

L'imputabilité, notion parallèle de la causalité, constitue le lien sans lequel une faute ne peut être considérée comme attachée au dommage. Ainsi, il n'y a de responsabilité que si le fait imputé se rattache au préjudice par une relation de cause à effet, que l'on appelle le lien de causalité.

La détermination d'un lien de causalité présente une grande difficulté en matière de responsabilité en général, et, plus particulièrement, dans le domaine médico-hospitalier, pour la complexité même des actes à l'origine des dommages.

De plus, plusieurs causes peuvent intervenir dans la réalisation d'un dommage, ce qui rend cette recherche plus complexe. Deux théories sont donc utilisées principalement afin d'établir ce lien⁹⁸.

D'un côté, *l'équivalence des conditions* -très extensive- qui consiste à placer sur un pied d'égalité l'ensemble des facteurs ayant contribué à la survenance du dommage. De ce fait, toutes les conditions ayant interféré dans le fait générateur sont réputées la cause et si l'on supprime une de ces conditions, le dommage disparaît. Donc, il n'y a pas de raison de distinguer parmi celles-ci celle qui aurait un lien plus étroit avec le dommage.

D'un autre côté, *la causalité adéquate*, elle est plus restrictive et vise à ne retenir comme cause que celle dont on peut raisonnablement estimer qu'elle était de nature à produire le dommage. On considère que tous les événements participant au dommage ne sont pas équivalents. Il s'agit alors

⁹⁸ PEREZ VIVES Alvaro, *Teoría General de las obligaciones*, Tome II, Ed. Temis, Bogotá 1954, p.303

de distinguer les conditions rendant le dommage objectivement probable, -on appelle cela la « cause efficiente »-, et les conditions qui sont inaptes à créer le dommage sans le concours fortuit des autres.

En Colombie, en matière de responsabilité médicale, les juridictions civiles et du contentieux administratif ont adopté la théorie de *la causalité adéquate*. Néanmoins, il existe, entre ces deux ordres de juridiction, une différence quant aux moyens de preuve utilisés pour l'établir.

Pour le Conseil d'État⁹⁹, « *l'analyse de la causalité doit précéder celle de l'existence de la faute de service, dans les cas où celle-ci est requise (...)*. En effet, seules les fautes auxquelles on peut attribuer la production d'un dommage auraient une incidence pour démontrer la responsabilité, ainsi l'inversion de l'ordre dans l'étude des éléments évoqués peut faire que la faute initialement prouvée n'ait plus d'importance ou qu'il se produise une inadéquate appréciation des résultats de l'examen du comportement, donnant comme prouvé un fait qui ne l'est pas(...). Même dans l'éventualité d'avoir démontré l'existence d'une faute de service, la responsabilité de l'État ne peut être engagée tant que le lien de causalité n'a pas été établi, au moins de manière plausible ».

Sur ce même point, la Cour Suprême de Justice colombienne¹⁰⁰ a considéré que ce n'est pas de démontrer la faute qui est essentiel. Le plus important est d'établir la relation de causalité entre le comportement du médecin et le dommage subi par le patient, car le médecin ne sera tenu pour responsable de la faute qu'on lui attribue que si celle-ci est décisive quant au préjudice causé.

⁹⁹ Conseil d'État, section III, décision n° 12843 du 22 mars 2001, Magistrat chargé de l'affaire : Ricardo HOYOS DUQUE.

V. aussi : Conseil d'État, section III, décision n° 12701 du 22 juin 2001, Magistrat chargé de l'affaire : Maria Elena GIRALDO GÓMEZ.

¹⁰⁰ Cour Suprême de Justice, civ., décision n° 5507 du 30 janvier 2001, *op. cit.*

En France, l'appréciation du lien de causalité est plus circonstancielle. En effet, les juges –administratif et judiciaire– s'abstiennent de donner des concepts trop restrictifs. Néanmoins dans la jurisprudence, la théorie de *l'équivalence des conditions*¹⁰¹ est très répandue –sans écarter pour autant celle de la *causalité adéquate*¹⁰²– même si elle est parfois critiquée comme étant trop extensive, ce qui peut, parfois, être utilisé par le juge comme argument pour l'écarter.

Entre autres, il a été estimé qu'en matière de responsabilité médicale la relation de causalité peut résulter de simples présomptions. Tel est le cas en France s'agissant des victimes de contamination du VIH suite à une transfusion sanguine. L'article 47 de la loi 91-1406 du 31 décembre 1991¹⁰³ a établi une présomption simple de causalité en faveur des victimes : les victimes -ou leurs ayants droit- justifient de la contamination par le virus d'immunodéficience humaine –*dommage*- et des transfusions de produits sanguins ou des injections de produits dérivés du sang –*fait dommageable*- mais pas du *lien de causalité* entre eux.

¹⁰¹ « Le recours à cette théorie est fréquent lorsque dans les suites d'un accident initial, la victime connaît des dommages à l'occasion de soins médicaux qui lui sont prodigués. C'est ainsi que parfois on voit une cascade de complications médicales, accidentelles ou fautives, subséquentes à un accident plus ou moins bénin.

Si tous les événements successifs (ou certains d'entre eux) ont incontestablement concouru à la réalisation du dommage final, le juge se prononcera sur les pourcentages respectifs de responsabilité imputables aux uns et aux autres de ces faits dommageables (...) ». HUREAU Jacques, POITOUT Dominique, *L'expertise médicale en responsabilité médicale et en réparation du préjudice corporel*, Ed. MASSON, 2ème édition, 2005, p.10 et 11

¹⁰² « Cette théorie est utilisée par les tribunaux (...) au gré des espèces de manière assez souple(...). Elle découle de l'idée que tous les antécédents d'un dommage n'ont pas joué le même rôle, et que dans l'enchaînement des causes et des effets, il peut y avoir de circonstances exceptionnelles à l'occasion desquelles un événement va provoquer un dommage sans en être vraiment la *cause*, mais seulement l'*occasion*.

Il convient donc de distinguer les causes déterminantes et les causes secondaires, seules les premières étant admises pour ouvrir droit à réparation.

Cette théorie tend à faire une application plus stricte du caractère direct que doit présenter le lien causal (...) ». HUREAU *loc. cit.*

¹⁰³ Loi 91-1406 du 31 décembre 1991 : « Art. 47. - I. - Les victimes de préjudices résultant de la contamination par le virus d'immunodéficience humaine causée par une transfusion de produits sanguins ou une injection de produits dérivés du sang réalisée sur le territoire de la République française sont indemnisées dans les conditions définies ci-après (...). IV. - Dans leur demande d'indemnisation, *les victimes ou leurs ayants-droit justifient de l'atteinte sur le virus d'immunodéficience humaine et des transfusions de produits sanguins ou des injections de produits dérivés du sang* (...) »

Dans un arrêt de 2007¹⁰⁴, la Cour de cassation française s'est prononcée dans une affaire de vaccination où elle opte pour une présomption du lien de causalité. Dans les faits, la victime avait reçu, sur prescription du médecin, trois injections d'un vaccin, suite à quoi elle avait été atteinte d'une affection neurologique caractérisée par des convulsions et une épilepsie sévère.

Les juges de fond avaient rejeté l'action des requérants sur le fondement qu'il n'y avait pas de preuve formelle d'un lien de causalité direct et certain entre l'injection vaccinale et le déclenchement de la pathologie, tout en constatant que l'absence, dans l'histoire et les antécédents familiaux, d'éléments susceptibles d'évoquer une maladie neurologique militait en faveur d'une causalité probable entre l'injection du vaccin et la pathologie soudaine développée par l'enfant. Et ce dès lors que les d'experts n'avaient pas exclu l'hypothèse d'une stimulation antigénique déclenchante, due au produit vaccinal, corroborée par la nature même du produit et par la chronologie des événements.

La Cour de cassation a estimé qu'en exigeant une preuve scientifique certaine quand le rôle causal peut résulter de simples présomptions, pourvu qu'elles soient graves, précises et concordantes, la Cour d'appel avait violé des dispositions légales¹⁰⁵.

Cette présomption de causalité est appliquée de manière récurrente par le Conseil d'État français en matière de contaminations

¹⁰⁴ Cour de Cassation française, 1^{ère} Chambre Civile, décision n° 08-12.781, 25 juin 2009. Rapporteur. Mme. CREDEVILLE. Précédent. M.BARGUE ; Bulletin civil 2009, I, 141

¹⁰⁵ Les articles 1147 et 1382 du code civil interprétés à la lumière de la directive CEE n° 85-374 du 25 juillet 1985, ensemble l'article 1353 du même code.

transfusionnelles¹⁰⁶ en général (hépatite C, VIH, etc.), d'infections nosocomiales et iatrogènes¹⁰⁷ et des pathologies déclenchées par l'anesthésie.

S'agissant d'infections nosocomiales et iatrogènes, la jurisprudence du Conseil d'État « a défini un régime de présomption de faute (CE, 9 décembre 1988, Cohen, n°65087), systématiquement confirmé (CE, 1er mars 1989, B., n° 61406 ; CE, 14 juin 1991, M., n°65459 ; CE, 19 février 1992, M., n°73403). Il est ainsi considéré que l'introduction accidentelle dans l'organisme d'un patient d'un germe microbien lors d'une hospitalisation révèle une faute dans le respect des obligations d'hygiène et d'asepsie pesant sur le service hospitalier. Toutefois, voulant éviter une responsabilité trop large, et contrairement à la Cour de cassation, le Conseil d'État estime que l'hôpital n'engage pas sa responsabilité pour une infection qui, bien que déclarée lors d'une intervention chirurgicale, résulte de germes déjà présents dans l'organisme du patient avant l'hospitalisation - ce que l'on peut appeler une infection nosocomiale endogène (CE, 27 Septembre 2002, Mme N., n° 211370) »¹⁰⁸.

En s'appuyant sur le chemin déjà ébauché par la jurisprudence, le législateur, par la loi du 4 mars 2002, donne une assise légale au régime de présomption de faute concernant les contaminations par le virus de l'hépatite C¹⁰⁹ et les infections nosocomiales et iatrogènes¹¹⁰.

¹⁰⁶ Conseil d'État français, 26 mai 1995, Consorts N., décision n° 143238, JurisData n° 1995-042582 ; CE, 5ème et 7ème SSR, décision n° 220437 du 9 juillet 2003, Assistance publique de Paris c/ Mme. M., JurisData n° 2003-065726

¹⁰⁷ Cf. p. 235

¹⁰⁸ Conseil d'État français, *Responsabilité de l'État - L'engagement de la responsabilité des hôpitaux publics*, Dossiers thématiques, avril 2009, [en ligne]. Disponible sur : <http://www.conseil-État.fr/cde/fr/dossiers-thematiques/responsabilite-de-l%C3%89tat-lengagement-de-la.html>

¹⁰⁹ Régime de responsabilité dont le mode d'administration de la preuve en trois étapes a été énoncé par le Conseil d'État en 2003 (C.E. décision N°249416 du 10 octobre 2003, Mme T. et autres JurisData n° 2003-065969).

Une autre approche de la causalité est mise en place lorsque celle-ci est incertaine alors que le dommage est certain. Dans ces éventualités, les juges colombiens et français, dans un souci d'égalité -à notre avis-, penchent vers la théorie de la *perte de chance ou d'opportunité*¹¹¹. Ainsi lorsque la faute ou le fait dommageable a pu contribuer à la réalisation du dommage ou à son aggravation, et qu'il apparaît qu'en l'absence de faute le préjudice final aurait été moins grave ou aurait pu ne pas exister, l'indemnisation du préjudice sur le fondement de la *perte de chance ou d'opportunité* est admise.

Dans cette notion de perte de chance se mêlent des éléments causals. D'un côté, un élément connu, l'intervention médicale et d'un autre côté, un élément « aléatoire », à savoir les conséquences de celle-ci sur le malade. Toutefois dans la théorie de perte de chance, ses conséquences seront établies de manière prévisionnelle en partant des acquis réels. Pour le juge, la mission sera alors de lier ces deux éléments, afin d'établir une relation de cause à effet.

Pour Jacques Boré, « la justification de la perte d'une chance n'est possible que dans une conception de causalité qui, tenant compte de la complexité réelle, reconnaît, dans la production des phénomènes, la combinaison de la loi causale et la loi aléatoire »¹¹².

Le lien de causalité, s'agissant de la perte de chance, ouvre pour certains un doute quant à la réparation intégrale du préjudice. Pour certains auteurs, comme Jacques Boré, « le préjudice résultant de la perte d'une

¹¹⁰ Cette présomption est limitée car, seuls les établissements de santé voient leur responsabilité engagée de plein droit en cas d'infection nosocomiale -sauf la preuve de la cause étrangère-. La responsabilité du médecin est subordonnée à la preuve d'une faute commise dans l'accomplissement de l'acte médical. V. : Cour de Cassation française, 1^{ère} Civile, décision n° 08-20571 du 28 janvier 2010, JurisData n° 2010-051374

¹¹¹ Cf. p.378

¹¹² BORÉ Jacques, « L'indemnisation pour les chances perdues, une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable », JCP, G, 1974, V, p.2620

chance est donc un préjudice *raccourci* à la mesure du lien de causalité probable qui unit le fait générateur de responsabilité au préjudice final »¹¹³.

Ainsi le préjudice de la perte d'une chance serait, pour Jacques Boré, raccourci, donc indirectement un préjudice « partiel » qui découle d'une responsabilité partielle donnant droit à une réparation partielle.

Ce même auteur ajoute : « Si donc la réparation n'est que partielle, ce n'est point parce que le préjudice-décès serait lui-même partiel : un mort n'est pas un demi-vivant et la victime ou ses ayants-droit ont subi le dommage dans sa totalité ; c'est parce que la réparation est pondérée à la mesure du lien de causalité probable constaté entre la faute et le dommage final »¹¹⁴.

Cependant, nous concéderons que le préjudice pour la perte d'une chance n'est ni partiel ni donnant non plus un droit de réparation *pondérée à la mesure du lien de causalité*. La perte de chance est un préjudice autonome, qui doit être analysé comme tel et non à partir du dommage final.

Si nous prenons le fait dommageable et les prévisions -faites sur des faits réels et actuels- permettant de constater la perte d'une chance, la causalité entre la faute et le dommage -perte de chance- serait entièrement établi donnant ainsi droit à une réparation intégrale en ce qui concerne ce poste de préjudice.

La méthode d'évaluation du préjudice de perte de chance repose sur la prise en considération de deux préjudices, comme c'est le cas pour établir son existence. La perte de chance ne peut exister indépendamment du

¹¹³ *Ibidem*

¹¹⁴ *Ibidem*

résultat final, état réel de la victime, mais c'est ce seul préjudice qui est certain. La réparation ne peut être quantifiée sans qu'une double évaluation soit effectuée par le juge, mais c'est la seule perte de chance qui va être indemnisée¹¹⁵.

Chapitre II. Les fondements contractuels de la responsabilité médicale

La relation que nous intéresse principalement dans cette étude est celle liant les soignants d'un l'organisme de santé public et l'organisme lui-même aux patients (ou ses ayants droit).

Cette relation, réglementaire et statutaire, ainsi que la responsabilité qui peut s'en déduire, est d'origine extra-contractuelle. De la sorte, elle est assujettie, en principe, à une obligation de moyens, elle suppose qu'une faute ait été commise.

Parallèlement, s'agissant des organismes de soins privés, la relation médicale existante entre les soignants et leurs patients est, en principe, d'origine contractuelle et elle est ainsi régie par cet accord¹¹⁶.

Loin de l'ancien modèle « paternaliste » et de « prééminence » du médecin, lui accordant un pouvoir quasi-incontestable, le plaçant comme seul décisionnaire ou presque, aujourd'hui, face à une relation plus équilibrée, le patient adopte un rôle actif. Chacune des parties –soignantes et patientes- ont des droits et des obligations.

¹¹⁵ BERAUD Claire « *La Réparation d'une Perte d'une Chance* ». Mémoire D.E.A. de droit des obligations civiles et commerciales sous la direction de Madame le Professeur CECCALDI-GUEBEL, Université Paris Descartes, 2001, p. 50 [en ligne]. Disponible sur : <http://www.droit.univ-paris5.fr/AOCIVCOM/01memoir/BeraudM.pdf>

¹¹⁶ Cour de Cassation française, 20 mai 1936, Mercier, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, 12^{ème} édition 2008, p. 162

Au-delà du lien contractuel ou extra-contractuel qui lie le soignant et le patient, c'est sur cette nouvelle dimension de leur relation que nous allons nous baser pour établir les droits -et les obligations- qui s'imposent à chacun. Qu'ils aient un fondement légal et réglementaire ou un contrat, elles restent, pour l'essentiel, les mêmes. Seul le titre d'imputation sera différent.

Il est néanmoins intéressant de signaler que, pour le juge, qu'il soit administratif ou civil, la relation soignant-patient est une relation « complexe »¹¹⁷, qui comporte une obligation principale d'assistance qui fait naître des obligations accessoires, telles que l'information, le secret médical, etc.

Afin d'avoir un aperçu plus large des droits et des obligations issus de la relation médicale, nous allons répertorier -de manière non-exhaustive- tant ceux consacrés par le juge et la doctrine administrative, que ceux du droit civil.

Comme nous l'avons indiqué à plusieurs reprises, le système de santé colombien, en avance sur la tendance mondiale à la privatisation, est en grand partie composé par des organismes de soins privés.

C'est ainsi que, afin de compléter notre étude, et cela même s'il reste caractéristique de la relation médicale dans l'environnement civil, nous allons également analyser le contrat de services médicaux ou contrat de soins.

Nous nous intéresserons également aux critères généraux relatifs à la génération et à l'exonération de la responsabilité, communs au droit administratif et au droit civil.

¹¹⁷ Conseil d'État, Section III, sous-section C, décision N°34387 du 7 février 2011, Maria Victoria AGUDELO SALAZAR y otros c/ INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL, Magistrat chargé de l'affaire : Jaime Orlando SANTOFIMIO GAMBOA

Section 1. Le contrat de prestation de services médicaux ou contrat de soins

La responsabilité découlant de l'activité médicale fut initialement considérée comme étant de nature quasi-délictuelle.

Toutefois, le juge civil, en Colombie¹¹⁸ comme en France¹¹⁹, a évolué vers la consécration d'une relation soignant-patient d'origine contractuelle, sur la base d'un accord, soit tacite soit implicite, entre les parties.

La Cour Suprême de Justice Colombienne a considéré : « La responsabilité du médecin est contractuelle non seulement lorsqu'il s'agit d'une convention ordinaire, comme par exemple, quand le citoyen s'engage à travers une prestation des honoraires, mais aussi quand le contrat résulte d'une relation de confraternité ou de courtoisie, et qu'ainsi le citoyen s'engage sans contre-prestation en argent (...) ».

« Le contrat est généralement verbal, le plus souvent il est guidé par la coutume médicale générale (...) il n'est pas toujours nécessaire qu'il soit convenu directement par le malade, il peut être réalisé par les parents de celui-ci, ou bien par le patron de l'ouvrier et, en général, par les personnes qui se soucient du malade »¹²⁰.

Dans une décision postérieure, cette même Cour précise : « C'est une vérité indiscutable que la responsabilité des médecins est contractuelle quand la responsabilité qu'ils assument face à leurs patients est issue d'un contrat de services professionnels. En conséquence, les normes du titre XII

¹¹⁸ Cour Suprême de Justice, civ., 5 Mars 1940, *op. cit.*

¹¹⁹ Cour de cassation française, civ., 20 Mai 1936, Mercier, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, 12e édition 2008, p. 162-163

¹²⁰ *Ibidem*

du livre 4 du Code Civil, relatives aux effets des obligations, sont applicables et non celles contenues dans le titre XXXIV du même livre, relatives à la responsabilité extra-contractuelle pour le délit ou la faute de celui qui cause des dommages à autrui(...) ¹²¹ ».

La loi 23 de 1981 régulant l'exercice de la médecine en Colombie – éthique médicale- dispose : « L'assistance médicale doit être fondée sur la liberté du patient de choisir son médecin. Dans le cadre institutionnel, ce droit doit être respecté dans la mesure du possible » ¹²².

Cela illustre bien la volonté du législateur et des juges de reconnaître, d'une part, l'existence d'un contrat de soins et d'autre part, le « nouveau » rôle actif du patient au sein de cette relation. Le patient est non seulement partie contractuelle, mais aussi il devient décideur.

Comme nous l'avons signalé auparavant, jusqu'en 1936 en France, et 1940 en Colombie, la jurisprudence optait en faveur de la nature extra-contractuelle de l'activité médicale.

L'arrêt MERCIER ¹²³ de la Cour de Cassation changera l'état des choses en France. « (...) Attendu qu'il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat comportant pour le praticien l'engagement, sinon bien évidemment de guérir le malade (...), du moins de lui donner des soins, non pas quelconques (...) mais consciencieux, attentifs et, réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science (...) ».

¹²¹ Cour Suprême de Justice, civ., décision n° 2423 du 26 novembre 1986, *op. cit.*

¹²² Titre II, chapitre I, article 4 et 5.

¹²³ Cass., 20 mai 1936, Mercier, *op. cit.*

Cette décision décrit également la nature de l'obligation contractuelle consentie par le médecin, en précisant que celui-ci s'engage à agir comme « *le bonnus medicus* », qui est normalement prudent et diligent. Le praticien n'est pas tenu à un résultat, mais il doit mettre « les données acquises de la science » au service du patient. Sa responsabilité ne sera donc engagée que s'il manque à cette obligation. La jurisprudence n'a pas voulu mettre à la charge du soignant l'aléa inhérent à tout acte de soins.

En France, le contrat médical est également oral. Le support écrit est tout à fait exceptionnel et il n'est en aucun cas obligatoire¹²⁴.

1.1. La définition du contrat médical et ses éléments.

La Cour suprême de Justice colombienne définit le contrat médical dans les termes suivants : « Grâce au contrat médical, le médecin s'engage envers son patient à le soigner (...) en échange d'une rémunération financière dans la plupart des cas, car la gratuité peut aussi avoir lieu (...). Le but du médecin sera de soulager le patient de sa souffrance, en employant la diligence et la bienveillance de son savoir-faire professionnel dans le cadre de l'éthique, sans pour autant garantir la guérison du malade, puisque celle-ci ne dépend pas toujours des actes du soignant (...) »¹²⁵.

Cette définition du contrat médical met l'accent sur un point essentiel, comme celui de savoir si l'obligation du praticien est de moyens ou bien de résultat. Étant donné l'importance de ce thème, il sera abordé de manière approfondie dans un chapitre ultérieur.

¹²⁴ V. en détaille : MEMETEAU Gérard, *Cour de droit médical*, 4^{ème} édition, Les Études Hospitalière Éditions, 2010, p. 327-378

¹²⁵ Cour Suprême de Justice, Chambre de cassation civile, décision n° 2423 du 26 Novembre 1986, *op. cit.*

1.1.1. Conditions de validité du contrat

Quatre conditions légales doivent être remplies pour la validité du contrat aux termes de la règle générale définie par l'article 1502 du code civil colombien¹²⁶ :

1.1.1.1. La capacité légale de contracter.

En principe, ladite capacité générale de contracter est réglementée par l'article 1503 du code civil : « Toute personne est légalement capable, excepté celles que la loi déclare incapables ». Ces derniers seront représentés par leurs tuteurs légaux.

S'agissant d'un incapable mineur, la capacité de contracter est exercée par les deux parents. Le médecin doit donc obtenir l'accord des parents avant d'entreprendre tout geste diagnostic ou thérapeutique, sauf en cas d'extrême urgence. L'accord d'un seul parent est suffisant pour tout geste usuel. Dans les autres cas, l'accord de chacun des titulaires de l'autorité parentale est obligatoire.

A ce sujet la Cour Constitutionnelle s'exprime ainsi : « En effet, dans certains cas, il est légitime que les parents et l'État soient autorisés à adopter certaines mesures au profit de l'enfant même contre sa volonté car l'on considère que ce dernier n'a pas encore acquis une indépendance de

¹²⁶ Code civil, article 1502 : Conditions pour s'engager : Pour qu'une personne s'oblige envers une autre par un acte ou déclaration de volonté sont requis :

1. Sa capacité légale de contracter.
2. Le consentement exempt de tout vice de la partie qui s'oblige.
3. Un objet licite dans acte.
4. Une cause licite dans l'obligation.

caractère suffisante pour programmer son propre plan de vie et détenir une pleine conscience de ses intérêts¹²⁷ ».

Dans une décision postérieure, relative à un mineur adulte membre du groupe religieux des Témoins de Jéhovah qui, en refusant un traitement thérapeutique, met sa vie en péril, cette même Cour établit : « La capacité relative qui a été reconnue au mineur adulte doit être complétée et perfectionnée par le droit-devoir octroyé aux parents qui consiste à guider et orienter leurs enfants ou les représenter dans l'exercice de leurs droits jusqu'à ce que ladite capacité devienne pleine (...) »¹²⁸.

Dans certaines occasions, en cas de nécessité médicale argumentée et de refus des parents, il est possible, dans l'intérêt de l'enfant, de passer outre à ce refus par le biais d'une injonction judiciaire.

En cas de refus des parents, la Cour constitutionnelle a estimé que même si les professionnels de la santé sont obligés de respecter la volonté des patients qui, en toute liberté, s'opposent à une procédure médicale, dans les faits, à une transfusion sanguine, par exemple cela ne s'applique pas au cas où la vie et la santé d'un mineur, qui n'a pas choisi son culte et qui ne fait pas usage de sa liberté de conscience, sont en péril.

Cette Cour a été emphatique en soulignant que : « Nous n'héritons pas de notre religion, la foi religieuse est une vocation, ce n'est pas quelque chose que les parents imposent aux enfants (...). Le droit à la vie d'un mineur prime face aux croyances religieuses des parents »¹²⁹.

¹²⁷ Cour Constitutionnelle, Décision SU-377/99 du 23 Octobre 1995. Magistrat chargé de l'affaire : Alejandro MARTINEZ CABALLERO, Bogotá

¹²⁸ Cour Constitutionnelle colombienne, décision T-100472 du 25 Septembre 1996. Magistrat chargé de l'affaire : Fabio MORON DIAZ, Bogotá

¹²⁹ Cour Constitutionnelle, décision T-411/94 du 19 septembre 1994, dossier T-38362, Magistrat chargé de l'affaire : Vladimiro NARANJO MESA

En France, une circulaire du 25 février 2008 du Ministère de l'Intérieur¹³⁰ rappelle qu'à l'heure actuelle c'est l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique qui régit la question relative au consentement de mineur. Ainsi elle établit : « Le consentement du mineur ou du majeur sous tutelle doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision. Dans le cas où le refus d'un traitement par la personne titulaire de l'autorité parentale ou par le tuteur risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé du mineur ou du majeur sous tutelle, le médecin délivre les soins indispensables. »

Elle conclut que depuis la loi du 4 mars 2002, il n'est plus nécessaire de solliciter l'intervention du juge : « La loi de 2002 permet donc au médecin d'agir sans avoir à demander à l'autorité judiciaire d'ordonner les mesures d'assistance éducative qui étaient auparavant nécessaires à son intervention. En situation d'urgence, le médecin est juridiquement habilité à se substituer en toute légitimité et légalité à l'autorité parentale. »

Pour des d'auteurs comme le Professeur Gérard Gonzalez¹³¹, une intervention médicale coercitive contrevenant à une décision du patient dictée par sa conscience religieuse, sans intervention des juridictions nationales, peut être assimilé à une ingérence de l'État au sens de la convention Européenne des droits de l'homme.

Pour cet auteur, à l'heure actuelle en France, il existe un conflit majeur entre le principe de bienfaisance et le principe du respect des droits de la personne. La loi du 4 mars contribuerait à alimenter cette ambiguïté particulièrement s'agissant des cas d'urgence. Il existerait en France une

¹³⁰ Ministère de l'Intérieur, circulaire du 25 février 2008 relative à la lutte contre les dérives sectaires, n° NOR/INT/A/08/00044/C, [en ligne]. Disponible sur : http://circulaire.legifrance.gouv.fr/pdf/2011/04/cir_32900.pdf

¹³¹ GONZALEZ Gérard, *L'objection à certains soins ou actes médicaux dictée par la conscience religieuse et la Convention européenne des droits de l'homme*, Mélanges Louis Dubouis, Dalloz 2002, p.796 et sq

méconnaissance des soins alternatifs adaptés aux convictions religieuses pouvant être proposés qui pourraient réduire la brèche existante entre ces principes. De plus, les cas où le refus des soins met en cause le pronostic vital demeurent isolés.

1.1.1.2. Le consentement –exempt de tout vice- de la partie qui s'oblige

Pour que le contrat soit valable, le consentement éclairé du malade aux soins doit être obtenu, c'est-à-dire que le médecin doit délivrer une information fidèle, claire, appropriée. En particulier, aucun élément susceptible de conduire le malade à décider de ne pas contracter ne doit être caché.

L'article 5 titre II de la loi 23/81¹³², dispose que la relation médecin-patient se crée « par la décision spontanée et volontaire des parties (...) ». Comme complément de cette disposition, l'article 1502 du code civil¹³³ établit que le consentement doit être exempt de tout vice, c'est-à-dire exempt de toute erreur ainsi que de toute pression externe.

Quant à la manifestation de volonté du patient, le code d'éthique médicale¹³⁴ précise que « l'intervention médicale a son fondement dans la libre élection du médecin par le patient ». L'article 8 ajoute : « Le médecin doit respecter la liberté du patient de se priver de ses services ».

¹³² *cf. p. 40*

¹³³ Code civil, *op. cit.*

¹³⁴ Loi 23/81, art. 4, titre II

Le consentement du patient présente à ce jour une dimension remarquable puisqu'en son absence, il peut être une source de responsabilité ou d'exonération de responsabilité pour le praticien.

Ainsi, en matière de responsabilité médicale, nous parlons de « consentement éclairé » -par opposition au consentement simple, requis pour tous les actes juridiques en général-. Le consentement éclairé est intrinsèque à l'acte médical. Il suppose que le patient ait consenti à la procédure médicale après avoir été clairement instruit sur le déroulement de celle-ci ainsi que sur ses conséquences possibles.

Étant une obligation à la charge du médecin, la notion de « consentement éclairé du patient » sera reprise dans le chapitre consacré à cet effet.

L'article 1502¹³⁵ du code civil colombien exige, en outre, que le consentement soit exempt de tout vice. Cette absence de vice exigée par le code civil suppose que le consentement doit être exempt d'erreur, de violence ou du dol¹³⁶.

En matière médicale, l'erreur est le plus souvent liée à la qualité de l'information qui doit être procurée au patient, correspondant aux bénéfices, conséquences et risques du traitement thérapeutique.

L'erreur peut être liée également à la personne avec qui l'on a l'intention de contracter, à condition que la cause principale du contrat soit les capacités et connaissances particulières de ladite personne.

¹³⁵ *Code civil, op cit.*

¹³⁶ Code Civil, article 1508.

En droit colombien, la notion de « violence » telle que le prévoit le code civil français est plus connue sous le nom de « force ». Cette notion de « force » est mieux adaptée, à notre avis, à la forte impression que la figure du médecin peut avoir sur certains patients.

La crainte révérencielle, en diminution certaine mais toujours présente, du patient vis-à-vis du médecin, peut dans certain cas l'amener à prendre des décisions qui ne correspondent pas toujours à son vrai vouloir, altérant ainsi son consentement.

Quant au dol, il est considéré comme un vice du consentement seulement lorsqu'il provient de l'un des cocontractants et qu'il a abouti à la réalisation du contrat.

C'est le cas du médecin qui aurait sciemment caché des informations à son patient, comme, par exemple, le taux de réussite de ses interventions et les risques encourus, qui auraient été de nature à orienter sa décision¹³⁷.

1.1.1.3. Un objet licite dans acte.

L'objet doit être compris comme le contenu de l'obligation contractuelle. Pour le médecin, cet objet sera la prestation de soins nécessaires. Les soins doivent être consciencieux, attentifs et conformes aux données acquises de la science à la date à laquelle ils sont dispensés.

En effet, si le médecin dispose d'une certaine liberté dans le choix des thérapeutiques utilisées, celles-ci ne doivent être reconnues ni comme nuisibles, d'après un bilan de bénéfices, ni comme inefficaces au moment de

¹³⁷ V. : LELEU Yves-Henri et GENICOT Gilles, *Droit médical, Aspects juridiques de la relation médecin-patient*, éd. De Boeck Université, Bruxelles 2001, p. 55

leur prescription. Cela impose au médecin d'actualiser constamment ses connaissances.

L'activité de soins est, en règle générale, soumise à une obligation de moyens et non de résultat. Certains domaines de l'activité médicale sont néanmoins soumis à une obligation de résultat, comme nous le verrons plus tard.

Pour le patient, l'objet se traduit par le paiement des honoraires qui seront fixés par le médecin¹³⁸. Le paiement des honoraires n'est pas un élément essentiel du contrat médical car il est possible d'établir des liens contractuels dans le cadre médical sans contreprestation économique de la part du patient.

A ce sujet, la Cour Suprême de Justice colombienne précise : « La responsabilité du médecin est contractuelle non seulement dans le cadre d'une convention ordinaire, lorsque les citoyens payent des honoraires, mais aussi dans les contrats résultant d'une relation de confraternité ou de courtoisie où l'argent n'intervient pas. ¹³⁹»

En outre, le patient s'engage à suivre consciencieusement les prescriptions du médecin puisque la réussite ou l'échec du traitement thérapeutique en dépend.

En dernier lieu, il faut rappeler que l'objet du contrat doit être licite, c'est-à-dire que la prestation convenue doit être autorisée par la loi. Dans l'hypothèse contraire, le contrat manquerait de validité juridique.

¹³⁸ Loi 23/81, article 22 : « (...) En conformité avec la hiérarchie scientifique et l'importance et circonstances de chaque acte ainsi qu'avec la situation économique et sociale du patient (...) »

¹³⁹ Cour Suprême de Justice, Chambre de cassation civile, décision du 5 Mars 1940, *op. cit.*

1.1.1.4. La cause licite dans l'obligation.

La cause sera le motif qui amènera les cocontractants à réaliser le contrat. Pour le patient, ce sera le besoin d'accéder aux soins médicaux. Pour le praticien, ce sera la réalisation des soins, dans les limites imposées par l'éthique médicale et la *lex artis*, et le paiement de ses honoraires le cas échéant.

1.1.2. Les principales théories sur la nature juridique du contrat médical.

Bien que le code civil colombien ne prévoie pas un type de contrat spécifique pour réguler la prestation des services médicaux, cela ne signifie pas qu'il existe un vide juridique en la matière car celle-ci est compatible avec les normes du livre IV du code civil réglementant les obligations en général et les contrats. La jurisprudence et la doctrine colombiennes utilisent l'expression « *contrat de prestation de services médicaux* » pour parler de ce type de contrat.

Pour un secteur de la doctrine privatiste, l'acte juridique conclu entre le médecin et son patient réunit les éléments propres à un certain nombre de contrats. Pour d'autres, cet acte est atypique, innominé ou *sui generis*.

Ainsi, par ses caractéristiques, le contrat de soins médicaux peut être comparable au¹⁴⁰ :

- **Mandat** : Le contrat de soins médicaux sera associé au mandat pour des raisons historiques. La médecine étant considérée comme une activité intellectuelle, elle sera regroupée par le droit romain dans les

¹⁴⁰ JARAMILLO Carlos Ignacio, *Naturaleza jurídica del contrato de prestación de servicios médicos y tipología de las obligaciones que de él se derivan*, in CASTAÑO de RESTREPO María Patricia, *Responsabilidad civil y patrimonial del Estado*, ed. TEMIS S.A., Bogotá, D.C 2003, p. 96

professions libérales –où l'on trouvait les professions prestigieuses, par opposition aux travaux serviles- qui sont réglementées par les normes du mandat. Cette thèse est l'une des plus questionnées par la doctrine et la jurisprudence contemporaine.

Une partie de la doctrine moderne soutient que le contrat de services médicaux n'est pas assimilable au mandat puisque l'objet de ce dernier est une réalisation d'affaires en termes propres et qu'il est certain que l'objet du contrat de soins est celui d'assurer la prestation de services médicaux¹⁴¹.

Il a été dit également que l'une des spécificités du mandat était l'accord préalable des conditions d'exécution données par le mandant. Cette particularité est complètement étrangère au contrat de soins dans lequel l'autonomie du médecin prédomine¹⁴².

Une autre différence avec le mandat vient du fait que le médecin agit en son nom propre et non en « représentation » du patient. En plus, les actes du premier n'ont pas de conséquences juridiques directes sur le patient.

- **Contrat de prestation de services¹⁴³** : Un important secteur de la doctrine ainsi que de la jurisprudence colombienne¹⁴⁴ et étrangère s'accorde pour dire que le contrat qui naît de la relation médecin – patient – semblablement à ceux des autres professions libérales en général, est un contrat de prestation de services.

¹⁴¹ FERNANDEZ COSTALES Javier, *El contrato de servicios médicos*, ed. Civitas, Madrid 1988, p. 38.

¹⁴² LENEL Otto, *El mandato retribuido*, Revue de droit privé, Madrid, 1974, p.971.

¹⁴³ En droit colombien, le contrat de prestation de services est appelé « contrat de location des services ».

¹⁴⁴ Cour Suprême de Justice, Chambre de cassation civile, Décision 5507 du 30 Janvier 2001, *op. cit.*

De la sorte, le praticien prête ses services médicaux à la demande du patient, sous la réglementation normative du contrat de prestation de services.

- **Contrat d'ouvrage ou de louage d'ouvrage :** Un secteur de la doctrine, minoritaire par rapport à la thèse du contrat de prestation de services, considère que la relation médecin – patient doit être régie par les normes du contrat d'ouvrage, soit de manière générale, soit de manière ponctuelle ou résiduelle.

En effet, pour certains, l'élément qui confère sa spécificité à la relation médecin – patient est le travail ou l'ouvrage intellectuel -contrat d'ouvrage intellectuel- caractéristique de l'activité médicale.

Grâce à ce type contractuel, le médecin va s'engager à accomplir une prestation intellectuelle comprenant une obligation de résultat -au sens large- qui est celle d'accorder le traitement adéquat au patient. Cette thèse est essentiellement acceptée par la doctrine italienne.

Pour une partie de la doctrine française¹⁴⁵, - en accord avec les normes¹⁴⁶- l'intégralité des services peut être liée au contrat d'ouvrage, par opposition au contrat de location de biens ou des choses.

Certains partisans de cette théorie pensent que la relation médecin – patient s'adapte mieux au contrat d'ouvrage qu'à celui de louage d'ouvrage ou contrat d'entreprise puisque dans ce premier type contractuel, il n'existe

¹⁴⁵ OVERSTAKE Jean-François, *Essai de classification des contrats spéciaux*, Montchrestien, Paris, 1995, p.281.

¹⁴⁶ Code civil français, article 1710 : « Le louage ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles. »

pas de subordination juridique, notion qui est très présente dans le deuxième type.

- **Contrat de travail :** De nombreux auteurs affirment qu'au sens large, la relation existant entre le praticien et son patient est un prototype du contrat de travail.

Les partisans de cette analyse présupposent l'existence de l'élément subordination dans la relation médecin - patient. Mais, contrairement au point de vue de certains spécialistes du droit du travail, à notre avis, la relation médecin - patient ne peut pas être généralisée, puisque le plus souvent le médecin est un professionnel libéral qui est effectivement autonome aussi bien du point de vue juridique que scientifique, même s'il est rémunéré par son patient en contrepartie de ses services.

Tel qu'il a été dit par le professeur Carlos Ignacio JARAMILLO : « De plus, très souvent, la relation médecin - patient est fugace (dix ou quinze minutes) ou épisodique (une fois par an), qu'il résulte tout au moins insolite ou irritant de lui attribuer le caractère du contrat de travail avec tout ce que cela représente¹⁴⁷ ».

D'un autre côté, si l'on analyse le rapport existant entre un médecin et un hôpital ou une clinique privée, on trouve que la règle quasi générale est l'existence d'une relation de travail typique qui sera régulée par les normes propres du contrat de travail.

- **Contrat mixte ou complexe :** Selon cette théorie -comme son nom l'insinue- le contrat médical n'est pas autre chose que la conjonction des divers aspects de différents types contractuels déjà existants.

¹⁴⁷ JARAMILLO Carlos Ignacio, *Naturaleza jurídica del contrato de prestación de servicios médicos y tipología de las obligaciones que de él se derivan*, op. cit. p.105

Tel qu'il a été dit par l'auteur de cette théorie : « Face à l'impossibilité de réglementer de façon autonome la relation médicale, l'on fait appel à la théorie du contrat mixte, qui n'est pas un contrat atypique absolu, c'est-à-dire qu'il retrouve des éléments communs avec des contrats typiques. Il s'agit d'un contrat de prestation de services dans lequel on regroupe des éléments de divers contrats, plus concrètement du contrat du louage d'ouvrage, de services et du mandat». ¹⁴⁸

- **Contrat atypique ou « sui generis »** : Un autre secteur de la théorie moderne considère que la relation médicale est si particulière qu'il est impossible et surtout inadéquat de l'encadrer dans un des types contractuels traditionnels.

Entre autres, le professeur Luis Guillermo SERRANO ESCOBAR ¹⁴⁹ affirme qu'essayer d'encadrer le contrat médical dans les types traditionnels équivaut à lui ôter sa nature. Ainsi, il est préférable de lui donner la qualification de contrat « *sui generis* » et de faire application des normes communes du code civil réglementant les obligations et les contrats en général.

A ce même sujet, le professeur Jean-Michel LEMOYNE DE FORGES considère que ¹⁵⁰ : « Le contrat médical n'est ni un mandat, ni un contrat de travail, ni un contrat d'entreprise. Il n'entre dans aucune catégorie classique des contrats civils. C'est un contrat *sui generis* dont les caractéristiques sont les suivantes : contrat civil, et non commercial, il est conclu *intuitu personae*, il est normalement synallagmatique et à titre onéreux. L'objet du contrat médical est défini par une formule de la Cour de cassation devenue

¹⁴⁸ ATAZ LOPEZ Joaquín, *Los médicos y la responsabilidad civil*, éd. Montecorvo, España, 2001, page 146.

¹⁴⁹ SERRANO ESCOBAR Luis Guillermo, *op. cit.*, p.93.

¹⁵⁰ LEMOYNE DE FORGES Jean-Michel, *L'hospitalisé*, Berger-Levrault, Paris 1972, page 26.

classique : le médecin « s'engage à donner au malade des soins consciencieux, attentifs et conformes aux données acquises de la science ».

Les détracteurs de cette théorie considèrent que dans le cadre de la relation médicale, on doit faire application du principe général du droit civil selon lequel en l'absence d'une convention entre parties ou d'une disposition légale régulant la relation en particulier, celle-ci devra être soumise aux normes codifiant le contrat le plus proche.

- **Contrat de contenu variable :** Les défenseurs de cette doctrine¹⁵¹ -que nous partageons- assurent que le contrat de services médicaux doit être considéré comme un contrat de contenu variable, car cette théorie n'exclut, en principe, aucune modalité contractuelle en particulier.

Le professeur Javier FERNANDEZ COSTALES, partisan de cette théorie, estime que « (...) L'acte médical n'est peut-être pas limité par un seul type contractuel en considération de la façon dont la profession est exercée et de la grande variété des spécialités médicales. De ce fait, il est impossible d'encadrer le contrat médical, il est conçu -par la législation espagnole- dans un cadre générique qui lui donne un caractère unique applicable à tous les cas(...) »¹⁵² .

Donc, pour établir le type contractuel applicable, il sera nécessaire d'approfondir l'intention des cocontractants, puisque le mobile guidant chaque individu -dans la relation médicale- répond à ses intérêts personnels. De sorte que la relation contractuelle entre un patient qui consulte son médecin face à la présence d'une tumeur ne sera pas la même que celle née

¹⁵¹ JARAMILLO Carlos Ignacio, *Naturaleza jurídica del contrato de prestación de servicios y tipología de las obligaciones que de él deriva (...)*, op. cit.

¹⁵² FERNANDEZ COSTALES Javier, *El contrato de servicios médicos* , Ed. Civitas, Madrid 1988, p.67

entre le praticien et le patient qui consulte pour suivre une rhinoplastie correctrice.

En conséquence, il est inapproprié de définir la nature du contrat médical. La prudence ordonne d'interroger la fin pratique recherchée par les parties et plus particulièrement, le patient.

1.2. Les obligations des parties

Traditionnellement la doctrine et la jurisprudence coïncident sur la classification des obligations médicales en obligations de moyens et obligations de résultat. S'agissant de la responsabilité liée à la prestation de services médicaux, cette classification entraîne des conséquences importantes. C'est pour cette raison qu'elle sera étudiée individuellement dans le chapitre consacré à cet effet¹⁵³.

Ainsi, à présent nous tournerons notre attention vers les obligations médicales, celles-ci devront être comprises dans le sens des devoirs issus des relations médecin- patient.

1.2.1. Les obligations du médecin.

Les obligations ou devoirs du médecin sont d'ordre éthique ainsi que légal. Elles sont essentiellement prévues par le code de déontologie médicale dans chaque législation mais aussi par la loi. Il n'existe pas une liste exhaustive des obligations à la charge du médecin, d'ailleurs il en va de même pour les obligations du patient, car certaines, comme nous le verrons, relèvent du pur bon sens.

¹⁵³ Cf. p. 365

La reconnaissance de ces obligations en un premier temps a le rôle d'encadrement de l'active médicale, apportant ainsi une certaine confiance tant au malade qu'au corps médical. Cependant, lorsqu'il y a manquement, elles serviront de fondement aux actions en responsabilité.

1.2.1.1. L'obligation de diagnostic et thérapeutique.

C'est la première obligation du médecin vis-à-vis de son patient. Elle suppose un examen le plus rigoureux possible quant à l'origine de la consultation, les conditions de vie du malade, les antécédents familiaux, etc. L'efficacité de cette enquête sera déterminée par la réalisation en temps et en heure –selon le cas- de tous les examens nécessaires pour établir un diagnostic de la maladie, en identifiant ses caractéristiques et en adoptant une thérapeutique adéquate.

L'article 10 de la loi 23/81 -Code d'éthique médicale- dispose à ce propos : « Le médecin consacrera à son patient le temps nécessaire pour faire une évaluation adéquate de son état de santé en procédant aux examens indispensables pour établir un diagnostic et préciser la thérapeutique correspondante ». Il ajoute : « Le médecin n'imposera pas au patient des examens non nécessaires et ne le soumettra pas à des traitements médicaux ou chirurgicaux injustifiés ».

Quant aux exigences scientifiques et techniques concernant le diagnostic, l'article 12 de la même loi dispose : « Le médecin utilisera seulement des moyens de diagnostic et thérapeutiques acceptés par les établissements légalement reconnus ». Néanmoins, ce même article dit pareillement que « si dans des circonstances spécialement graves, un traitement expérimental s'avère comme l'unique possibilité de guérison, celui-ci peut être utilisé, sous réserve de l'autorisation du patient ou de sa famille et avec l'accord du conseil médical –si cela est possible- ».

Face à l'incapacité du médecin de réaliser l'acte médical qui lui est demandé, celui-ci sera dans l'obligation de guider son malade vers un spécialiste compétent ou bien de convoquer un conseil médical¹⁵⁴ qui sera plus apte à déterminer la thérapeutique qui conviendra le mieux au malade.

1.2.1.2. Le registre obligatoire de l'acte médical « *Le dossier médical personnel* »

Le dossier médical personnel est le registre obligatoire contenant les conditions de santé du patient. Il s'agit d'un document privé et confidentiel qui ne peut être connu par de tierces personnes qu'avec l'autorisation du patient ou dans les cas que la loi prévoit¹⁵⁵.

Dans ce document seront enregistrés tous les antécédents médicaux du patient, son état réel de santé, les fiches d'anamnésies¹⁵⁶, le diagnostic, la thérapeutique, l'évaluation du patient, les résultats obtenus, etc. En raison de son caractère obligatoire, et son importance probatoire en cas de litige, le médecin devra attribuer une importance spéciale à son élaboration.

Le code de la santé publique français ¹⁵⁷ établit que le dossier médical doit être composé d'au moins les éléments suivants :

1. Les informations formalisées recueillies lors des consultations externes dispensées dans l'établissement, lors de l'accueil au service des

¹⁵⁴ Article 15 du décret 3380 1981 : « Le conseil médical doit être compris comme l'inter consultation ou le conseil demandé par le médecin traitant à un ou plusieurs professionnels tout en respectant les conditions cliniques – pathologiques du patient ».

¹⁵⁵ Loi 23 de 1981, article 34.

¹⁵⁶ Anamnésies : « Ensemble des informations que fournit le malade ou son entourage au médecin sur l'histoire de sa maladie », Dictionnaire électronique français Hachette.

¹⁵⁷ Articles R 1111 à R 1112-9 du Code de la Santé Publique.

urgences ou au moment de l'admission et au cours du séjour hospitalier et notamment :

- La lettre du médecin qui est à l'origine de la consultation ou de l'admission
 - Les motifs d'hospitalisation
 - La recherche d'antécédents et de facteurs de risques
 - Les conclusions de l'évaluation clinique initiale
 - Le type de prise en charge prévu et les prescriptions effectuées à l'entrée
 - La nature des soins dispensés et les prescriptions établies lors de la consultation externe ou du passage aux urgences
 - Les informations relatives à la prise en charge en cours d'hospitalisation : état clinique, soins reçus, examens para-cliniques, notamment d'imagerie
 - Les informations sur la démarche médicale
 - Le dossier d'anesthésie
 - Le compte-rendu opératoire ou d'accouchement
 - Le consentement écrit du patient pour les situations où ce consentement est requis sous cette forme par voie légale ou réglementaire
 - La mention des actes transfusionnels pratiqués sur le patient et, le cas échéant, copie de la fiche d'incident transfusionnel
 - Les éléments relatifs à la prescription médicale, à son exécution et aux examens complémentaires
 - Le dossier de soins infirmiers ou, à défaut, les informations relatives aux soins infirmiers
 - Les informations relatives aux soins dispensés par les autres professionnels de santé
 - Les correspondances échangées entre professionnels de santé
2. Les informations formalisées établies à la fin du séjour, et notamment :

- Le compte-rendu d'hospitalisation et la lettre rédigée à l'occasion de la sortie
 - La prescription de sortie et les doubles d'ordonnance de sortie
 - Les modalités de sortie (domicile, autres structures)
 - La fiche de liaison infirmière
3. Les informations mentionnant qu'elles ont été recueillies auprès de tiers n'intervenant pas dans la prise en charge thérapeutique ou concernant de tels tiers.

Le droit colombien est un peu moins exhaustif quant au contenu du dossier médical, mais il se rapproche considérablement des règles ci-dessus évoquées. La loi 23/81 dans son article 36 mentionne de manière générale que « Dans tous les cas, le registre médical doit être complété avec clarté (...) En cas de changement de médecin, le médecin doit transmettre le dossier médical et ses annexes au remplaçant ». Le Ministère de la Santé fixe les règles pour la gestion des dossiers médicaux et les données obligatoires¹⁵⁸.

Étant donné que ledit registre n'appartient pas au médecin -en principe¹⁵⁹- et qu'il contient toute l'histoire médicale du malade, son élaboration doit être consciencieuse en permettant un accès facile d'autant

¹⁵⁸ Résolution 1995/99 du Ministère de la Santé, Établissant les règles pour la gestion des dossiers médicaux ; Résolution 3374 2000 du Ministère de la Santé, Réglementant les principales données devant être signaler par les fournisseurs et les organismes prestataires du service de santé.

¹⁵⁹ SERRANO Luis Guillermo, *Nuevos conceptos de responsabilidad médica*, Ed. Doctrina y Ley Ltda., Bogotá, D.C 2002, p.98.

Concernant ce sujet, il existe un débat au sein de la doctrine car s'agissant d'un document privé qui retrace l'état de santé du patient, l'information contenue fait partie de sa vie privée et elle est ainsi protégée. C'est pour cette raison que le dossier médical est réservé au médecin et au corps médical et que leur responsabilité peut être engagée en cas de violation de ce droit.

D'un autre côté, l'avis médical, le diagnostic ainsi que le traitement constituent une production intellectuelle qui appartient au professionnel de la médecine.

Face à ce conflit d'intérêts, une grande partie de la doctrine est d'accord pour dire que c'est le droit du patient qui doit être protégé puisque ce document est consacré finalement à sa propre vie.

qu'éventuellement celui-ci pourrait être vital. De plus, l'absence ou le traitement défectueux du registre médical dénote la négligence du praticien, cela peut être considéré comme une faute disciplinaire ainsi que comme un indice contre le professionnel en cas de poursuites judiciaires.

1.2.1.2.1. La valeur probatoire du dossier médical.

Le dossier médical en tant que document privé constitue un moyen de preuve exploitable en cas de litige. Chaque annotation doit suivre une chronologie et comporter la date, l'heure, le nom et signature de son auteur.

Considéré initialement comme un simple recueil de la santé du malade, le dossier médical est progressivement devenu un moyen de preuve privilégié devant les tribunaux. Il a, en effet, vocation à contenir de nombreuses informations dont l'ensemble permet au professionnel de rapporter la preuve qu'il a satisfait à ses devoirs. Dans le respect du secret professionnel, le praticien s'appuie donc en priorité sur le dossier médical pour justifier de la bonne exécution de ses obligations de soins et d'information.

La Cour Suprême de Justice colombienne déclare que « Le dossier médical tenu par les institutions publiques de santé, est un document public qui témoigne, du point de vue de son contenu, de la date et des annotations consignées par son auteur -article 264 du Code de procédure civile- mais également, d'un point de vue négatif, de tout ce qui n'a pas été réalisé (...)»¹⁶⁰.

Par ailleurs, le Conseil d'État a souligné qu'un dossier médical incomplet constitue une présomption de faute de service. Dans ce sens, il estime que si le médecin ne respecte pas les devoirs qui lui sont propres vis-à-vis du dossier médical du patient, il se produit un retournement de la

¹⁶⁰ Conseil d'État, Section III, décision 15178 *op. cit.*

charge de la preuve en ce qui concerne les aspects ne figurant pas dans le dossier médical¹⁶¹.

Comme la plupart des moyens probatoires, c'est au juge d'attribuer la valeur du dossier médical en considération de son efficacité et de sa crédibilité par rapport aux autres preuves. Ainsi, il ne faut pas comprendre qu'il constitue à lui tout seul la preuve principale pour démontrer le degré de diligence et de pertinence de l'acte médical. Le dossier médical bénéficie d'une présomption d'authenticité mais comme toute présomption, elle peut être contredite.

L'absence de dossier médical ne constitue pas non plus la preuve d'une faute d'inattention envers le patient ni une preuve du lien de causalité entre l'acte médical et le dommage.

Dans la pratique, il est vivement conseillé au personnel médical d'y noter tout élément, même lorsqu'il paraît superflu, permettant de prouver la correcte information du patient et la diligence dans son agissement.

Par exemple, tel que nous le verrons plus tard dans le chapitre dédié à l'information du patient, le médecin peut se servir d'un dessin pour montrer au patient l'endroit où la pathologie se situe et, d'une façon grossière, lui expliquer la nature de l'intervention chirurgicale qui s'impose. Ainsi, le dépôt de ce dessin illustratif pourrait servir, si nécessaire, à démontrer le respect du devoir d'information et le degré de considération que le praticien avait vis-à-vis de son patient.

¹⁶¹ Conseil d'État, Section III, sous-section C, décision 21.861 du 25 avril 2012. XXX et autres c/ MUNICIPIO DE RIONEGRO, Magistrat chargé de l'affaire : Enrique GIL BOTERO ; Conseil d'État, section III, sous-section A, décision 26120 du 12 juin 2013, Gilma Ines Lozano de Almanza y otros c/ Departamento del Meta, Magistrat chargé de l'affaire : Mauricio FAJARDO GOMEZ

1.2.1.2.2. L'accès au dossier médical

La résolution 1995 du 8 juillet 1999 du Ministère de la Santé – aujourd'hui Ministère de la protection sociale-, dans son article 14, détermine les conditions d'accès au dossier médical.

« Pourront avoir accès au dossier médical, dans les termes prévus par la loi : 1. L'utilisateur, 2. L'équipe médicale, 3. Les autorités judiciaires et les autorités de santé dans les cas prévus par la loi, 4. Les autres personnes établies par la loi.

Les informations relatives au suivi médical du patient, inscrites dans le dossier médical, sont protégées par une réserve légale, en conséquence, elles ne pourront pas être données ou divulguées à des tierces personnes.

Pour la Cour Constitutionnelle colombienne ¹⁶²: « Le dossier médical, son contenu et les informations dérivées de celui-ci, sont assujetties à une réserve ; en conséquence, elles ne pourront être connues que par le médecin et son patient ».

« (...) Selon la loi et en application de la Constitution, en ce qui concerne le droit à l'intimité des personnes, ladite réserve ne pourra être levée que sur demande expresse du patient ou d'une autorité compétente, sans qu'il soit possible de divulguer à de tierces personnes des informations relatives aux soins procurés à n'importe quel patient (...). Dans l'éventualité où la réserve est levée, par autorisation du patient ou des autorités compétentes, (...) son usage doit se limiter à l'objet précis et ne doit pas aller à l'encontre des limites imposées par elle-même. Dans le cas contraire, les

¹⁶² Cour Constitutionnelle, décision T-834/06 du 12 octobre 2006, dossier T-1370709, Magistrat chargé de l'affaire : Nelson PINILLA PINILLA

informations obtenues à partir du dossier médical sans l'autorisation du patient, ne seront pas recevables dans une procédure judiciaire.

(...) Mais il peut arriver que le patient décède ou qu'il se trouve dans l'incapacité physique ou psychique d'exprimer son acquiescement sans qu'il existe une raison apparente amenant à présumer qu'en vie ou dans des conditions normales il n'aurait pas consenti à l'accès à son dossier médical, et qu'au contraire, il s'y serait montré favorable s'agissant de ses descendants et ascendants, ainsi que de son conjoint(e) ou sa compagne ou son compagnon. Dans ce cas, le plus haut niveau décisionnel de l'institution médicale concernée (...) doit avoir la possibilité de leur permettre un accès raisonnable au dossier médical, en contrepartie d'une sollicitude motivée.

Il est évident, que du point vue constitutionnel, le droit de connaître et de solliciter l'accès au dossier médical, est limité fondamentalement par le droit à l'intimité établi dans l'article 15¹⁶³, puisque qu'il s'agit d'une information privée, qui en principe ne concerne que son titulaire et ceux qui, dans un cadre professionnel, doivent s'occuper de lui, excluant ainsi toutes les autres personnes, y compris sa propre famille ».

Dans une décision du 2 septembre 1999¹⁶⁴, la Cour Constitutionnelle colombienne s'est prononcée dans une affaire concernant l'éventuel transfert du droit d'accès au dossier médical au profit de la famille, suite au décès d'un parent proche qui n'avait pas laissé d'autorisation permettant de lever la réserve. « Dans le cas exposé par le requérant, celui-ci considère que suite au décès de son père, et en sa qualité de fils, le droit de lever la réserve du dossier médical de son père lui revient, même si celui-ci est décédé sans

¹⁶³ Constitution Politique de la Colombie Art. 15 « Toutes les personnes ont le droit à leur intimité personnelle et familiale, ainsi que à leur bon nom, et l'État doit les respecter et les faire respecter... »

¹⁶⁴ Cour Constitutionnelle, décision T-650/99 du 2 septembre 1999, dossier T-237272, Magistrat chargé de l'affaire : Alfredo BELTRAN SIERRA

laisser d'autorisation dans ce sens. Ce faisant, le requérant assimile ce droit au droits successoraux.

(...) L'autorisation pour lever la réserve du dossier médical fait partie des droits que la doctrine dénomme comme de la personnalité. C'est-à-dire, qu'il s'agit de droits qui sont intrinsèques à la personne. Ils sont inséparables de celle-ci, ils sont intransmissibles et ils ont un caractère extra-pécuniaire. Ils représentent un intérêt d'ordre moral, ils ne sont pas quantifiables en termes d'argent, même si, dans certains cas, ils donnent lieu à des indemnisations ».

Cela signifie que le dossier médical en tant que droit dit « de la personnalité », reste exclu de la catégorie des droits patrimoniaux topiquement successoraux. De la sorte, par la seule cause du décès du titulaire du droit, le caractère privé du dossier médical ne disparaît pas. Seul le juge sera habilité à lever ladite réserve.

Néanmoins, dans la pratique, sauf exceptions, les médecins accordent à la famille du patient décédé un droit d'accès au dossier médical sans qu'une décision judiciaire les y oblige.

En France, selon loi du 4 mars 2002 -l'article 1111-7 du Code de la Santé publique-, dispose que « Toute personne a accès à l'ensemble des informations concernant sa santé détenues par des professionnels et établissements de santé (...) ».

Le dossier médical peut être consulté par le patient lui-même, et en cas de décès du patient, par ses ayants-droit -conjoint(e), enfants (...) - sauf volonté contraire exprimée par la personne avant son décès. Dans ce cas, les ayants-droit ont seulement un droit d'accès au dossier médical pour faire connaître les causes de la mort, pour défendre la mémoire du défunt, pour

faire valoir ses droits¹⁶⁵. S'agissant des mineurs, par la ou les personnes ayant l'autorité parentale et pour les majeurs sous tutelle, le tuteur.

1.2.1.3. Le secret professionnel ou secret médical.

Le principe qui guide le droit-devoir au secret professionnel est celui du respect de la personne et de sa vie privée.¹⁶⁶ La reconnaissance de ce droit-devoir pour les professions médicales est un élément majeur participant à l'instauration d'une relation de confiance entre le médecin et le malade, et à la protection du malade.

¹⁶⁵ Un arrêté du 3 janvier 2007 vient compléter l'arrêté du 5 mars 2004 portant homologation des recommandations de bonnes pratiques relatives à l'accès aux informations concernant la santé d'une personne (JO du 17 mars 2004).

Selon les recommandations annexées à l'arrêté du 5 mars 2004, la personne qui souhaitait obtenir la communication de renseignements sur l'état de santé du défunt devait d'une part, justifier de son statut d'ayant droit et d'autre part, préciser le motif de cette consultation. Il était également précisé que trois raisons seulement pouvaient justifier une intervention de l'ayant droit : connaître la cause du décès, défendre la mémoire du défunt ou faire valoir ses propres droits.

Sous ces réserves, les informations de santé contenues dans le dossier médical du parent décédé pouvaient être révélées à ses ayants droit.

Le secret médical ne faisait pas obstacle à cette délivrance, sauf volonté contraire exprimée par la personne avant son décès (CSP, art. L. 1110-4).

Or, la qualité d'ayant droit était appréciée différemment selon que l'on se référait à l'avis de la commission d'accès aux documents administratifs applicable au secteur public ou à la jurisprudence, en ce qui concernait le secteur privé.

Relatif aux conditions de communication du dossier médical du défunt, l'arrêté du 3 janvier 2007 recadre la matière :

- Le texte propose une définition globale de l'ayant droit de la personne décédée : elle est applicable aussi bien au secteur public qu'au secteur privé. Désormais l'ayant droit est défini comme « le successeur légal du défunt » (art. 1er de l'arrêté). Il faudra se référer au code civil et plus particulièrement au droit des successions pour déterminer quelles sont précisément les personnes reconnues comme successeurs du défunt.

- Le champ d'investigation se trouve restreint : la personne désignée comme ayant cause du défunt ne pourra avoir accès qu'aux seuls éléments du dossier qui lui permettront de déterminer les causes de la mort, de défendre la mémoire du parent défunt ou encore de faire valoir ses propres droits (art. 2 de l'arrêté). Il s'agit d'une limitation des prérogatives offertes à l'ayant droit qui pouvait accéder jusque-là à l'intégralité des pièces du dossier, à condition, du moins, qu'elles ne visent pas des informations recueillies auprès de tiers sans lien avec la prise en charge thérapeutique.

CORPART Isabelle, « Décès et accès au dossier médical par les ayant-droit », 2007. [en ligne]. Disponible sur : <http://www.informationhospitaliere.com/actualite-10684-deces-acces-dossier-medical-ayants-droit.html>

¹⁶⁶ La profession médicale est une profession d'intérêt public autant que d'intérêt particulier. Elle est régie par des règles générales qui protègent, et l'individu et l'ordre public. Par conséquent, dans le colloque singulier qui lie le malade au médecin, ce ne sont pas uniquement des règles à la base des contrats entre particuliers qui jouent, mais aussi celles qui protègent l'ordre public... L'obligation du secret naît donc non pas du contrat, mais de l'ordre public. MEMETEAU Gérard, Cour de droit médical, *op. cit.* p. 290

Tous les professionnels de la santé sont tenus, -même les étudiants en médecine- dès lors qu'ils participent à l'acte de soins, de garder le secret médical. Le personnel administratif ayant accès aux dossiers médicaux est aussi concerné par ledit devoir.

Le secret professionnel est conçu par le code international d'éthique médicale¹⁶⁷ comme le devoir absolu du médecin de garder pour lui toute information concernant son patient.

Le code d'éthique médicale colombien définit le secret médical comme : « (...) Tout ce qui n'est pas éthique de révéler sans une cause justifiée. Le médecin est obligé de garder le secret professionnel sur tout ce qu'il a entendu, vu ou compris pour des raisons liées à l'exercice de sa profession ».

La Cour constitutionnelle colombienne estime que ¹⁶⁸ : « La structure du secret offre un cadre dans lequel une personne confie à un professionnel une information qui ne peut pas transcender ladite relation (...). Dans ce panorama de relation professionnelle où un secret a été confié ou une information a été révélée au professionnel, la personne concernée a le droit au maintien du secret. Ce droit peut être exigé face au professionnel mais aussi face aux personnes du milieu médical (...) »

Le Code de la Santé Publique, en son article L. 1110-4 alinéa 3, confirme la légalité du secret partagé entre professionnels de santé afin d'assurer la continuité des soins, ou de déterminer la meilleure prise en charge sanitaire possible, sauf opposition de la part de l'intéressé.

¹⁶⁷ Devoirs des médecins envers les malades : « Le médecin devra préserver le secret absolu sur tout ce qu'il sait de son patient, et ce même après la mort de ce dernier ».

¹⁶⁸ Cour Constitutionnelle, Décision C-264 -96 du 13 juin 1996. Magistrat chargé de l'affaire : Eduardo CIFUENTES MUÑOS. Bogotá.

Dans une décision du 18 mai 2004¹⁶⁹, la Cour européenne des Droits de l'Homme (CEDH) a condamné la France, retenant le caractère général et absolu du secret médical, mais en le limitant, dans le cas concret, à la légitimité du but poursuivi. En l'absence d'un « besoin social impérieux », l'atteinte portée à la liberté d'expression n'était pas justifiée.

Dans le faits, le Dr GÜBLER, médecin personnel du Président MITTERRAND de 1981 à 1994, révèle dans son livre « *Le grand secret* », que l'ancien Président de la République Française, François MITTERRAND, décédé le 8 janvier 1996, avait menti sur son cancer dès son accession au pouvoir. L'ouvrage dévoile également d'autres informations médicales au sujet du Président.

Le tribunal de grande instance de Paris, statuant en référé sur demande de la famille du Président de la République, interdit la diffusion du livre à titre conservatoire. Cette mesure est confirmée en appel. Le juge estime qu'en divulguant des informations couvertes par le secret médical, le Docteur GÜBLER, la société Plon et son directeur général ont commis une faute engageant leur responsabilité civile. Pour assurer sa défense, le Docteur GÜBLER avance la thèse selon laquelle le chef de l'État l'aurait officiellement délié de son obligation de secret¹⁷⁰. Ces arguments ne seront pas retenus. L'interdiction de diffusion du livre est maintenue.

Le Docteur GÜBLER, la société d'Édition Plon et son directeur général sont condamnés au paiement de dommages-intérêts. Cette décision est

¹⁶⁹ Cour Européenne de droits de l'Homme, Deuxième Section, 18 mai 2004, requête n° 58148/00, affaires Éditions Plon c/ France

¹⁷⁰ La CEDH « constate que le droit français met à la charge des médecins une obligation stricte de respecter le secret professionnel : il s'impose à eux, sauf les exceptions prévues par la loi et qui doivent elles-mêmes être entendues de façon restrictive. Tel est le sens de l'article 226-14 du code pénal, qui spécifie que « l'article 226-13 n'est pas applicable dans les cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret » ; or la loi ne prévoit pas qu'un médecin peut se trouver délié de son obligation au secret par son patient ou, d'une manière générale, parce qu'un « intérêt légitime » l'en affranchit ».

confirmée par la cour d'appel le 27 mai 1997 et la cour de cassation le 14 décembre 1999.

La société Plon saisit alors la Cour européenne des droits de l'homme en lui demandant de se prononcer sur la compatibilité de la mesure d'interdiction de diffusion du livre au regard de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit à la liberté d'expression et ses restrictions.

La CEDH approuve l'interdiction initiale mais pas le maintien de cette interdiction. Elle estime que « la présence de M. GÜBLER auprès de M. François Mitterrand n'ayant eu d'autres causes que sa fonction de médecin traitant, tous les éléments qu'il relate dans son livre, appris ou constatés à l'occasion de l'exercice de sa profession, relèvent du secret médical auquel il est tenu envers son patient ».

En revanche la Cour parvient à la conclusion que le maintien de l'interdiction de la diffusion du *Grand Secret*, même motivé de façon pertinente et suffisante, ne correspondait plus à un « besoin social impérieux » et s'avérait donc disproportionné par rapport aux buts poursuivis. « Il ne s'agit certes pas pour la Cour de considérer que les exigences du débat historique peuvent délier un médecin du secret médical, qui, en droit français, est général et absolu, sauf les strictes exceptions fixées par la loi elle-même. Mais, à partir du moment où celui-ci avait été enfreint¹⁷¹, ce qui a entraîné pour l'auteur de cette violation des sanctions pénales (et disciplinaires), le passage du temps doit nécessairement être pris en compte pour apprécier la compatibilité avec la liberté d'expression d'une mesure aussi grave que l'interdiction (...) ».

¹⁷¹ Lorsque le Tribunal de grande instance de Paris a statué au principal, non seulement cet ouvrage avait été vendu à environ 40 000 exemplaires, mais, en plus, il avait été diffusé sur Internet et avait fait l'objet de nombreux commentaires dans les médias.

A ce moment-là, les informations qu'il contient avaient donc, de fait, perdu l'essentiel de leur confidentialité.

Par ailleurs, par une décision du 13 novembre 2008¹⁷², la Cour de Cassation s'est prononcée sur les conditions d'invocation du secret médical par les services de contrôle médical devant les juridictions du contentieux du travail.

Dans les faits, le Tribunal du contentieux de l'incapacité (TCI) de Paris a demandé au service médical de la CNAM de lui faire parvenir toutes les pièces administratives et médicales relatives à une affaire en cours, sous peine d'astreinte. Le service médical a refusé au nom de la confidentialité du dossier médical.

Ledit jugement apporte des précisions nécessaires face au nombre croissant des employeurs qui cherchent à obtenir l'inopposabilité des décisions des caisses ayant reconnu l'accident ou la maladie professionnelle d'un salarié.

Ceux-ci argumentent le fait de ne pas avoir eu accès aux pièces du dossier médical et donc à l'ensemble des éléments de preuve et en conséquence de ne pas pouvoir utiliser leur droit de contradiction. Il s'agirait alors de trouver un équilibre entre le secret médical et ledit droit.

La deuxième chambre civile de la Cour de Cassation rappelle qu'au vu de l'article 9 du code civil, chacun a droit au respect de sa vie privée et qu'au vu de l'article R.4127-4 du Code de la santé publique, le secret médical institué dans l'intérêt des patients s'impose à tout médecin. En conséquence elle décide que « ni l'accord de la victime ni son absence d'opposition à la levée du secret médical ne peuvent résulter de la simple sollicitation de prestations »¹⁷³.

¹⁷² Cour de Cassation française, 2^{ème} Chambre Civile, décision n° 1498 du 13 novembre 2008. Rapporteur. M. HEDERER. Précédent. M.GILLET

¹⁷³ Une disposition de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2009 –adoptée par le Parlement le 27 novembre 2008- cherche à donner une issue à cette impasse en introduisant un nouvel article au code de la

1.2.1.4. Le devoir d'information et le consentement éclairé

Le médecin a aussi une obligation d'information envers son patient. Comme cela a déjà été dit, ce devoir consiste à communiquer au patient son état de santé, la thérapeutique à suivre et les risques que celle-ci présente, entre autres. Il est conseillé au praticien d'utiliser un langage clair et précis.

L'obligation d'informer n'a pas toujours été exigée au médecin. Au début du XX^{ème} siècle, il subsistait encore une vision paternaliste du métier de médecin créant un certain voile de sagesse sur ce dernier et participant ainsi à une irréfutabilité de son avis par le patient qui très souvent était ignorant en la matière.

C'est dans la seconde moitié du XX^{ème} siècle que ce rôle paternaliste va évoluer vers un modèle plus autonomiste, engendrant de ce fait les débuts de l'obligation du médecin d'informer son patient sur son état de santé, le traitement conseillé, les risques liés aux différentes thérapeutiques, etc.¹⁷⁴ Ce devoir d'information sera suivi de la notion plus moderne de « consentement éclairé », qui cherche non seulement une information efficace du malade, mais également la participation de ce dernier à la prise des décisions quant à son état de santé et les thérapeutiques à suivre. A partir de là, le malade n'est plus un spectateur mais un acteur de la machine médicale.

Cependant, dans certains pays, comme la France, dans certaines circonstances et au nom de l'intérêt du patient, le médecin est autorisé à taire un certain nombre d'informations, notamment, celles relatives à la révélation de la vérité de l'état du malade.

sécurité sociale (L.143-40) qui autorise le praticien-conseil du contrôle médical à transmettre au médecin expert ou au médecin consultant désigné par la juridiction l'entier rapport médical ayant constitué le taux d'IPP, sans que puisse lui être opposé le secret médical. *Liaison sociales quotidien*, bref social N° 15250, lundi 1^{ère} décembre 2008, p.6.

¹⁷⁴ Diego GARCIA, *Bioética clínica*, ed. El Búho, Bogotá 1998. p.147

Le médecin peut ainsi, pour des raisons légitimes, laisser un malade dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic grave, sauf dans les cas où l'affection dont il est atteint expose les tiers à un risque de contamination¹⁷⁵.

Dans d'autre pays, comme la Colombie, cette pratique n'est pas autorisée par la loi. Toutefois, dans la pratique, il n'est pas rare que, dans les mêmes circonstances évoquées auparavant, les médecins, souvent en accord avec la famille du malade, passent outre leur obligation de donner une information complète au malade. Cette pratique est par ailleurs très controversée par les associations.

La bonne foi du médecin et de la famille est présumée. On considère que les informations non divulguées ne profitent pas au patient ou que celui-ci n'est pas préparé pour connaître et faire face à la vérité sur la gravité de son état. En agissant de la sorte, le médecin cherche à éviter des dommages, des préoccupations, des angoisses et des souffrances à son patient. Néanmoins, cette bonne foi présumée n'exclut pas l'illégalité de cet agissement.

En milieu médical, l'importance du devoir d'information est née essentiellement du fait que celui-ci est non seulement une charge légale pour le médecin mais en même temps, un des droits du patient les mieux protégés par le droit contemporain. Bien des contentieux de la responsabilité médicale trouvent leur assise dans le non-respect de ce droit-devoir « nouveau ».

La Résolution N° 13437-1991 du Ministère de la Santé colombien - concernant l'éthique hospitalière et les droits du patient- dans son article 1

¹⁷⁵ Code de la santé publique français, article R.4127-35 : « (...) Dans l'intérêt du malade et pour des raisons légitimes que le praticien apprécie en conscience, un malade peut être tenu dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic graves, sauf dans les cas où l'infection dont il est atteint expose les tiers à un risque de contamination (...) »

numéral 2 reconnaît au patient : « Le droit de bénéficier d'une *communication pleine et claire avec son médecin*. Celle-ci doit être adaptée à son état psychologique et culturel en lui permettant d'obtenir toute l'information concernant sa maladie ainsi que les procédures et thérapeutiques prévues et les risques possibles (...) ».

En outre, la Cour Constitutionnelle colombienne estime que « La communication entre le médecin et son patient est importante non seulement du point de vue du respect des droits de l'homme mais aussi du point de vue thérapeutique. Le patient a besoin, en plus de vouloir son rétablissement, d'y croire et de faire confiance à la médecine et à son médecin (...) »¹⁷⁶.

Dans la même décision, cette même Cour ajoute : « Puisque le plus souvent, le patient est ignorant en matière médicale, le médecin a le devoir de lui transmettre -de façon claire et simple- les informations relatives aux bénéfices et risques de la thérapeutique ainsi que les autres possibilités des thérapeutiques existantes et les effets liés à l'absence de traitement, afin que le patient puisse faire un choix rationnel et informé de l'intervention médicale. (...) Le patient a le droit d'être informé par l'équipe médicale de façon anticipée sur les risques liés à la thérapeutique ainsi que sur les séquelles. Ladite information ne doit pas minimiser les résultats mais elle ne doit pas non plus effrayer le patient au point de le décourager de se battre. Il doit exister un équilibre entre la discrétion et l'information (...) »

Le Conseil d'État colombien, pour sa part, estime que¹⁷⁷ « Par effet de la responsabilité dans le domaine de la chirurgie, la doctrine et la jurisprudence

¹⁷⁶ Cour Constitutionnelle, 12 septembre 1994, décision T-401, Magistrat chargé de l'affaire : Eduardo CIFUENTES MUÑOS. Bogotá

¹⁷⁷ Conseil d'État, Section III, Décision N° 13546 du 5 décembre 2002. Magistrat chargé de l'affaire : Jesús Maria CARRILLO

ont bâti le concept du consentement éclairé afin que le patient puisse délibérer et donner son consentement en toute liberté et en toute connaissance de cause. (...) Il est essentiel de souligner l'importance autant remarquable de la pleine information, qui sera, tant pour le médecin que pour le patient, d'une grande importance lors de l'attribution de la responsabilité. Depuis toujours, le consentement est juridiquement déterminant en tant qu'expression de la liberté et celle-ci s'exerce toutes les fois que celui-ci n'est pas entaché de ce qu'on appelle des « vices du consentement ». Pour pouvoir consentir librement, on doit obtenir préalablement l'information nécessaire, les deux, information et consentement, doivent alors répondre à certains critères. Le consentement implique l'acceptation et c'est le résultat de l'information. En cas de manquement du médecin, le consentement éclairé du patient est susceptible d'engager sa responsabilité ».

Ainsi, l'information illustrée ou « éclairée », telle que le droit français la nomme, doit être au minimum :

- Complète, c'est-à-dire, relative aux aspects critiques de la santé du patient, ses conditions personnelles, l'état de la technique, les ressources médicales et chirurgicales disponibles, les aptitudes, spécialités ou connaissances du médecin, les statistiques sur la mortalité ou les possibilités de réussite, tout en gardant une étroite relation avec la situation personnelle du patient et non aux aspects scientifiques utilisés par les professionnels ou les experts.
- Claire, accessible au malade, de telle façon qu'il n'y ait pas des ambiguïtés, donc compréhensible.
- Suffisante, elle doit porter sur ce qui est nécessaire pour comprendre et décider sur chaque étape de thérapie, des procédures ou des interventions proposées ainsi que leurs conséquences éventuelles.

- Efficace, c'est-à-dire, apte à produire une réponse certaine.
- Préalable, c'est-à-dire, antérieure à l'acte du médecin traitant ou de l'intervention. Cela est étroitement lié au moment où elle est donnée, puisque, selon qu'elle se place avant, pendant ou après l'acte médical concerné, son incidence sur l'analyse de la responsabilité ne sera pas la même.

« L'absence d'information éclairée se traduit par une faute par manquement aux devoirs médicaux de l'organisme public concerné, cependant elle n'est pas suffisante à elle seule pour le rendre responsable, au plus, elle provoque l'inversion du fardeau de la preuve (...) libérant ainsi le patient de l'obligation de prouver le fait qu'il avance. Ce fait empêche le patient de réfléchir en connaissance de cause afin de décider sur sa situation. Par conséquent, le manque d'information et de consentement constitue seulement un élément pour déterminer la responsabilité (...) car leur absence ne constitue pas un dommage en soi et elle -l'absence- ne témoigne pas non plus du lien de causalité ».

Dans la lecture de cette décision, au-delà de l'encadrement de l'obligation d'informer, qui a été une avancée considérable quant à la reconnaissance des droits des malades, il est important de souligner que jusqu'en 2010, pour le Conseil d'État colombien, le manquement au devoir d'information n'était pas une faute en soi mais seulement un élément qui doit peser lors de l'analyse de responsabilité et qui conduit à un transfert de la charge de la preuve du malade au praticien.

Pour le Conseil d'État colombien, le défaut d'information ne pouvait pas être considéré comme un dommage autonome et de ce fait, il ne participe pas à la configuration d'une causalité suffisante afin de déclencher une déclaration de responsabilité, à la différence de la France où celui-ci peut par

lui-même donner lieu à une indemnisation, notamment sur le fondement de la perte de chance.

Un revirement jurisprudentiel c'est produit en 2010. En effet ce Haut Tribunal considère que même en l'absence de dommages matériels – physiques-, le défaut d'information du patient peut, à lui tout seul engager la responsabilité des soignants au titre du dommage moral causé par le fait d'avoir privé le patient de la possibilité de disposer librement de sa vie.

Le Conseil d'État distingue « les cas où le défaut d'information coexiste avec une autre faute médicale et ceux où l'acte médical a été accompli en accord avec la *lex artis* mais où on peut néanmoins constater un défaut d'information. Dans le premier des cas, la responsabilité sera engagée sur le fondement d'une faute de service avec un complément indemnitaire du fait d'un préjudice moral. Dans le deuxième cas le seul fondement possible sera l'atteinte au droit d'autodétermination de la personne et par conséquent le dommage à sa dignité, ce pourquoi le préjudice indemnisable aura un de caractère moral »¹⁷⁸.

Dans une remarquable décision du 23 octobre 1995¹⁷⁹, la Cour constitutionnelle colombienne aborde un sujet sensible tel que la portée juridique de la volonté des parents s'agissant de la réattribution du sexe d'un enfant mineur.

¹⁷⁸ Conseil d'État, section III, sous-section B décision 26660 du 27 mars 2014, Dalio Torrente Bravo y otros c/ Instituto de Seguros Sociales y ministerio de Salud, Magistrat chargé de l'affaire : Danilo ROJAS BETANCOURTH

v. : CE, Section III, décision n° 17876 du 18 février 2010, Magistrat chargé de l'affaire : Ruth Stella CORREA PALACIOS ; Conseil d'État, section III, sous-section B décision 25870 du 13 février 2013, Mery Suarez Rueda y otros c/ Instituto de Seguros Sociales y ministerio de Salud, Magistrat chargé de l'affaire : Oolga Melida VALLE DE LA HOZ ; Conseil d'État, section III, sous-section B, décision 27493 du 12 décembre 2013, Magistrat chargé de l'affaire : Stella CONTO DIAZ DEL CASTILLO

¹⁷⁹ Cour constitutionnelle colombienne, décision T-477 du 23 octobre 1995, Magistrat chargé de l'affaire Alejandro MARTINEZ CABALLERO, [en ligne]. Disponible sur : <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/t-477-95.htm>

Des questions telles que l'âge de l'enfant, l'urgence, la pertinence et les conséquences de l'intervention sur sa vie future seront déterminantes au moment de décider qui doit être consulté et à qui revient le droit de consentir à l'intervention.

Dans les faits, un enfant âgé de six ans à l'époque des événements, perd la totalité de ses organes génitaux externes suite à la violente agression du chien de ses parents. Pour y remédier les parents du mineur autorisent les médecins à réaliser une méatotomie¹⁸⁰ et une réattribution sexuelle.

La Cour constitutionnelle a considéré qu' « en principe, les parents sont habilités à prendre certaines décisions concernant le traitement médical de leurs enfants, même parfois contre la volonté de ces derniers. Néanmoins, cela ne signifie que les parents puissent prendre, au nom de leur enfant, tout type de décision en matière médicale, car l'enfant n'est pas la propriété de ses parents, il a ses propres libertés et une autonomie dans son développement, qui est constitutionnellement protégée.

Dans ce cas particulier, s'agissant d'un mineur, la Cour estime qu'il y a trois éléments capitaux devant être pris en considération, à savoir : « a) D'un côté, l'urgence et l'importance même du traitement vis-à-vis des intérêts de l'enfant ; b) D'un autre côté, l'intensité de l'impact du traitement sur l'autonomie actuelle et future de l'enfant. Ainsi, la doctrine a établi une distinction (...) entre les interventions médicales ordinaires, qui n'ont pas d'impact sur le quotidien du patient, et les interventions extraordinaires, qui se caractérisent par le caractère invasif et accablant notoire sur l'autonomie de la personne (...) Cela inclut, de toute évidence, la pondération de possibles effets irréversibles de certaines interventions médicales, étant donné que les traitements qui présentent ledit caractère -extraordinaire- prédéterminent

¹⁸⁰ Méatotomie : « Incision du méat urinaire permettant de remodeler le méat urétral. Cette opération autorise l'augmentation de calibre de cet orifice », [en ligne]. Disponible sur : <http://www.vulgaris-medical.com/encyclopedia/meatotomie-6341.html>

ostensiblement la vie future du mineur ; c) Finalement, l'âge même de l'enfant, les conséquences sur un nouveau-né ou un adolescent ne sont pas les mêmes (...) ».

Cette Cour considère enfin qu'il est inenvisageable d'effectuer la redéfinition du sexe d'un individu, même mineur, sans prendre en compte expressément sa volonté, elle souligne tout particulièrement le fait que « *les enfants ne sont pas la propriété de leurs parents ni de la société. Leur vie et leur liberté dépendent exclusivement de leur auto-détermination* ». De plus, lorsqu'il s'agit des organes génitaux, cette liberté se trouve renforcée, car au fond de chaque individu il y a un nucléo inaccessible pour les autres, et le sexe fait partie de ce nucléo qui constitue l'essence de l'être.

Le sexe constitue un élément interchangeable de l'identité d'une personne. « Seule la personne elle-même, en pleine connaissance de cause et dûment informée, peut consentir à une réattribution du sexe ou de genre (...) Les parents ne peuvent pas autoriser une altération de l'identité sexuelle de leur enfant et les médecins ne devront pas prendre en compte l'autorisation des parents pour effectuer l'intervention »¹⁸¹.

Cette décision nous semble d'une extrême justesse. A notre avis, dans l'intérêt de l'enfant, nombreuses sont les occasions où l'avis des parents doit prévaloir sur celui de l'enfant, notamment lorsque ses jours sont en danger et que l'enfant n'accepte pas de consentir à certains actes médicaux, comme par exemple, une transfusion sanguine, en raison de croyances religieuses, tel que nous l'avons déjà vu. Néanmoins s'agissant de son identité sexuelle, la question est plus complexe, car on s'attaque à l'essence même de l'être, comme dire à un garçon -qui a déjà du mal à s'accepter en tant que tel- qu'il est désormais une fille. La réponse, au-delà des raisons de droit, semble évidente, ce pour quoi, nous partageons l'avis du Conseil d'État et en vue

¹⁸¹ *ibidem*

d'un consentement « *raisonnablement* » éclairé, les parents doivent être pleinement avertis sur l'importance de la décision non pour qu'ils puissent la prendre en toute connaissance de cause, car elle ne leur revient pas, mais pour qu'en complément d'une aide psychologique, ils soutiennent adéquatement leur enfant.

Dans la lecture des faits, nous découvrons que les parents de l'enfant étaient quasiment analphabètes, nous imaginons combien il a été difficile pour eux de comprendre la nature et l'importance de la décision et, qu'à tort, le médecin leur a demandé de décider sur le sort de leur enfant. La notion de la *clarté* de l'information donnée par le médecin prend ici tout son sens. L'obligation d'information à la charge du médecin, impose une information claire et compréhensible vis-à-vis des qualités particulières de son interlocuteur, cela implique l'utilisation d'un langage simple et adapté aux conditions singulières du malade et/ou de son entourage.

Dans le cas présent, suivant l'ancienne tendance paternaliste liée au métier de médecin, et se servant, sans doute, du niveau peu élevé d'instruction des parents, il ressort du dossier que même avant que les parents aient été consultés, le conseil des médecins avait déjà décidé de la procédure à suivre et que des spécialistes, conviés préalablement à travailler sur les cas, le considéraient comme une expérience scientifique. Le rôle du médecin est ici complètement dénaturé¹⁸².

Le consentement éclairé est souvent associé à la capacité des malades à décider des soins qui leur sont proposés. Une avancée inattendue s'est

¹⁸² S'agissant d'une procédure dite de « tutelle » -semblable au référé d'urgence du droit français-, qui cherche à protéger les droits fondamentaux lorsque ils sont transgressés par une organisme public ou privé exerçant des fonctions publiques et lorsqu'il n'existe pas une autre procédure adaptée pour les protéger ou de manière transitoire pour éviter un préjudice irréversible, cette Cour s'est manifestée seulement sur la violation d'un certain nombre de droits constitutionnels. Concernant l'indemnisation, elle a ordonné la transmission du dossier aux autorités judiciaires compétentes afin d'engager –si l'enfant le souhaitait- une action en responsabilité contre les médecins concernés ainsi que contre les parents.

présentée en Colombie lorsqu'en mai 1997, la Cour constitutionnelle colombienne a admis la pratique de l'euthanasie pour les malades en phase terminale qui la réclament expressément. Elle reconnaît le droit du malade de mettre fin à ses jours lorsqu'il est en phase terminale de sa maladie. Jusqu'à aujourd'hui ce droit de décision du malade est reconnu et développé par la jurisprudence mais il n'a pas encore fait l'objet d'une reconnaissance légale¹⁸³ qui en fixe les paramètres d'application¹⁸⁴.

Dans cette décision portant sur l'article 326 du Code pénal colombien, relatif à l'homicide par pitié, la Cour constitutionnelle déclare comme *justifié* le comportement du médecin qui amène à l'euthanasie, à condition qu'il soit accompagné par la manifestation libre de la volonté du patient et seulement lorsque sa maladie est en phase terminale.

La grande révolution de cette décision est de reconnaître au patient *en phase terminale* une autonomie suffisante pour pouvoir manifester sa volonté de vivre mais également de reconnaître la légitimation dans l'agissement du médecin *traitant* –entendu comme celui qui suit la maladie– lorsque celui-ci, motivé par la compassion, la pitié et la solidarité vis-à-vis du malade, procède à une acte d'*euthanasie*. Il faut savoir que le médecin est libre d'accéder ou non à la demande de son patient car il est toujours

¹⁸³ Après plusieurs débats au Sénat, le projet loi tendant à réglementer l'euthanasie active en Colombie a été classé en 2013.

¹⁸⁴ « L'État ne peut pas s'opposer à la décision de l'individu qui ne désire pas continuer de vivre et qui sollicite de l'aide pour mourir, lorsqu'il subit une maladie grave en face terminale qui lui provoque des douleurs insupportables, incompatibles avec son idée de dignité. Par conséquent, si un malade terminal qui se trouve dans les conditions objectives prévues par le Code Pénal, considère que sa vie doit s'arrêter, car il la juge incompatible avec sa dignité, il peut procéder dans ce sens, en exerçant sa liberté, sans que l'État ne soit habilité à s'opposer à sa volonté, pour empêcher, à travers d'une prohibition ou d'une sanction, qu'un tiers personne l'aide à faire usage de son option. Il ne s'agit pas de méconnaître l'importance du devoir de l'État de protéger la vie mais de reconnaître que cette obligation ne se traduit pas par la préservation de la vie seulement comme un fait biologique ». Cour Constitutionnelle colombienne, décision C-239/97 20 du mai 1997, Magistrat chargé de l'affaire : Carlos GAVIRIA DIAZ, Bogotá, [en ligne]. Disponible sur : <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-239-97.htm>

possible pour lui d'alléguer une « *clause de conscience*¹⁸⁵ » lorsque l'acte demandé va à l'encontre des croyances religieuses, morales ou éthiques dictées par sa conscience. Néanmoins, elle ne peut pas être invoquée dans le cadre d'une urgence vitale.

En France, selon les articles 37 et 38 du Code de Déontologie Médicale, le médecin n'a pas le droit de provoquer délibérément la mort, quelles que soient les circonstances et les demandes du malade et de son entourage¹⁸⁶.

Le Code civil français consacre le principe d'*inviolabilité du corps humain*¹⁸⁷ ne prévoyant d'exception qu'en cas de *nécessité médicale*. De la sorte, même le consentement du patient ne permet pas au médecin de mettre fin à la vie, de manière active ou passive, car, pour la loi française, la vie humaine ne relève pas d'un intérêt privé mais public.

Cependant, la loi LEONETTI du 22 avril 2005¹⁸⁸ a introduit ce qu'on appelle « la fin de vie » des malades.

Cette loi interdit « *l'acharnement thérapeutique*¹⁸⁹ », propose le recours aux soins palliatifs et prévoit pour le patient, le droit de refuser un traitement et, pour les médecins, de le « laisser mourir ».

¹⁸⁵ Cette notion, très large pour certains, est au centre de beaucoup de polémiques car on estime qu'elle devrait être limitée. La question de l'objection de conscience des médecins prend de grandes proportions lorsqu'il s'agit notamment de l'IVG. Dans cet acte, comme pour l'euthanasie, convergent alors le droit des patients de disposer de leur vie et de leur corps et le droit des médecins de refuser.

Le Conseil de l'Europe a essayé à plusieurs reprises de réglementer l'objection de conscience des médecins, qui n'est pas encadrée dans un grand nombre d'États européens. A titre d'exemple, en Italie, près de 70 % des gynécologues refuseraient de pratiquer des IVG. En 2010 un débat a eu lieu au Conseil de l'Europe mais cela n'a pas porté de fruits, la question reste en suspens.

D'autre part, le Conseil national de l'Ordre des médecins en France, s'y oppose et considère qu'une telle réglementation porterait en germe une attaque contre le principe de la liberté de conscience de tout médecin.

¹⁸⁶ Conseil d'État français, décision n° 212813 du 29 décembre 2000, Dalloz 2001, I.R. p.595,

¹⁸⁷ Code civil français, article 16-1 et 16-3, institué par la loi du 27 juillet 1999.

¹⁸⁸ Loi n°2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie.

La loi dispose que les médecins peuvent administrer des médicaments pour soulager la souffrance avec pour « effet secondaire d'abrèger la vie » d'un malade en « phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable ».

Mais le fait d'administrer une substance pour faire mourir reste totalement illégal. Si un médecin agit ainsi, il peut être poursuivi pour meurtre avec préméditation devant une cour d'assises.

Ainsi, dans le cadre de la loi Léonetti, les médecins peuvent « décider de limiter ou d'arrêter un traitement inutile, disproportionné ou n'ayant d'autre objet que la seule prolongation artificielle de la vie ». Mais cette décision doit être collégiale, en concertation avec le patient ou une personne de confiance qu'il a désignée¹⁹⁰, ou sa famille.

Lorsque l'initiative vient du patient, la question pourrait paraître simple, cependant la réalité est bien différente, même si le patient manifeste la volonté d'arrêter tout traitement, le conseil des médecins peut en décider différemment ou bien la décision peut être longue à venir. Cela s'explique notamment, par la peur du corps médical des poursuites pénales et civiles à leur rencontre¹⁹¹.

¹⁸⁹ Par acharnement thérapeutique, on entend tout traitement disproportionné par rapport à l'objectif visé, c'est-à-dire des traitements lourds et parfois difficiles à supporter, alors que le patient n'a plus aucune chance de s'en sortir.

¹⁹⁰ Toute personne a le droit de manifester sa volonté quant à l'acharnement thérapeutique non seulement lorsqu'elle est malade mais aussi au préalable. Cela peut être fait par un simple écrit qui peut être confié à un parent proche, une personne de confiance ou une association.

¹⁹¹ La CEDH, dans décision du 29 avril 2002, en affirmant que le refus opposé par les autorités Britanniques à la demande de la requérante –qui demandait à obtenir la garantie que son mari ne serait pas poursuivi s'il la tuait– n'est contraire à aucune dispositions de la convention, laisse, par le biais de la non-ingérence, la liberté de légiférer ou non sur la question de l'euthanasie. CEDH, 29 avril 2002, décision N° 2346/02, *Pretty c/ Royaume-Uni* ; VIALLA François, *Les grandes décisions du droit médical*, L.G.D.J, 2009, p. 76

Si l'on se situe dans le deuxième cas, c'est-à-dire lorsque le malade est représenté par une personne qu'il a lui-même désignée ou par un parent proche, la question est généralement plus délicate. Les médecins sont davantage prudents, pour la charge morale que ce type de décision représente, en l'absence de la volonté expresse du malade, mais aussi parce que le plus souvent les familles hésitent longuement à se prononcer et dans de nombreux cas elles s'opposent à l'arrêt du traitement.

L'arrêt de soins, lorsque la vie est prolongée artificiellement et que le patient ne peut pas exprimer sa volonté peut opposer les différents membres d'une même famille entre eux et parfois avec le corps médical. En France, c'est l'affaire Vincent Lambert qui illustre le mieux cette problématique.

Dans les faits, M. Lambert a été hospitalisé après un accident de la route en 2008 qui lui a occasionné, selon les médecins, des « lésions irréversibles » l'ayant rendu tétraplégique. Les médecins, à la suite d'une décision collégiale ont estimé qu'il y avait là une « *obstination déraisonnable* » de nature à justifier la cessation des soins. Ses parents, ainsi qu'un frère et une sœur, réclament qu'il soit maintenu en vie. L'épouse et six autres frères et sœurs du malade ainsi que le corps médical se prononcent pour l'arrêt des soins, considérant que son état est irréversible et que cela correspond à sa volonté.

Le Tribunal administratif de Châlons-en-Champagne a été saisi par plusieurs membres de la famille Lambert dans le cadre d'un référé-liberté. Par un jugement rendu en formation plénière le 16 janvier 2014, le Tribunal a suspendu la décision prise par le médecin traitant en estimant que les soins prodigués étaient utiles et ne constituaient pas une « *obstination déraisonnable* » en l'absence de toute volonté certaine de M. Vincent Lambert qui viserait à s'y opposer.

L'épouse de M. Lambert, d'autres membres de sa famille ainsi que le Centre hospitalier régional de Reims, ont fait appel de ce jugement devant le juge des référés du Conseil d'État. L'assemblée du contentieux du Conseil d'État a jugé légale la décision prise le 11 janvier 2014 par le médecin en charge de M. Lambert de mettre fin à son alimentation et à son hydratation artificielles.

La Cour européenne des droits de l'Homme a été saisie le 23 juin 2014 par certains membres de la famille Lambert. Une mesure provisoire a été adoptée afin notamment de faire suspendre l'exécution de la décision du Conseil d'État. La CEDH a demandé le jour même aux autorités françaises de maintenir M. Lambert en vie, le temps qu'elle statue à son tour sur le fond de l'affaire.

Dans son arrêt de grande chambre rendu le 5 juin 2015¹⁹², la CEDH conclut, à la majorité, à la non-violation de l'article 2 (droit à la vie) de la Convention EDH en cas de mise en œuvre de la décision du Conseil d'État du 24 juin 2014¹⁹³.

Ce sujet suscite un débat sur des questions philosophiques, religieuses et politiques non seulement concernant la fin de vie des malades en phase terminale mais aussi sur la qualité de la vie et l'aide active à mourir (dignement). Nous sommes face à un carrefour de principes tels que le respect de la dignité humaine, l'inviolabilité et l'indisponibilité du corps humain, le consentement du patient, etc., qui opposent ne seulement les juristes mais la société en général.

Ce type de cas n'est cependant guère courant. Dans la pratique, la famille est peu sollicitée. D'ailleurs, le corps médical préfère s'abstenir de

¹⁹² CEDH, 5 juin 2015, n° 46043/14, Lambert et a. c/ France

¹⁹³ Affaire Lambert : la CEDH valide l'arrêt des traitements, JCP A n° 24, 15 Juin 2015, act. 524

consulter la famille sur ce type de question afin d'éviter les cas de conscience, car de toute évidence, décider du sort d'un proche peut provoquer des traumatismes importants. En revanche, les familles sont informées des différentes décisions mais le plus souvent elles font confiance au corps médical et le poids de la décision pèse souvent sur ce dernier.

En droit français, le devoir d'information du malade a toujours été reconnu. A défaut du code, la jurisprudence de la Cour de Cassation l'avait formulé, admettant qu'il découlait, implicitement mais nécessairement, de l'obligation- établie par l'article 36¹⁹⁴ du code de déontologie médicale- d'obtenir du malade, préalablement à toute intervention ou traitement, son consentement. Celui-ci ne pouvait être donné que si le patient avait reçu sur son état et sur les soins envisagés une information « simple, approximative, intelligible et loyale » lui permettant de prendre une décision en connaissance de cause¹⁹⁵.

Ce n'est que dans le code de la santé publique de 1995 que ce devoir a été expressément énoncé. Cette augmentation dans la réglementation répond à une tendance générale visant à corriger l'insuffisance habituelle de l'information, du moins telle qu'elle est ressentie et signalée par les patients. Ce défaut d'information est l'une des principales causes des procédures engagées contre un médecin.

Cette revendication sociale à une meilleure information a été prise en compte. La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et

¹⁹⁴ Code de déontologie médicale, article 36 (article R.4127-36 du code de la santé publique) : « Le consentement de la personne examinée ou soignée doit être recherché dans tous les cas. Lorsque le malade, en état d'exprimer sa volonté, refuse les investigations ou les traitements proposés, le médecin doit respecter ce refus après avoir informé le malade de ses conséquences. Si le malade est hors d'état d'exprimer sa volonté, le médecin ne peut intervenir sans que ses proches aient été prévenus et informés, sauf urgence ou impossibilité. Les obligations du médecin à l'égard du patient lorsque celui-ci est un mineur ou un majeur protégé sont définies par l'article 42 ».

¹⁹⁵ Cour de cassation, 1^{ère} Chambre civile, 21 février, 1961 pourvoi n° 59-10.825, Bull. 1961, I, n° 115

à la qualité du système de santé consacre dans le chapitre 1er -Information des usagers du système de santé et expression de leur volonté- le droit du patient à l'information et détaille les diverses situations dans lesquelles il s'exerce.

Le manquement au droit d'information du malade, souvent considéré par la jurisprudence française comme une perte de chance, a été reconnu, dans une décision du 3 juin 2010, par la Cour de Cassation française comme un préjudice « d'impréparation ¹⁹⁶ » sur un fond de responsabilité délictuelle.

En matière de défaut d'information sur les risques d'une intervention chirurgicale, la Cour de cassation opère ainsi un revirement de sa jurisprudence. En effet jusqu'en 2007¹⁹⁷, elle affirmait que « le seul préjudice indemnisable à la suite du non-respect de l'obligation d'information du médecin, laquelle a pour objet d'obtenir le consentement éclairé du patient, est la perte de chance d'échapper au risque qui s'est finalement réalisé ». Cette jurisprudence écartait ainsi toute possibilité d'être indemnisé sur le fondement du pur préjudice de défaut d'information : elle exigeait la « perte de chance d'échapper à un risque ».

Mais, par cette décision du 3 juin 2010¹⁹⁸, confirmée postérieurement¹⁹⁹, la Cour de cassation consacre la solution selon laquelle l'absence

¹⁹⁶ Il s'agit d'une souffrance morale découlant du choc subi par l'annonce de la réalisation du risque. Cette détresse morale aurait pu être atténuée si le risque avait été annoncé et peut-être même accepté par le malade. Le patient se trouve en effet confronté à un dommage corporel à l'éventualité duquel il n'a pas pu se préparer psychologiquement en raison du défaut d'information

PENNEAU Michel, *Le défaut d'information en médecine*, Dalloz 1999, p.46

¹⁹⁷ Cour de Cassation, 1ère chambre civile, pourvoi n°06-19.30 du 6 décembre 2007, JurisData n° 2007-041766 ; Bull. civ. 2007, I, n° 380SARGOS.

¹⁹⁸ Cour de Cassation, 1ère chambre civile, 3 juin 2010, n° 09-13.591 ; JCP G 2010, p. 788, note S. Porchy-Simon ; Dalloz 2010, p. 1484, obs. I. Gallmeister ; ibidem. p. 1522, note P. Sargos ; Petites Affiches 18 août 2010, p. 9, note R. Mislowski.

¹⁹⁹ Cour de Cassation, 1ère chambre civile, 26 janv. 2012, n° 10-26.705, inédit, JurisData n° 2012-0001326 ; F. Vialla, *Défaut d'information classicisme ou originalité?*, Revue Droit et Santé 2012 n° 47, p. 364-366 ; O.

d'information du patient cause, en elle-même, un préjudice indemnisable, sur le fondement de la responsabilité délictuelle. Nous pouvons penser que cela représente la résonance -implicite - d'un nouveau dommage moral : le préjudice « d'impréparation ».

Dans les faits, la victime n'avait pas été informée que l'adénomectomie nécessaire à son traitement risquait de la rendre impuissante. En l'espèce « il n'existait pas d'alternative » à cette opération au vu du risque d'infection du patient : les juges d'appel en avaient déduit que la victime y aurait de toute façon consenti en connaissance des risques et qu'il n'y avait ainsi aucune perte de chance, et donc, aucun préjudice.

C'est en décidant sur le fondement de l'article 1382 du code civil que « le non-respect du devoir d'information (...) cause à celui auquel l'information était légalement due, un préjudice [que] le juge ne peut laisser sans réparation » que la première chambre civile trouve le fondement de cet arrêt.

Pour sa part, le Conseil d'État français par une décision du 10 octobre 2012 a donné le point de départ à la reconnaissance d'un préjudice moral en cas de défaut d'information préalable à une intervention médicale et s'est rapproché ainsi de la jurisprudence de la Cour de cassation²⁰⁰.

Le Haut tribunal administratif, tout comme la Cour de Cassation, a admis le défaut d'information comme un préjudice autonome, tout en maintenant l'indemnisation sur le fondement de la perte de chance²⁰¹.

Grare, *Préjudice autonome en cas de méconnaissance par le médecin de son devoir d'information : début d'une saga juridique*, Revue Droit et Santé 2012 n° 47, p.343-357

²⁰⁰ Conseil d'État français, 5ème et 4ème sous-sections réunies, 10 octobre 2012, décision n° 350426M. Michel C. c/ CHU de Rouen ; AJDA 2012, note C. Lantero, p. 2231

²⁰¹ Xavier BARELLA, *Le droit à l'information en matière médicale. Vers la reconnaissance d'un droit subjectif du patient*, AJDA, 31 octobre 2012, p. 1991

En l'espèce, un patient a subi une ablation d'une tumeur rectale suivie de plusieurs complications. Huit jours après l'opération sont apparus un abcès périnéal et une fistule qui ont entraîné des soins durant neuf mois et une nouvelle intervention chirurgicale. Le patient et son épouse ont invoqué à la fois un manquement de l'hôpital à son obligation d'information sur les risques de complications graves, en particulier une atteinte probable à ses fonctions sexuelles, et une faute médicale portant sur le choix thérapeutique qui s'est avéré inadapté.

Le Conseil d'État a considéré « *qu'indépendamment de la perte d'une chance de refuser l'intervention, le manquement des médecins à leur obligation d'informer le patient des risques courus ouvre pour l'intéressé, lorsque ces risques se réalisent, le droit d'obtenir réparation des troubles qu'il a pu subir du fait qu'il n'a pas pu se préparer à cette éventualité, notamment en prenant certaines dispositions personnelles* ».

En écartant toute indemnisation au titre de la perte de chance lorsque l'intervention chirurgicale est nécessaire, le Conseil d'État confirme sa position quant au défaut d'information lorsque le patient n'est privé d'aucune chance de se soustraire au dommage.

Il admet désormais qu'il existe un préjudice réparable, en cas de manquement au devoir d'informer le patient des risques encourus par un acte médical, autre que la perte de chance de refuser l'intervention. Il ne se substitue pas à la perte de chance, qui conserve un caractère réparable, mais qui s'ajoute à ce chef de préjudice, dont la réparation est très souvent écartée lorsque, comme en l'espèce, l'intervention était impérieuse pour le malade.

Par une décision de 2009²⁰², le Conseil d'État français a décidé d'étendre l'obligation d'information aux risques nouveaux identifiés après la sortie du patient.

Saisi en Cassation, ce Haut Tribunal administratif estime que l'hôpital doit, spontanément, informer les patients dans l'éventualité d'un nouveau diagnostic et de la thérapeutique à suivre, après la sortie de l'hôpital. Une abstention dans ce sens est constitutive d'une faute de nature à engager la responsabilité du service hospitalier.

La responsabilité du médecin est en effet engagée s'il n'a pas donné à son patient les informations nécessaires. Il peut alors être condamné à indemniser ce dernier non pas de l'ensemble du dommage corporel dont il est atteint, mais de la perte de la chance dont il a été victime du fait du manque d'information.

Il est prévu dans la législation colombienne et française qu'en cas de litige, il appartient au professionnel ou à l'établissement de santé d'apporter la preuve que l'information a été délivrée à l'intéressé dans les conditions prévues par la loi. Cette preuve peut être apportée par tous moyens.

L'arrêt GUYOMAR de la Cour de Cassation française²⁰³ établit que la preuve que le médecin, prescripteur ou traitant, doit apporter ne porte que sur l'existence de l'information donnée au patient et non pas sur la pertinence de son contenu. D'autre part, cette preuve ne réside pas nécessairement dans un écrit. Elle peut être faite par tous moyens et notamment, à défaut d'écrit, elle peut résulter d'une accumulation de

²⁰² Conseil d'État français, 5ème et 4ème sous-sections réunies, décision n° 292783 du 2 septembre 2009, JurisData n° 2009-008071

V. : Marie-Laure MOQUET-ANGET, *Droit de la santé – Responsabilité médicale et hospitalière. - Décisions de juillet à décembre 2009*, JCP n° 23, 7 Juin 2010, 2186, p. 21 et 22

²⁰³ Cour de Cassation, 1^{ère} Chambre civile, décision n° 95-19.609 du 14 octobre 1997, rapporteur SARGOS, Bulletin civil septembre 1997, i278 ; Bulletin civil 1997, IN° 278 ; JurisData n° 1997-003978

présomptions. L'établissement d'un écrit demeure toutefois une précaution recommandable.

L'information des malades ne va pas de soi. Elle est exposée à de nombreuses difficultés. Tel qu'il a été dit, ce devoir à la charge du médecin exige une appréciation particulière de chaque patient, sachant que le plus souvent –et c'est normal– ce dernier ne possède pas les connaissances scientifiques ni le langage technique médical.

Cette problématique est connue sous le nom *d'ignorance technique* et elle sera utilisée par le Conseil d'État colombien pour justifier l'inversion de la charge probatoire en cas de faute, attendu que le médecin est le mieux placé pour expliquer les aspects scientifiques et techniques de son acte²⁰⁴.

Également, les conditions morales du patient, les convictions personnelles et les croyances religieuses de chaque individu sont des facteurs qui vont influencer ce devoir d'information car elles déterminent sa capacité de décision.

Quant à l'obtention du consentement du patient, la Cour Constitutionnelle colombienne établira un précédent important lors de sa décision du 25 septembre 1996. Ladite décision soulève la polémique sur le conflit existant entre deux droits constitutionnels fondamentaux, le droit à la vie et la liberté de culte.

Finalement, le droit à la vie, considéré comme prévalant, sera sauvegardé car il est indispensable pour l'exercice de tout autre droit. Dans

²⁰⁴ Conseil d'État, Section III, décision n° 6897 du 30 juillet 1992. Magistrat chargé de l'affaire : Daniel SUAREZ HERNANDEZ. Bogotá

le cas analysé, un mineur adulte²⁰⁵ membre du groupe religieux des Témoins de Jéhovah (proche d'avoir ses dix-huit ans) avait refusé la réalisation d'une transfusion sanguine, fondamentale dans son traitement contre le cancer, car sa religion lui défendait de le faire. Le père du mineur-adulte avait demandé que la transfusion soit effectuée même en l'absence d'accord du patient.

La Cour a jugé que : « (...) Bien que le mineur-adulte bénéficie d'une capacité relative, celle-ci n'est pas suffisante pour adopter une alternative qui met sa vie en péril puisque on ne peut pas présumer que cette capacité soit le résultat de sa réflexion propre et autonome (...) c'est pour cette raison que les décisions qui concernent sa santé ou qui compromettent sa vie doivent être partagées avec les parents ou représentants qui ont le droit et le devoir d'y participer (...) ²⁰⁶».

En conséquence, la Cour décide : « (...)de faire prévaloir la décision du père même contre la volonté du fils mineur en permettant à la médecine d'appliquer toutes les procédures nécessaires pour lui sauver la vie. Cela ne désigne pas une usurpation ou une interférence dans son autonomie, mais une viabilisation des possibilités scientifiques qui vont contribuer à sauver sa vie car il s'agit d'un droit et d'un devoir des parents ainsi que d'une obligation de l'État ».

Cette même Cour statue sur une affaire opposant les intérêts d'un mineur à ceux des parents. Cependant, à cette occasion elle en décidera autrement. Ainsi, au cas où les parents, pour des croyances religieuses, s'opposent à une transfusion sanguine, c'est le droit à la santé et à la vie du

²⁰⁵ Jusqu'en 2002, l'article 1504 du Code civil colombien accordé aux hommes majeurs de 14 ans et aux femmes majeures de 12 une capacité relative.

V. : Cour Constitutionnelle, décision C-983 de 2002.

²⁰⁶ Cour Constitutionnelle, décision T-474 du 25 septembre 1996. Magistrat chargé de l'affaire : Fabio DIAZ MORON. Bogotá

mineur qui prime, car « la foi religieuse est une vocation, ce n'est pas quelque chose que les parents imposent aux enfants (...) »²⁰⁷.

Pour le juge constitutionnel, c'est la hiérarchie des droits constitutionnels qui décide du droit qui doit être protégé. De la sorte, les soignants peuvent passer outre à la volonté du patient ou de ses représentants toutes les fois que la vie est en jeu ou que les droits du mineur sont en jeu car ils prévalent sur le droit d'information²⁰⁸.

Dans le panorama juridique français, la loi Kouchner du 4 mars 2002 - relative aux droits des patients- consacre la liberté du malade d'exprimer son choix sur le traitement médical ainsi que l'obligation du médecin de la respecter. De ce fait, l'impossibilité, dictée par le culte, d'avoir recours à la transfusion sanguine ne peut plus être avancée comme constitutive d'un trouble à l'ordre public.

La loi du 4 mars 2002 sur les droits des malades a modifié en profondeur de nombreux aspects du droit médical. L'information et le consentement du patient ont été particulièrement évoqués par le législateur. S'agissant du consentement, les termes de la loi ont laissé craindre l'affirmation d'un droit absolu au refus de soins.

Dans une affaire de transfusion sanguine sur un patient appartenant aux témoins de Jéhovah, le Conseil d'État²⁰⁹ a rendu une ordonnance, confirmant la décision du tribunal administratif de Lyon qui avait été saisi en

²⁰⁷ Décision T-411/94 du 19 septembre 1994, dossier T-38362, Magistrat charge de l'affaire : Vladimiro NARANJO MESA ; Cour Constitutionnelle, décision SU-377/99 du 23 Octobre 1995. Magistrat chargé de l'affaire : Alejandro MARTINEZ CABALLERO, Bogotá

²⁰⁸ V.: ROSERO DÍAZ DEL CASTILLO Catalina, *Urgente se requiere transfusión sanguínea*, Responsabilidad jurídica, Rev. Médico-Legal n° 27, Bogotá, p. 30-33

²⁰⁹ Conseil d'État français, Conseil d'État, Formation des référés, 16 août 2002, Mme Valérie F. et Mme Isabelle F, Ordonnance du Juge des Référé N°249552, JurisData n° 2002-064221

référé, afin d'ordonner au centre hospitalier de ne procéder en aucun cas à l'administration forcée d'une transfusion sanguine sur le patient. Il estime que « le droit pour le patient majeur de donner, lorsqu'il se trouve en état de l'exprimer, son consentement à un traitement médical revêt le caractère d'une liberté fondamentale ».

Le Haut Tribunal administratif considère toutefois que « les médecins ne portent pas atteinte à cette liberté fondamentale, telle qu'elle est protégée par les dispositions de l'article 16-3 du code civil et par celles de l'article L. 1111-4 du code de la santé publique, une atteinte grave et manifestement illégale lorsque après avoir tout mis en œuvre pour convaincre un patient d'accepter les soins indispensables, ils accomplissent, dans le but de tenter de le sauver, un acte indispensable à sa survie et proportionné à son état ».

De ce fait et conformément à cette décision, à la loi Kouchner et à l'article L1111-4 du code de la santé publique²¹⁰, le fait d'exprimer un choix médical est une liberté fondamentale. Autrement dit, toute personne qui porte à la connaissance du médecin sa volonté médicale exprime en l'occurrence une liberté. Et ne pas respecter cette volonté constituerait une atteinte à cette liberté.

Le Tribunal administratif de Lille²¹¹, saisi d'une procédure identique, a ordonné à son tour au centre hospitalier de ne pratiquer aucune nouvelle transfusion sanguine sur une patiente transfusée contre sa volonté « dans la

²¹⁰ Code de la santé publique article L1111-4 : «Toute personne prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé.

Le médecin doit respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix. Si la volonté de la personne de refuser ou d'interrompre un traitement met sa vie en danger, le médecin doit tout mettre en œuvre pour la convaincre d'accepter les soins indispensables.

Aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment.

Lorsque la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté, aucune intervention ou investigation ne peut être réalisée, sauf urgence ou impossibilité, sans que la personne de confiance prévue à l'article L. 1111-6, ou la famille, ou à défaut, un de ses proches ait été consulté».

²¹¹ Tribunal Administratif de Lille, 25 août 2002, Gazette du Palais 15/17 septembre, p 11

mesure où il n'est pas allégué par le défendeur que le refus de respecter la volonté de la patiente serait rendu nécessaire du fait d'un danger immédiat pour sa vie ».

Pour sa part, le juge judiciaire statuant dans une affaire où le refus d'une transfusion sanguine, confirmé par la famille, a provoqué la mort de la patiente, a considéré, de manière très juste à notre avis, que « il ne saurait être reproché au médecin, qui doit respecter la volonté du malade, d'avoir éventuellement tardé à pratiquer une intervention vitale, alors qu'il ne pouvait la réaliser sans procéder, contre la volonté du patient, à une transfusion sanguine »²¹². Est-ce donc la liberté fondamentale d'exprimer son consentement à un traitement médical qui doit primer ? Le danger imminent pour la vie comme limite de cette liberté, est-ce raisonnable ?

Dans le cadre des transfusions sanguines, le professeur Gérard Gonzalez considère que les Tribunaux français ont bien posé la vraie problématique mais qu'ils y ont apporté une mauvaise réponse. Car il

²¹² Cour d'Appel d'Aix-en-Provence, 10^e chambre B, M. Jacques BI c/ Clinique générale de Marignane, 21 JCP G, 2007N° 28, II, 10126, p. 25

Dans les faits, une patiente, témoin de Jéhovah, a dû subir une césarienne. Le gynécologue obstétricien et l'anesthésiste étaient tous deux informés des convictions religieuses de la patiente et de son refus de recevoir une transfusion sanguine. En raison des difficultés de décollement placentaire, l'accouchement s'est révélé hémorragique. Les médecins ont de nouveau sollicité l'accord de la patiente afin de réaliser une transfusion mais celle-ci a maintenu son refus qui a été confirmé par la famille. Malgré le refus, le médecin a sollicité et obtenu quelques heures plus tard, du Procureur de la République l'autorisation de transfuser la patiente. Ayant été victime de plusieurs accidents vasculaires, le médecin a décidé de pratiquer une hystérectomie d'hémostase. Cependant, la patiente est décédée le jour même.

L'époux et la famille de la patiente ont saisi le juge civil pour demander la responsabilité de la Clinique et du médecin et obtenir la réparation du préjudice moral subi.

Il est reproché au médecin de ne pas avoir pratiqué d'hystérectomie plus tôt. Le Tribunal de Grande Instance d'Aix-en-Provence a déclaré irrecevable l'action à l'encontre de la Clinique, considéré mal fondés les reproches émis envers le médecin et reçu la demande reconventionnelle en indemnisation de ce dernier.

La Cour d'Appel d'Aix-en-Provence confirme la décision de première instance en jugeant qu'aucune faute ne pouvait être retenue à l'encontre du médecin.

Elle considère que le médecin n'est responsable des conséquences des actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute et qu'il incombe à la victime ou à ses ayants-droit de rapporter la preuve de cette faute.

Or la perte de temps due au refus de la patiente et de sa famille malgré l'insistance du médecin a joué un rôle essentiel dans le décès de la patiente.

La Cour a constaté que le médecin avait strictement observé les règles de l'art en la matière et les principes d'humanisme médical. En conséquence, aucune responsabilité ne saurait être engagée.

considère qu'aujourd'hui la science a clairement établi que les transfusions sanguines ne constituent plus la seule thérapeutique salvatrice mais, qu'au contraire, le haut niveau des risques engendrés par cette pratique a été prouvé. De plus, la logistique mise en place par l'organisation des témoins de Jéhovah permet le plus souvent de résoudre la situation de refus de transfusion sanguine par un transfert du malade dans des centres hospitaliers acceptant de soigner les membres de ce groupement selon leurs convictions²¹³.

L'État français est accusé empiéter sur la vie privée des individus par une partie de la doctrine²¹⁴. Néanmoins en cherchant à protéger les libertés et les droits individuels, le juge français pourrait ne pas aller assez loin dans la protection d'autres droits fondamentaux tel que le droit à la vie ou les droits des enfants, risquant ainsi de mettre en péril l'intégrité physique des personnes « consentantes » et non consentante comme les mineurs.

On mentionne pour mémoire, la Convention du Conseil de l'Europe le 4 avril 1997 – Convention d'Oviedo, ratifiée par la France en 2011, complétée par le protocole additionnel du 12 janvier 1998- pour la protection des droits de l'homme et de la dignité humaine à l'égard des applications de la biologie et de la médecine. Aux termes de l'article 5 de celui-ci : « Une intervention dans le domaine de la santé ne peut être effectuée qu'après que la personne concernée y a donné son consentement libre et éclairé. - Cette personne reçoit préalablement une information adéquate quant au but et à la nature de l'intervention ainsi que quant à ses conséquences et à ses risques. La personne concernée peut, à tout moment, librement retirer son consentement ».

²¹³ GONZALEZ Gérard, *La convention Européenne de droit de l'homme et la liberté de religion*, Paris, 1997, Ed. ECONOMICA, p.71.

²¹⁴ *Op. cit*

Sous le titre « Situation d'urgence », l'article 8 dispose : « Lorsqu'en raison d'une situation d'urgence le consentement approprié ne peut être obtenu, il pourra être procédé immédiatement à toute intervention médicalement indispensable pour le bénéfice de la santé de la personne concernée »²¹⁵.

Il est pertinent de reprendre ici les mots du Conseil d'État colombien lorsqu'il souligne que protéger la vie humaine est une obligation de l'État et en aucun cas, un choix.

Comme nous l'avant indiqué auparavant, dans certains cas exceptionnels, le médecin pourra se soustraire à son obligation d'informer protégeant ainsi son patient. Ce fait est connu sous le nom de « *privilège thérapeutique* » ou « *silence charitable* ».

Le privilège thérapeutique est défini par le professeur Alexandre JAUNAIT comme « un devoir médical qui consiste en une possibilité de dissimuler des informations à un patient pour son propre bien, en estimant que la vulnérabilité du malade le rend trop fragile face à des informations traumatisantes sur sa santé (...) »²¹⁶.

Pour le Conseil d'État colombien, il s'agit de « décharger le médecin de l'obligation d'informer le patient au cas où "les conséquences psychologiques de la connaissance des risques et des effets du traitement ou de l'intervention auraient une incidence sur les chances de guérison (...) ; ou lorsque le destinataire de l'information est un professionnel spécialiste de la

²¹⁵ Les soins dispensés malgré son refus au patient hospitalisé. Le cas des transfusions sanguines effectuées dans les hôpitaux publics, [en ligne], [réf. du 15 octobre 2009]. Disponible sur : http://www.courdecassation.fr/activite_internationale_5/britanno_irlonais_632/publications_635/malgre_son_8647.html?idprec=6766

²¹⁶ JAUNAIT Alexandre, Comment peut-on être paternaliste ? Confiance et consentement dans la relation médecin-patient, *Revue Raisons Politiques*, 2003, n° 11, p.62

pathologie concernée ; ou lorsque le patient a été soumis au même traitement à plusieurs reprises, ayant déjà été informé et ayant donné son consentement auparavant ; lorsque le patient, par sa propre initiative et de manière anticipée et réfléchie, renonce expressément à son droit d'être informé ; et lorsque l'intervention est inexorable »²¹⁷ .

La jurisprudence de la Cour Constitutionnelle colombienne²¹⁸ établit une série de limitations au devoir d'information et considère le « privilège thérapeutique » comme une exception à la règle générale, empreignant la finalité curative de la médecine d'un air d'autonomie.

Ledit devoir sera ainsi limité par la condition culturelle du patient. De ce fait, le praticien devra choisir les mots adéquats pour transmettre à son patient de façon efficace le plus d'informations possibles.

Il est évident que cette possibilité exclut toute forme de discrimination, le médecin procédera à une évaluation du niveau culturel et académique de l'individu, en évitant tout jugement subjectif injustifié.

Le droit français prévoit aussi cette exception au devoir d'information du patient²¹⁹. Même si le médecin souhaite informer complètement son

²¹⁷ Conseil d'État colombien, Section III, décision n° 15737 du 18 décembre 2008, Magistrat chargé de l'affaire : Ruth Stella CORREA PALACIO, Bogotá D.C

²¹⁸ Cour Constitutionnelle, décision T-401 du 12 septembre 1994, Magistrat chargé de l'affaire : Eduardo CIFUENTES MUÑOS. Bogotá ; Cour Constitutionnelle, décision SU-337 du 12 mai 1999, Magistrat chargé de l'affaire : Alejandro MARTINEZ CABALLERO. Bogotá.

²¹⁹ Code de la santé publique, article R.4127-35 : « Le médecin doit à la personne qu'il examine, qu'il soigne ou qu'il conseille une information loyale, claire et appropriée sur son état, les investigations et les soins qu'il lui propose. Tout au long de la maladie, il tient compte de la personnalité du patient dans ses explications et veille à leur compréhension.

Toutefois, sous réserve des dispositions de l'article L. 1111-7, dans l'intérêt du malade et pour des raisons légitimes que le praticien apprécie en conscience, un malade peut être tenu dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic graves, sauf dans les cas où l'affection dont il est atteint expose les tiers à un risque de contamination.

Un pronostic fatal ne doit être révélé qu'avec circonspection, mais les proches doivent en être prévenus, sauf exception ou si le malade a préalablement interdit cette révélation ou désigné les tiers auxquels elle doit être faite ».

patient, dans certains cas, il peut juger que la révélation d'un diagnostic aurait un effet dévastateur ou que celle d'un pronostic très grave serait malfaisante. Il va de soi que, lorsque c'est possible, le médecin ne doit pas semer le désespoir chez son patient. Cela ne s'applique pas qu'aux médecins, les familles des malades doivent y participer également.

L'évolution des mentalités et une meilleure approche psychologique contribuent à une utilisation adéquate du « privilège thérapeutique ». Le médecin peut ne pas révéler la vérité -de préférence temporairement- pour des raisons concernant le malade et non, par exemple, à cause de la demande d'un proche. Dans cette appréciation, entrent en jeu le degré de certitude du médecin, la personnalité du malade, le risque de détresse ou de désespoir.

Ce principe est cependant soumis à une importante restriction si le patient expose les tiers à un risque de contamination. En conséquence, quel que soit, en effet, le traumatisme qui peut résulter d'une telle révélation, on ne peut cacher la réalité au patient, en le laissant exposer ses proches ou ses relations à une contamination. Dès lors, il est indispensable, et dans les meilleurs délais, de l'informer de son caractère contaminant et de ses conséquences, notamment quant aux précautions à prendre vis-à-vis de son entourage.

Lorsque le pronostic est fatal et que la vie est menacée à brève échéance, le patient peut aussi avoir besoin de le savoir, parce qu'il est le premier concerné ou qu'il a des dispositions à prendre en vue de sa probable disparition.

La façon de le dire compte beaucoup. Le cœur comme la raison et l'expérience dictent comment il faut s'y prendre, pour rendre service sans désespérer, pour rester proche de la vérité sans abandonner²²⁰.

Lorsque le médecin juge qu'il doit taire à son malade une vérité inquiétante, le plus souvent c'est vers un membre de la famille qu'il se tourne, sauf si le malade a préalablement interdit cette révélation ou désigné les tiers auxquels elle doit être faite.

1.2.2. Les obligations du patient.

Le patient est la colonne vertébrale de l'acte médical. De par sa position « vulnérable », on s'occupe le plus souvent d'étudier ses droits, néanmoins, il a aussi un certain nombre d'obligations, dont les plus importantes sont : suivre rigoureusement le traitement et les instructions données par le personnel médical et donner des informations claires, vraies et complètes sur son état de santé.

1.2.2.1. Le suivi rigoureux des traitements et des instructions données par le personnel médical

Il s'agit certainement de l'obligation la plus importante à la charge du patient, sans laquelle l'acte médical perd une grande partie de sa raison d'être. Le patient doit adopter un comportement responsable. Il devra suivre le plus strictement possible les consignes données par son médecin car sa guérison en dépend.

Ce suivi comporte la prise, en temps et en heure, des médicaments prescrits par le médecin dans le respect des doses et des horaires, le respect

²²⁰ Commentaires à l'article R.4127-35 du Code de la santé publique, Ordre National des Médecins, Commentaires révisés en 2003, [en ligne], [réf. du 29 mars 2011]. Disponible sur : <http://www.conseil-national.medecin.fr/article/article-35-information-du-malade-259>

des régimes alimentaires conseillés, l'assistance régulière et ponctuelle à toutes les séances et rendez-vous permettant une récupération plus efficace, entre autres.

L'acte médical est un acte quasi fusionnel où il est nécessaire que les deux individus participants soient complémentaires. Il est inutile de faire appel aux services médicaux si le malade ne souhaite pas son propre rétablissement, et s'il souhaite son rétablissement, il ne serait donc pas logique qu'il ne suive pas les consignes du praticien.

Donc, en cas de litige lié à la prestation de ce type de service, le comportement assumé par le malade va être sans aucun doute déterminant pour établir le degré de responsabilité du praticien.

1.2.2.2. L'obligation de donner des informations claires, vraies et complètes sur son état de santé

Corrélativement à l'obligation d'information des soignants, le patient doit, lui aussi, informer son médecin de façon claire et complète sur son état de santé. Cela suppose une synthèse de tous ses antécédents médicaux, des informations personnelles telles que l'âge réel, les traitements en cours ou l'automédication le cas échéant, les antécédents pathologiques personnels et héréditaires, le cadre allergène, entre autres informations substantielles qui simplifieront la tâche du personnel médical et qui rendront l'acte médical plus sûr et efficace profitant aux deux parties de la relation – médecin et patient-.

Dans le cas contraire, il est possible que des dommages qui auraient pu être évités surviennent, même en présence d'un professionnel diligent et dévoué. A titre d'exemple, une chirurgie est pratiquée en urgence, ce qui empêche le personnel d'effectuer les examens d'usage, or le patient omet de mentionner au personnel médical la consommation de certaines substances

ou des médicaments qui ont fragilisé son cœur. Au cours de l'intervention, le patient souffre d'un arrêt cardiaque. Il décèdera quelques minutes plus tard.

Indépendamment de l'étude de responsabilité, qui cherchera à établir le degré de responsabilité de chaque individu intervenant dans la relation médicale, si les informations données avaient été claires, vraies et complètes, une vie aurait pu être sauvée, un dommage aurait pu être évité.

Nonobstant l'hypothèse précitée, il est important de savoir que même si le patient doit transmettre à son médecin l'information médicale qu'il détient, le médecin, en tant que « *bonus medicus* », doit aussi s'auto-informer. Cela signifie que s'il n'est pas informé de façon adéquate par le malade, il se doit –si les circonstances rendent ceci réalisable- d'interroger le patient, ses proches, etc., de façon à obtenir le plus d'informations possible.

Section 2. Un regard sur la responsabilité civile dans l'environnement médical

La théorie de la responsabilité de l'État a été érigée, comme nous le savons, dans l'esprit de protéger les administrés face à l'administration publique et aux dommages –souvent légitimes- que cela pouvait provoquer. Dans la législation colombienne, le principe de base de ce type de responsabilité est la dénommée « *anti-juridicité* » du dommage²²¹ -par opposition à « *l'anti-juridicité* » de l'acte-.

Quant à la responsabilité civile, comme nous le savons également, elle est appelée à réguler les relations entre des particuliers qui s'avèrent semblables au regard de la loi. L'obligation d'indemniser résulte ici du manquement au devoir de respecter les termes du contrat ou du devoir

²²¹ Cf p. 19

général du respect d'autrui prévu par la loi, lorsque de ce fait se détachent des conséquences dommageables sur le patrimoine d'un individu.

Conformément à la notion classique de responsabilité civile, l'obligation d'indemniser ne découle pas de l'existence d'un dommage mais de la preuve d'un comportement fautif.

Même si le droit de la responsabilité médicale du secteur public dans ses origines s'inspire du droit civil pour ce qui est de l'essentiel, les Hauts Tribunaux de ces deux branches du droit font aujourd'hui une application différente des principes de la responsabilité. Ainsi, il s'impose de différencier la responsabilité patrimoniale, liée aux activités médicales dans le secteur public, et la responsabilité civile médicale –contractuelle ou extra-contractuelle- dans le secteur privé car ces fondements de base ont des conséquences importantes sur la procédure et sur le système probatoire.

Ainsi, en droit colombien, le fondement légal de la responsabilité dans le secteur public²²² sera la notion de *dommage anti-juridique*²²³ prescrite par l'article 90 de la Constitution colombienne²²⁴. En ce qui concerne la responsabilité civile –au sens propre-, elle se construit sur les principes généraux de responsabilité –contractuelle ou extra-contractuelle- du code civil.

La relation née entre le patient et l'organisme hospitalier ou le médecin du secteur public est en revanche une relation statutaire qui est régie par le

²²² Ce sujet a été traité dans le chapitre consacré au « Fondements de la responsabilité hospitalière et médicale », page 19 de ce document.

²²³ Même si la jurisprudence du Conseil d'État colombien a évolué en sens contraire dans la dernière décennie, la théorie du dommage anti-juridique avait eu une application limitée en matière de responsabilité médicale, essentiellement lorsqu'il s'agissait de l'étude d'*aléa* ou *risque*. V. : FERNANDEZ Mónica, *op. cit.*, pages 85 et 399-403.

²²⁴ Constitution colombienne, article 90, *cf.* p 17.

régime de la responsabilité extra-contractuelle. Tel est le cas en droit français et en droit colombien.

En droit colombien, la responsabilité civile du médecin est analysée le plus souvent à partir de la théorie de la faute prouvée, qui vient du principe du droit au vu duquel « il n'y a pas de responsabilité sans faute ». Ainsi, en l'absence de preuve de la faute, par la victime, l'indemnisation du préjudice n'a pas lieu.

Traditionnellement, dans le régime général de responsabilité français, la notion de préjudice est l'élément indispensable de toute action, qu'elle soit civil ou administratif, cherchant la déclaration de responsabilité du médecin²²⁵. Dans cette logique, le requérant doit toujours et avant tout démontrer que l'acte médical attaqué lui a causé un préjudice. Il appartient ensuite au Tribunal d'évaluer ledit préjudice et de lui attribuer sa valeur.

Cependant, même si dans ce régime l'existence d'un préjudice est une condition nécessaire pour obtenir réparation, elle n'est pas suffisante, il est aussi nécessaire de démontrer le comportement fautif du praticien.

Pour la théorie de la responsabilité civile extra-contractuelle, la faute, le dommage et la relation de causalité forment entre eux une trilogie fondamentale.

En ce qui concerne la responsabilité médicale, la Cour Suprême de Justice colombienne considère qu'elle dépend de la démonstration de la faute, c'est-à-dire, de la preuve de la négligence ou de l'imprudence dans le

²²⁵ LEMAIRE Jean François, IMBERT Jean Luc, *La responsabilité médicale*, Presse Universitaire de France, Paris, 1985, p.46.

comportement du médecin, indépendamment du caractère contractuel ou extracontractuel de l'obligation d'indemniser²²⁶.

Même si en matière de responsabilité médicale, ladite Cour trouve aujourd'hui appui dans la doctrine de la *faute prouvée*²²⁷, cela n'a pas toujours été une constante jurisprudentielle. C'est lors d'une décision du 14 octobre 1959²²⁸, et ce dans la théorie des « activités dangereuses », en faisant application de l'article 2356 du Code civil²²⁹, que cette Haute Cour trouve son fondement. De ce fait, la faute du médecin se présume du fait du caractère dangereux de l'activité médicale.

Ultérieurement, dans une décision de cassation du 3 novembre 1977²³⁰ portant sur une affaire de responsabilité médicale contractuelle, cette même Cour formula une thèse d'inversion de la charge de la preuve. Dans son analyse, elle considère que le dommage devait être la conséquence directe du non-respect de l'obligation.

Ainsi, dans le cas étudié il a été énoncé : « (...) Si suite au décès du malade, ses héritiers affirment que le médecin traitant avait arrêté ou avait diminué les soins à un moment déterminé, on ne peut pas leur demander de démontrer que le décès est la conséquence directe de la suspension ou de la diminution du traitement médical. C'est au médecin de démontrer soit que

²²⁶ Cour Suprême de Justice, Chambre de cassation civile. Décision du 30 Janvier 2001, *op. cit*

²²⁷ « (...) Le médecin est seulement obligé d'employer dans son activité tous les moyens dont il dispose pour soigner le malade ; de sorte qu'en cas de réclamation, le requérant devra prouver la faute du médecin, sans qu'il soit suffisant de démontrer une absence de guérison ». Cour Suprême de Justice, Chambre de cassation civile, décision du 30 novembre 2011. Manuel GUILLERMO VELÁSQUEZ VELOZA y otros c/ COLSANITAS S.A. Compañía de Medicina Prepagada y otros, Magistrat chargé de l'affaire : Arturo SOLARTE RODRÍGUEZ, Bogotá D.C

²²⁸ Cour Suprême de Justice, Décision du 14 Octobre 1959, Gazette Judiciaire 2217, pages. 759. Bogotá D.C.

²²⁹ Code civil colombien, article 2356 : « Responsabilité pour malveillance ou négligence. En règle générale tout dommage lié à la malveillance ou à la négligence d'autrui doit être réparé par celui qui l'a produit... »

²³⁰ Cour Suprême de Justice, Décision du 3 Novembre 1977, Gazette Judiciaire, 2398, p. 332. Bogotá D.C.

les soins ont été apportés correctement jusqu'à la fin, soit qu'il se trouvait dans l'impossibilité de les assurer pour une raison de force majeure ou pour un cas fortuit, ou soit que le décès du patient aurait eu lieu, même si les soins avaient été assurés jusqu'à la fin ». A cette occasion, la Cour Suprême de Justice présume la faute du soignant au profit du patient, qui sera déchargé de l'obligation de la prouver.

Néanmoins, aux termes d'une décision du 5 mars 1940²³¹, confirmée postérieurement par les arrêts du 12 septembre 1985²³², du 8 mai 1990, du 12 juillet 1994 et du 8 septembre 1998²³³, cette Cour adoptera une position bien différente en exigeant du patient la preuve de la faute du professionnel. Elle trace ainsi les premières lignes de sa tendance jurisprudentielle majoritaire selon laquelle, la seule preuve de l'absence de guérison n'est pas suffisante, excepté les cas où le praticien s'était engagé à fournir un résultat quelconque. Dans ce cas, le médecin sera tenu comme coupable et en conséquence contraint d'indemniser la victime.

La théorie de la faute prouvée –qui s'oppose incontestablement à celle de la présomption de faute adoptée par la jurisprudence du Conseil d'État colombien- trouve ses origines dans la décision du 5 mars 1940, qui conduit la Cour Suprême à rejeter la qualification de l'activité médicale comme « *une entreprise de risque* ». Toutefois, ce sont des décisions postérieures qui transformeront ladite théorie en principe général pour arriver enfin à admettre qu' « une telle thèse serait *inadmissible* du point de vue légal et scientifique » et que cela « rendrait impossible l'exercice de la médecine », pour conclure que dans tous les cas, la faute du médecin devait être démontrée.

²³¹ Cour Suprême de Justice, décision du 5 Mars 1940, *op.cit.*

²³² Cour Suprême de Justice, Décision du 12 Septembre 1985, Gazette Judiciaire, 2419, p. 407. Bogotá D.C.

²³³ Cour Suprême de Justice, Chambre civile, Décision S-074 du 8 Septembre 1998. Magistrat chargé de l'affaire : Pedro LAFONT PIANETA, Bogotá D.C

En effet, aux termes d'une décision du 12 septembre 1985, cette Cour établira que « le médecin est seulement obligé de mettre en œuvre tous les moyens dont il dispose pour parvenir à la guérison du malade, de sorte qu'en cas de réclamation, ce dernier -le malade- aura à sa charge la preuve de la faute du praticien. Sans que la seule preuve de l'absence de guérison soit suffisante ».

Postérieurement, une décision du 26 novembre 1986²³⁴ confirmera cette jurisprudence, mais elle exclura les cas où « dans le cadre d'un contrat, un résultat aurait été promis ». La thèse de la faute prouvée sera consolidée par des décisions du 8 mai 1990, du 12 juillet 1994 et du 8 septembre 1998, comme énoncé auparavant.

C'est lors de la décision du 30 janvier 2001²³⁵ que la Cour Suprême de Justice fixera la théorie de la faute prouvée comme principe général, elle effacera définitivement le qualificatif d' « *activité dangereuse* » attribuée à l'activité médicale par la dite Cour.

Nous trouvons ici un des points essentiels qui caractérisent la jurisprudence de la Haute Cour civile et de la Haute Cour administrative en ce qui concerne notre domaine d'analyse.

La configuration même du système de santé est polyvalente²³⁶ -tel est le cas en Colombie et en France-. Elle est composée d'organismes privés, publics ou mixtes. De ce fait, le droit public et le droit privé seront tous deux appelés à participer au contentieux de la responsabilité médicale.

²³⁴ Cour Suprême de Justice, civ., décision n° 2423 du 26 novembre 1986, *op. cit*

²³⁵ Cour Suprême de Justice, civ., décision n° 5507 du 30 janvier 2001, *op. cit*

²³⁶ POCHAT Hélène, *Les transformations du droit hospitalier contemporain. Étude sur les évolutions de la distinction droit public- droit privé*, Thèse de doctorat en Droit, Université de Nantes, 2005, p. 240.

Le service de santé peut être assuré par des organismes publics, tels que des hôpitaux publics, ou par des organismes privés, tels que les cliniques, ou encore par des établissements de santé privés participant au service public hospitalier.

Ainsi que le prévoit l'article 156 de la loi 100-1993 : « Les institutions prestataires de services de santé sont des organismes officiels, mixtes, privés, communautaires ou solidaires, structurés pour assurer la prestation du service de santé aux affiliés du système général de sécurité sociale en santé (...) ».

Parallèlement, en France, les articles L711-4 et L711-5 de la loi 91-748 du 31 juillet 1991-portant réforme hospitalière- entraînent par la notion de service public hospitalier une nouvelle distinction entre les établissements publics de santé, les établissements de santé privés à but non-lucratif et les établissements de santé privés à but lucratif²³⁷.

C'est dans ce panorama que nous nous apprêtons à analyser la responsabilité civile contractuelle dans le cadre de l'activité médicale car elle occupe aujourd'hui une place importante du contentieux rattaché à cette dernière.

2.1. La responsabilité civile contractuelle dans le cadre des activités médicales

Précédemment, nous avons présenté la relation médicale de nature contractuelle -longtemps niée- et celle extra-contractuelle, issue ou non d'un pacte ou contrat liant le patient et le médecin ou les institutions de soins.

²³⁷ Les établissements de santé à but lucratif sont la propriété de particuliers ou de sociétés et sont autorisés à faire des bénéfices ; ils possèdent des règles de gestion et des modes de financement différents de ceux des hôpitaux publics et des établissements de santé privés à but non lucratif.

En effet, le statut juridique de la relation médicale est souvent un sujet de débat de par la multiplicité de cas de figure que l'on y trouve, ainsi que la diversité des réponses possibles en fonction des spécificités de chaque cas.

Quant au contrat médical, il n'est pas toujours aisé d'établir son existence ou les sujets y intervenant, ou encore sa portée.

La responsabilité civile contractuelle liée aux activités médicales –qui est une responsabilité dite concrète, se différenciant ainsi de la responsabilité extra-contractuelle qui est considérée comme abstraite²³⁸– évoque d'un côté, la notion de contrat et d'un autre côté, celle de réparation ou d'indemnisation d'un dommage ou préjudice provoqué par l'une des parties contractuelles.

Sur ce point, la Cour Suprême de Justice colombienne souligne : « (...) Pour parler de ce type de responsabilité -*contractuelle*- il est nécessaire, tout d'abord, d'établir l'existence de la relation contractuelle entre le demandeur et le défendeur, celle-ci pouvant être constituée par la voie d'un contrat verbal, d'un contrat solennel ou d'un document privé. Également, le dommage causé à la victime doit être prouvé ainsi que le comportement défectueux du défendeur et le lien de causalité entre celui-ci et le dommage »²³⁹.

Le contrat médical ou contrat de soins va déterminer les prestations à la charge de chacune des parties, son non-respect sera finalement le fil déclencheur du litige, cela signifie que les termes du contrat font loi pour les parties et que son inobservance provoque alors un préjudice qui est susceptible d'être réparé.

²³⁸ HINESTROSA Fernando, *Conferencias de Derecho Civil, Obligaciones*, Université Externado de Bogotá, 1964, p.330.

²³⁹ Cour Suprême de Justice, décision n° 2423 du 26 Novembre 1986, *loc. cit.*

Le titre d'imputation de la responsabilité sera donc la non-exécution ou l'exécution défectueuse des termes du contrat. Ce type de responsabilité suppose la préexistence d'une relation entre la victime du dommage et l'auteur de celui-ci, mais encore faut-il que le dommage soit lié à ladite relation.

A ce propos, la doctrine est divisée en deux théories. D'un côté, ceux qui pensent que la responsabilité contractuelle est engagée quand l'une des parties n'a pas respecté les obligations contenues dans le contrat -à l'origine de la relation- et d'un autre côté, ceux qui considèrent qu'il existe une responsabilité contractuelle, non seulement quand les termes du contrat n'ont pas été respectés mais aussi quand il y a eu irrespect de l'une des obligations nées du lien juridique antérieur ou de la loi²⁴⁰.

La première théorie s'explique par elle-même puisque la finalité du contrat est bien celle d'établir distinctement les engagements de chaque partie contractuelle, donc une sanction liée au non-respect du contrat paraît logique.

En ce qui concerne la deuxième théorie, elle est déconcertante sur bien des aspects, particulièrement lorsqu'elle se base sur des éléments propres de la responsabilité extra-contractuelle. Si la loi impose des obligations aux parties intervenantes dans la relation médicale, celles-ci sont exigibles par elles-mêmes, c'est-à-dire qu'il s'agit d'obligations qui existent au-delà de tout accord entre parties. Il en est de même pour les obligations que les auteurs précités dénotent comme « nées du lien juridique » que nous pouvons interpréter comme étant des obligations morales propres à la profession. Dans les deux cas, il s'agirait des obligations réglementaires et non-contractuelles comme certains auteurs le supposent.

²⁴⁰ ORDOQUI Gustavo, OLIVERA Ricardo, *Derecho Extracontractual*, Vol. II, Compendium de Responsabilité Extra-contractuelle, Editions Juridiques Amalio M Fernández, Montevideo 1974, p. 47.

2.1.1. L'existence du contrat médical.

Il est pertinent de rappeler que le contrat médical ou contrat de soins n'est pas expressément réglementé par la législation colombienne mais qu'il est tout de même reconnu par la jurisprudence²⁴¹ et régi par les normes générales du code civil.

En reprenant les principes posés par le livre IV du code civil colombien relatif aux obligations en général et aux contrats, il en résulte que l'existence du contrat se vérifie lorsqu'il existe un accord -verbal ou solennel- entre le médecin et son patient ou une tierce personne qui sollicite ses services, tout en respectant les règles de l'article 1502 citées précédemment.

Ainsi constitué, le contrat acquiert ²⁴²des effets légaux obligatoires. L'article 1602 du code civil, désigne également que de façon générale, les effets du contrat s'appliquent seulement aux parties intervenantes.

Cependant, le lien contractuel médical peut s'étendre au patient qui sans intervenir à la célébration du contrat, se retrouve lié à travers une tierce personne qui peut être son mandataire ou son représentant légal²⁴³.

2.1.2. La responsabilité civile dérivée de l'acte médical ou le principe de la faute

En matière de responsabilité civile -dans le sens d'une réparation pécuniaire-, le principe qui prime est celui de la responsabilité fondée sur la

²⁴¹ Cour Suprême de Justice, Chambre de cassation civile. Décision du 5 Mars 1940, *op.cit.*

²⁴² Code civil colombien, article 1602 : « Le contrat est une loi pour les parties. Tout contrat légalement constitué est une loi pour les parties contractantes. Celui-ci ne peut donc être invalidé que par mutuel consentement ou pour des causes légales ».

²⁴³ Code civil colombien, article 1505 : « Effets de la représentation. L'action qu'une personne effectue en faveur d'une tierce personne, étant autorisée par celle-ci ou par la loi pour la représenter, a les mêmes effets sur le représenté que s'il l'avait exécutée directement ».

faute. En matière médicale, la loi exige des professionnels de la santé un code de conduite qui participe à établir des relations dans une atmosphère de sécurité et dans le respect de règles –légalles et/ou contractuelles–.

Dans ces conditions, la faute médicale se présente comme le non-respect des consignes du « bon exercice » de la profession. En termes généraux, il y a « faute » lorsque le médecin ne s'est pas conduit en « bon professionnel » dans des circonstances spécifiques où tout autre professionnel l'aurait fait. Il est important de remarquer que si l'on parle de circonstances spécifiques, c'est parce que l'appréciation de la faute va se faire non pas dans un cadre idéal mais le plus souvent, au cas par cas.

L'article 1604 du code civil colombien²⁴⁴ prévoit trois degrés de faute. Cette graduation est aujourd'hui presque obsolète et très critiquée par certains auteurs, dont le professeur Luis Guillermo SERRANO ESCOBAR, qui énonce : « La vieille tendance du code civil à apprécier la faute par des critères aussi subtils qu'inutiles, tels que sa graduation suivant les degrés de gravité, est inadmissible du point de vue juridique, car si le professionnel a agi conformément aux règles de la déontologie médicale et de la « *lex artis* », il n'a pas risqué d'être en faute, dans le cas contraire il sera fautif. Il est inutile de s'interroger sur le degré de la violation de l'obligation, puisque, si la faute est le facteur d'attribution, quand celle-ci se configure suite à la preuve de la violation du contenu de l'obligation et du dommage causé, la responsabilité civile se configure également »²⁴⁵.

²⁴⁴Code civil colombien, article 1604 : « Le débiteur est responsable seulement en cas de faute « lata » -ou grave- dans les contrats qui par leur nature bénéficient seulement au débiteur. Il est responsable de la faute légère dans les contrats où le bénéfice est réciproque. Il est responsable de la faute très légère dans les contrats où il -le débiteur- est le seul à être bénéficiaire.

Le débiteur n'est pas responsable du cas fortuit, sauf s'il est en défaut de paiement (...), ou si le cas fortuit est survenu par sa faute.

La preuve de la diligence et de la bienveillance appartient à celui qui était obligé de les observer, la preuve du cas fortuit appartient à celui qui l'avance.

Néanmoins, les dispositions légales spéciales et les stipulations des parties doivent être prises en compte ».

²⁴⁵ SERRANO ESCOBAR Luis Guillermo, *op. cit.*, p.117.

A ce propos, le Conseil d'État colombien lors d'une décision du 24 octobre 1990 affirme que « la malveillance ou la négligence constitutive de faute n'est démontrable que par des manifestations externes, c'est-à-dire, par l'acte à l'origine du dommage, qui étant réalisé par un être humain, est présumé être le résultat d'un choix. Ayant le choix de réaliser ou non l'acte, son exécution rend l'individu imputable, c'est-à-dire, capable de répondre des conséquences de son acte. Ceci se traduit par l'obligation de réparer les dommages.

En conséquence, si des examens préliminaires n'ont pas été effectués sur le patient et s'il n'a pas été démontré que toutes les précautions nécessaires -préliminaires et concomitantes- ont été prises (...), en principe et sauf preuve du contraire, qui doit être apportée par le débiteur, c'est justement la malveillance, la négligence ou le cas fortuit qui sont présumés être à l'origine du dommage. En l'absence de preuve contraire, la conclusion qui s'avère évidente est la faute par malveillance ou par négligence de la part des agents de l'administration et parallèlement la faute de service»²⁴⁶.

2.1.2.1. Les causes génératrices de la faute médicale

S'agissant des activités médicales, la responsabilité civile peut résulter essentiellement de l'absence du service, lorsqu'elle est imputable à l'institution ou aux soignants, de sa prestation tardive ou inopportune ou de sa prestation ponctuelle mais déficiente ou inadéquate quant aux conditions particulières du patient.

²⁴⁶ Conseil d'État, Section III, décision n° 5902 du 24 Octobre 1990, Magistrat chargé de l'affaire : Gustavo DE GREIFF RESTREPO, Bogotá D.C

Les causes à l'origine de la responsabilité civile²⁴⁷ sont, en règle générale, la conséquence d'une faute commise dans l'une des étapes de l'acte médical. Lorsqu'un membre du corps médical n'exécute pas l'acte dont il a été chargé, son comportement sera considéré comme une « négligence ». De la même manière, quand il exécute des actes qu'il ne devait pas exécuter, sa conduite sera « imprudente ». Son comportement sera qualifié « d'impéritie » quand celui-ci intervient dans la réalisation de l'acte médical sans avoir les connaissances nécessaires. La violation d'un règlement ou des normes pratiques tels que les normes d'éthique ou les normes de la « *lex artis* », comme les protocoles, constitue aussi une cause génératrice de responsabilité.

Il est intéressant de remarquer que même si la doctrine est très attachée à cette distinction, le Conseil d'État colombien ne le paraît pas autant. En effet le plus souvent dans la jurisprudence du Haut tribunal, elles sont citées indistinctement²⁴⁸.

Du point de vue pratique, l'intérêt d'une telle distinction semble réduit. Néanmoins, du point de vue pédagogique essentiellement, elle peut présenter une certaine importance, car elle permet de distinguer des comportements bien différents pour mieux comprendre leurs conséquences.

²⁴⁷ Le plus souvent, la doctrine colombienne reconnaît quatre causes génératrices de responsabilité civile : impéritie, imprudence, négligence et violation de règlement. MARTINEZ RAVE Gilberto, MARTINEZ TAMAYO Catalina, *op. cit.*, p. 484; SERRANO ESCOBAR Luis Guillermo, *op. cit.*, p.120.

²⁴⁸ Conseil d'État, Section III, décision n° 6897 du 30 Juillet 1992, *op. cit.* ; Conseil d'État, Section III, décision n° 14696 du 1^{er} Juillet 2004, Magistrat chargé de l'affaire : Alíer Hernando HERNANDEZ ENRRRIQUES, Bogotá ; Conseil d'État, section III, décision 14170 du 24 février 2005, Prospero CURCHO AVILA c/ Nación - Ministerio de Salud - Departamento de Casanare - Seccional de Salud - Hospital San Miguel de Tamara, Magistrat chargé de l'affaire : Ramiro SAAVEDRA BECERRA.

2.1.2.2.1. L'Impéritie ou l'inobservation des règles de l'art ²⁴⁹

L'impéritie peut être comprise comme le manque de capacité, d'expérience ou de connaissances dans l'exercice de sa profession ou de ses fonctions. En d'autres termes, c'est l'incapacité technique d'exercer sa profession, dans le cas concret, la médecine.

L'impéritie comporte, d'un côté, un élément cognitif –du point de vue académique – et, de l'autre, un élément de savoir-faire matériel. Chaque spécialité de la médecine demande des connaissances spécifiques qui ne pourront pas être improvisées.

Il ne faut pas oublier que la médecine est une science évolutive, d'autant plus à l'époque actuelle où les progrès et découvertes ne cessent d'apparaître. De la sorte, tout professionnel de la médecine doit, en permanence, remettre en question et actualiser son savoir-faire et ses acquis académiques. Plus le domaine de compétence du professionnel est complexe, plus le savoir-faire exigé sera précis et les conséquences de l'acte plus importantes.

2.1.2.2.2. La négligence

A la différence de l'impéritie, il y a négligence lorsque le professionnel, possédant les connaissances scientifiques nécessaires, exécute l'acte médical sans faire application de tout son savoir-faire et de la « *lex artis* », provoquant ainsi un dommage.

La négligence peut être considérée comme une omission ou une inadvertance. Le professionnel de la médecine sera reconnu négligent lorsque

²⁴⁹ Cette expression d'impéritie est moins présente dans la doctrine française, le plus souvent, elle est connue sous le qualificatif d' « inobservation des règles de l'art ».

par exemple, ayant pourtant entièrement cette possibilité, il ne fait pas application de tous les moyens scientifiques modernes pour produire le meilleur résultat possible.

L'article 2356 du Code Civil colombien dispose : « (...) En règle générale, tout dommage qui peut être imputé à la malveillance ou à la négligence d'une tierce personne, doit être réparé par celle-ci (...) ».

Dans le cadre précis de la médecine, la négligence est devenue l'un des moyens le plus fréquent pour l'attribution de la responsabilité. La Cour Suprême de Justice déclare : « (...) Le médecin a le devoir d'employer toute sa diligence et bienveillance dans le suivi médical de ses patients en veillant à l'amélioration de leur état de santé et à leur guérison. Le comportement du praticien qui par négligence, malveillance ou omission, nuit à la santé du patient sera qualifié, d'après sa portée, d'illicite par le juge (...) ».

2.1.2.2.3. L'Imprudence

L'imprudence est le comportement téméraire réalisé nonobstant les résultats adverses prévisibles au détriment de la santé du malade. Cela équivaut à la réalisation d'un acte médical sans prendre en compte les précautions nécessaires et les consignes propres à l'exercice de la médecine en général et à chaque spécialité en particulier, provoquant ainsi un *risque injustifié*.

Depuis toujours « (...) Le médecin doit faire preuve de prudence en toute circonstance sans oublier le risque encouru. Lorsque celui-ci agit avec toute la pertinence requise, l'échec involontaire ne lui sera reprochable. Son obligation est de mettre en œuvre tous les moyens adéquats à l'obtention du résultat désiré. Quand le résultat souhaité n'est pas obtenu nonobstant les

efforts, la diligence, la bienveillance et la prudence utilisés, nulle faute ne peut lui être imputée et nulle responsabilité ne peut être exigée »²⁵⁰.

Il est vrai qu'en règle générale le médecin a une obligation de moyens et non de résultat -ainsi que nous l'analyserons plus tard- néanmoins les normes légales et éthiques lui imposent un comportement pour le moins diligent, à défaut duquel sa responsabilité sera engagée. Ainsi, la création -volontaire ou involontaire- d'un risque inutile est susceptible d'une sanction aux termes de la loi et de la jurisprudence.

2.2. Les causes d'exonération

L'exonération de responsabilité dépendra d'un côté de la rupture du facteur subjectif d'attribution, à savoir la faute et, d'un autre côté, de la démonstration d'une cause étrangère capable de rompre le lien de causalité entre l'acte médical et le dommage -facteur objectif-.

Suivant la nature des prestations dues dans la relation médicale, les formes d'exonération peuvent varier. Si l'activité médicale est considérée comme une obligation de moyens, le médecin s'exonère en démontrant que son agissement comportait toute la diligence et la bienveillance qui lui étaient demandées.

S'agissant d'une obligation de résultat, le médecin peut s'exonérer de sa responsabilité en prouvant : le cas fortuit, le comportement fautif du patient, la faute d'un tiers et, l'échec du traitement²⁵¹.

²⁵⁰ Cour Suprême de Justice, Chambre des affaires généraux, décision du 14 Mars 1942, Gazette Judiciaire, Tome XII, p. 937, Bogotá D.C

²⁵¹ Conseil d'État, Section III, décision n° 5902 du 24 Octobre 1990, *op. cit.*

Lorsque le traitement ne réussit pas pour des raisons aléatoires, et que la diligence et l'adresse du médecin ont été dûment prouvées, le praticien tenu d'une obligation de moyens peut se voir exonéré de sa responsabilité malgré le non-respect de son obligation. Cette exonération ne se déduit pas de l'adresse ou de la diligence de son acte, mais de de l'aléa de la thérapeutique, ce que souligne ainsi le Conseil d'État colombien : « (...) La plupart des interventions chirurgicales et des traitements médicaux comportent une incertitude quant à leur résultat et un

Le cas fortuit, en tant que cause d'exonération de la responsabilité civile, se définit comme une circonstance impossible à prévoir ou si elle a pu être prévue, impossible à éviter. Le médecin, n'est donc pas responsable du cas fortuit.

Le comportement du patient peut également exonérer le professionnel de sa responsabilité. Ceci, lorsque le patient ne respecte pas les consignes données par le personnel soignant, ou qu'il ne suit pas son traitement ou le fait défectueusement, ou encore quand il consulte un autre médecin et qu'il mélange arbitrairement les différents traitements, ou quand il le modifie au vu de ses propres critères. Si la santé du patient est compromise lors de ces éventualités, le médecin ne sera pas tenu pour responsable. Néanmoins, c'est sur le terrain probatoire, comme toujours, que cela va se jouer.

La faute d'un tiers peut également être exonératoire si ce fait est exécuté par une personne totalement étrangère à la relation médicale, si elle est la seule cause du dommage et si elle est imprévisible et irrésistible.

De la même façon, l'échec du traitement peut exonérer le médecin quand il peut être attribué à la nature physiologique du patient et qu'il se produit malgré toute l'attention, l'expérience, la bonne volonté, les précautions employées par le personnel médical.

Il est judicieux de rappeler que dans la plupart des actes médicaux, l'obligation du médecin, en particulier, et du personnel soignant, en générale, est *de moyens* et non *de résultat*. En conséquence, l'obligation du débiteur -le médecin- s'accomplit pleinement lorsqu'il applique la « *lex artis* », même si son acte n'aboutit pas au résultat souhaité ou attendu.

risque pouvant être à l'origine des dommages qui seront assumés par le patient car on ne peut pas attribuer leur responsabilité à ceux qui les ont exécutés puisque il serait erroné de penser que c'est à eux que revient la charge de garantir le risque de l'intervention ou du traitement (...) ».

Cependant, si la nature de l'obligation -obligation de moyens ou obligation de résultat- n'a pas été déterminée par les parties ou par le législateur, on doit effectuer une analyse de probabilités permettant d'établir la faisabilité de l'objectif contracté.

Dans le cas de la médecine, étant donné le nombre élevé de circonstances et de variables incontrôlables, comme, par exemple, la physiologie humaine et ses réactions mystérieuses, ainsi que toute une autre série d'épisodes imprévisibles, l'acte médical doit être considéré-en principe- comme obéissant à une obligation de moyens et non de résultat.

En conséquence, la faute contractuelle ne sera pas simplement le résultat de l'inexécution d'une des obligations contractuelles.

S'agissant du doute sur la viabilité de la thérapeutique, lors du 2ème Congrès International du Droit du Dommage il, a été dit que « (...) Lorsque le traitement médical a été mis en cause et qu'il n'existe pas un critère uniforme, il suffira qu'il soit accepté par une respectable minorité pour que les effets provoqués par son échec ne soient pas générateurs de responsabilité personnelle (...) »²⁵².

A ce même propos, le Conseil d'État Colombien rappelle que « (...) Dans certaines circonstances et facettes de la science, l'opinion des professionnels se trouve divisée ; quand cela arrive, la doctrine oriente son opinion dans le sens vers lequel le juge ne peut pas prendre part dans la controverse. En suivant cette philosophie, le point controversé, s'il n'existe pas une preuve scientifique qui le définit, reste non démontré (...) »²⁵³.

²⁵² Recommandation N 11, II Congrès International du Droit du Dommage, Buenos Aires, Argentina 1991.

²⁵³ Conseil d'État, Section III, décision n° 7973 du 18 Février 1994, Magistrat chargé de l'affaire : Julio César URIBE ACOSTA. Bogotá

Pour une partie de la doctrine colombienne, dans la pratique de la médecine les causes d'exonération mentionnées auparavant ne sont pas applicables « (...) Car les intérêts mis en jeu ne sont pas exclusivement individuels mais collectifs : ainsi, la vie et l'intégrité de la personne. L'importance attribuée à la santé par l'article 49 de la Constitution empêche les parties de lui donner un traitement différent de celui des intérêts que la collectivité a par rapport audit service. La vie et la santé ne sont pas des droits exclusivement individuels, parce qu'ils relient l'intérêt collectif et social (...). La doctrine affirme que les causes limitatives ou d'exonération de la responsabilité ne sont pas valables lorsqu'elles sont liées à l'intégrité de la personne, de ce fait, la responsabilité et l'indemnisation sont totales(...)»²⁵⁴.

2.2.1. Le cas fortuit et la force majeure.

En matière de responsabilité, qu'elle soit contractuelle ou délictuelle, la force majeure et le cas fortuit –tout comme le fait de la victime et celui d'un tiers- exonèrent le débiteur.

La distinction entre la « *force majeure* » et le « *cas fortuit* » a été progressivement écartée par la jurisprudence et la doctrine modernes, qui se réfèrent le plus souvent à la *force majeure*.

D'une façon générale nous pouvons définir le cas fortuit et/ou la force majeure comme des faits imprévisibles et irrésistibles empêchant le médecin d'accomplir ses obligations. Ces deux notions peuvent aussi être employées indistinctement par certains auteurs ainsi que dans certaines jurisprudences, en droit français comme en droit colombien²⁵⁵, sans que cela réponde à des critères précis²⁵⁶.

²⁵⁴ MARTINEZ RAVE Gilberto, MARTINEZ TAMAYO Catalina, *op. cit.*, p. 491

²⁵⁵ SERRANO ESCOBAR Luis Guillermo, *op. cit.*, p.141.

LE TOURNEAU Philippe, *La responsabilidad civil*, Traduction de Javier TAMAYO, éd. Legis 2004, Presses Universitaires de France 2004, p.91.

Cependant, pour certains auteurs, comme le professeur René CHAPUS²⁵⁷, il existe un élément qui crée une différence entre ses deux notions, il s'agit, de l'*extériorité du fait* par rapport au défendeur.

Pour le professeur CHAPUS, « (...) Selon la définition traditionnelle à laquelle la jurisprudence reste fidèle, est constitutif d'un cas de force majeure l'événement présentant les trois caractéristiques suivantes : extériorité (par rapport au défendeur), imprévisibilité (dans sa survenance) et irrésistibilité dans ses effets. Aussi bien que des événements naturels, le fait de la victime et le fait d'un tiers peuvent présenter ces caractéristiques et être ainsi des cas de force majeure ».

Conseil d'État, Section III, décision n° 5902 du 24 Octobre 1990, *op. cit.*

Cour Suprême de Justice, Chambre de cassation civile, décision n° 6436 du 4 Avril 2001, Magistrat chargé de l'affaire : Jorge SANTOS BALLESTEROS, Bogotá D.C

²⁵⁶ « La question de savoir si les termes « force majeure » et « cas fortuit » sont synonymes a été discutée dans les ouvrages de doctrine depuis des siècles. L'opinion qui prédomine parmi les spécialistes du droit romain serait que la différence entre « force majeure » (*vis major*) et « cas fortuit » (*casus*) réside dans le fait que les cas de force majeure sont non seulement *imprévisibles*, mais également *inévitables* et *insurmontables*. Il n'y a pas de force humaine qui puisse s'opposer à ces circonstances.

Les auteurs de tradition romaniste évoquent la question lors de l'étude de certains codes modernes qui utilisent parfois dans certains articles l'expression « force majeure » et dans d'autres, l'expression « cas fortuit », ou même emploient les deux expressions dans le même article. Certains sont d'avis que la distinction n'est plus valable ou ne présente plus d'intérêt en droit moderne, alors que d'autres maintiennent que la distinction existe encore, et même qu'elle pourrait être subdivisée en fonction de divers critères.

Une théorie, qui s'appelle la théorie subjective et qui est très proche de celle que défendent les spécialistes du droit romain visés plus haut, tient compte des critères de l'imprévisibilité et du caractère inévitable. Un cas fortuit, selon cette théorie, est un événement qui ne peut pas être prévu, mais qui, s'il avait été prévu, aurait pu être évité, tandis que la force majeure est un événement qui, même s'il avait pu être prévu, aurait été inévitable.

Une deuxième théorie, la théorie objective, se fonde sur l'origine intrinsèque ou extrinsèque de l'obstacle à l'exécution de l'obligation. Pour cette théorie, un cas fortuit est un événement qui a lieu dans le cercle de ceux que touche l'obligation, alors que la force majeure est un événement qui se produit hors de ce cercle et avec une violence telle que, objectivement parlant, il ne peut être considéré comme l'un de ces événements fortuits auxquels on peut s'attendre dans le déroulement ordinaire et normal de la vie de tous les jours.

Dans la doctrine et la pratique du droit international, l'expression « force majeure » est normalement utilisée dans son sens large, c'est-à-dire comme englobant à la fois les cas de force majeure au sens restreint et les cas fortuits ». Annuaire de la Commission du droit international, Vol. II, 1ère partie, « *"Force majeure" et "cas fortuit" en tant que circonstances excluant l'illicéité* » : *pratique des États*, jurisprudence internationale et doctrine. Document A/CN.4/315, 1978, p. 11 et 12.

²⁵⁷ CHAPUS René, *Droit administratif général*, Tome I, Montchrestien, 15^{ème} édition, Paris 2001, pages, 1250, 1251.

Plus loin, en parlant du *cas fortuit*, il ajoute : « Il est important de distinguer *force majeure* et *cas fortuit*. Impossible et irrésistible, ce dernier se distingue de la force majeure par le fait qu'il n'est pas étranger au débiteur. Contrairement à elle, il n'est donc pas une cause étrangère. Il n'affecte donc pas la causalité du dommage.

Mais il établit l'absence de faute du défendeur et a par suite un effet exonératoire quand sa responsabilité est conditionnée par une faute de sa part ».

Pour le professeur colombien Wilson RUIZ, l'expression « force majeure » illustre l'irrésistibilité de l'événement et le « cas fortuit » représente son imprévisibilité. Suivant cette logique, elles désignent deux catégories différentes d'événements dont les uns et les autres seraient exonératoires. De ce fait, il n'est pas nécessaire qu'ils soient concurrents et la présence de l'un des deux sera suffisante²⁵⁸.

L'irrésistibilité dont on parle ici est l'impossibilité de surmonter le fait et d'échapper à ses effets. Bien entendu, un fait ne se transforme pas en fait irrésistible uniquement parce que son existence rend plus difficile la réalisation de l'acte médical. Il est nécessaire que le fait soit infranchissable, de manière à empêcher de façon absolue la réalisation de l'acte dans les conditions demandées.

La Cour Suprême de Justice Colombienne considère sur ce point : « S'agissant de phénomènes météorologiques tels que la pluie, la brume, le vent, la tempête, ils ne se transforment en cas fortuit que dans l'éventualité où par leur magnitude et leur force excessive ils sortent du cours habituel de

²⁵⁸ RUIZ OREJUELA Wilson, *Responsabilidad Medica Estatal*, Ed. Librería Jurídica Sánchez, Medellín 2004, p.84

la nature, en se transformant en quelque chose d'invincible dépassant ainsi toute prévision humaine »²⁵⁹.

2.2.2. Le comportement fautif du patient.

Le comportement fautif du patient peut exonérer totalement ou partiellement le médecin de sa responsabilité si celui-ci est la cause exclusive ou partielle du dommage. Seule l'intervention active du patient à la réalisation du dommage peut être exonératoire.

Il existe deux manières pour la victime de prêter son concours à la réalisation du dommage, à savoir, la commission d'une faute ou l'acceptation d'un risque²⁶⁰.

Dans la première hypothèse, lorsque le comportement négligent du patient ou sa réticence au traitement amènent le médecin à donner un faux diagnostic ou à employer une thérapeutique inadéquate, ou lorsque le patient

²⁵⁹ Cour Suprême de Justice, Décision du 3 mai 1965, Gazette Judiciaire Tome CXL, page. 126. Bogotá D.C.

²⁶⁰ V. : MARIANI-BENIGNI Isabelle, *L'exception de risque accepté dans le contentieux administratif de la responsabilité*, RDP 1997, p.841

Une décision de la CAA de Lyon du 6 février 2007 illustre bien les cas où l'acceptation du risque, expresse ou tacite, par le patient peut exclure la responsabilité du praticien.

Dans les faits, suite à la pose d'implants mammaires dans un but esthétique, la plaignante a présenté, dans les semaines suivantes, des douleurs et un dégonflement précoce de la prothèse gauche, qui a nécessité une nouvelle intervention, à l'occasion de laquelle elle a sollicité également le regonflement de la prothèse droite. La patiente a manifesté rapidement un syndrome inflammatoire mammaire qui a conduit à décider l'ablation des prothèses.

La Cour a estimé que « lorsque l'acte médical envisagé, même accompli conformément aux règles de l'art, comporte des risques connus de décès ou d'invalidité, le patient doit en être informé dans des conditions qui permettent de recueillir son consentement éclairé (...) les Hospices civils de Lyon n'apportent pas la preuve, qui leur incombe, que Mlle X a été préalablement informée des risques connus d'infection et de dégonflement de la prothèse, (...) par suite, en l'absence d'urgence rendant impossible l'information préalable de la patiente, ce défaut d'information a constitué une faute susceptible d'engager la responsabilité de l'hôpital (...) il ne résulte toutefois pas de l'instruction que Mlle X se serait, dans le cas inverse, soustrait à cette intervention (...) en effet, nécessairement informée des risques encourus par les conséquences malheureuses des interventions précitées, elle formule sans équivoque dans sa demande indemnitaire le souhait de recourir à nouveau à une pose d'implants mammaires, afin d'améliorer l'esthétique de sa poitrine (...) dans ces conditions, la faute commise par les Hospices Civils de Lyon n'a pas entraîné, dans les circonstances de l'espèce, de perte de chance, pour Mlle X, de se soustraire au risque qui s'est réalisé (...) aucune indemnisation ne peut, en conséquence, être due à ce titre ». CAA de Lyon, 6^{ème} chambre, décision n° 03LY00229 du 6 février 2007, JurisData n° 2007-345099

ne respecte pas les consignes données par le praticien²⁶¹ et que cela a une incidence déterminante dans la production du dommage ou contribue à celui-ci, la responsabilité du médecin sera totalement ou partiellement –par cumul des fautes- exonérée.

Mais si le comportement du médecin a contribué d'une quelconque façon au comportement fautif du patient, l'exonération –totale ou partielle- n'aura pas lieu d'être et le médecin devra répondre de l'intégralité du dommage.

La spécificité et la technicité des actes médicaux, la particularité de la relation de confiance instaurée entre le médecin et son patient, conduisent les juges à faire preuve d'une grande prudence dans ce domaine. Le rapport de force, intrinsèquement inégal, qui existe entre le soignant et le soigné jouet nécessairement un rôle important dans la faute commise par le patient.

C'est pour cela que les tribunaux sont le plus souvent réticents à retenir une faute de la victime de nature à exonérer ou limiter la responsabilité du praticien²⁶².

La prise en compte du comportement fautif de la victime s'illustre essentiellement dans le domaine très sensible de la responsabilité médicale, à savoir celui de l'information. Comme nous l'avons déjà signalé, le patient a lui aussi l'obligation de donner des informations claires et précises à son médecin.

²⁶¹ Conseil d'État, Section III, décision n° 16010 du 19 septembre 2007, Maria Edilma GERRERO c/ Hospital San Vicente de Paul de Palmira, Magistrat chargé de l'affaire : Ernesto GIL BOTERO, Bogotá D.C

²⁶² V. : HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, Conseil génétique et responsabilité : l'embarrassante question du concours de la victime à la survenance d'un dommage, AJDA, 9 février 2009, p.219

V. : Dispositif anti-Perruche, Cour Administrative d'Appel de Paris, 8ème Chambre, 6 octobre 2008, décision n° 07PA03630 - 07PA03717 ; Rapporteur Mme. DESTICOURT, Rev. Droit Administratif n° 12, Décembre 2008, comm. 169 ; JCP A n° 15, 6 Avril 2009, 2083 chron. Marie-laure Moquet-Anger ; JurisData n° 2008-004189

C'est dans ce sens que la Cour de Cassation française s'est prononcée en rejetant la demande d'indemnisation de parents qui avaient engagé la responsabilité de leur médecin -ainsi que celle du centre hospitalier et des sages-femmes- à la suite de la contamination par le VIH de leur nouveau-né, au motif que la patiente avait caché son état de santé lors de son admission, participant ainsi à la réalisation du dommage. A la date de la naissance de l'enfant, le dépistage systématique du VIH n'était pas obligatoire. En manquant à son obligation d'information, la patiente a contribué à la réalisation du dommage²⁶³.

En effet, pour donner des soins adaptés, le médecin doit connaître le plus précisément possible l'état de santé de la personne qu'il soigne. Un patient qui omettrait de fournir une information sollicitée, ou qui donnerait une information volontairement incomplète ou erronée, pourrait se voir reprocher une faute de nature à exonérer totalement ou partiellement le praticien.

Le préjudice résultant d'une situation à laquelle la victime s'est sciemment exposée à un risque s'associe notamment aux cas de refus de soins. Ce faisant la victime s'exposerait de façon volontaire à un risque qui en principe peut exonérer -totalement ou partiellement- la responsabilité du médecin.

Cependant, les choses ne sont pas aussi simples. En France, initialement, on avait développé la notion de « refus fautif de soins »²⁶⁴ dans les cas où la victime ne contribuait pas à l'atténuation de son préjudice. Ce

²⁶³ Cependant, la Cour n'a pas totalement écarté la responsabilité du médecin qui n'a pas apporté la preuve d'avoir dûment informé sa patiente sur les risques encourus par le fœtus du fait de la contamination de la mère. Cour de cassation, 1^{ère} civ., arrêt n° 09-68.042 du 20 janvier 2011, CPAM des Bouches-du-Rhône, JurisData n° 2011-000527

²⁶⁴ Cour de cassation, 2^{ème} chambre civile, 13 janv. 1966, Gaz. Pal. 1966, 1, p. 375 ; RTD civ. 1966, p. 806, obs. G.Durry ; Cassation criminelle, 30 oct. 1974, Dalloz 1975, J. p°178, note R. Savatier ; JCP 1975, II, n°18038, note L. Mourgeon

dernier fut le cas de la jurisprudence judiciaire. Ensuite, on a fait application de l'article 16-3 du code civil, en application duquel « nul ne peut être contraint, hors les cas prévus par la loi, de subir une intervention chirurgicale »²⁶⁵ ou, de manière plus générale, un acte médical préconisé par ses médecins²⁶⁶.

Néanmoins une décision de la Cour administrative d'Appel de Lyon du 15 mai 2007 rappelle que : « Il n'appartient, en revanche, qu'au médecin lui-même de déterminer les mesures qu'appelle l'état d'un malade, sans qu'en aucune façon il ne puisse accepter de se voir imposer la mise en œuvre d'une thérapeutique par la personne malade, quelle que soit la qualité de celle-ci (...) »²⁶⁷.

La loi du 4 mars 2002 - article L.1111-4 du Code de la santé publique- a consacré, le droit pour le patient de refuser les soins qu'on lui propose. Mais pour qu'il refuse ces soins en connaissance de cause, la loi prévoit que le médecin doit tout mettre en œuvre pour le convaincre de les accepter, en l'informant sur les conséquences éventuelles de son refus. De ce fait, le praticien qui accepte ce refus de soin, tout en ayant préalablement tenté de convaincre le patient de recevoir les soins nécessaires, n'engagerait pas sa responsabilité.

²⁶⁵ Cour de cassation, 2^{ème} chambre civile, 19 mars 1997, décision n° 93-10914, JCP G 1997, n° 19-20, IVN° 1006, p. 157 ; JurisData n° 1997-001230

²⁶⁶ Cour de cassation, 2^{ème} chambre civile, 19 juin 2003, décision n°01-13289, Petites affiches 19 septembre 2006, N° 187, p. 7

²⁶⁷ En l'espèce, l'intervention litigieuse avait été pratiquée à la demande instante du patient, chirurgien lui-même. Les magistrats ont jugé que concours du malade n'exonérait en rien le praticien. CAA de Lyon, 6^{ème} chambre, décision n° 04LY00116 du 15 mai 2007, JurisData n° 2007-352888

2.2.3. Le fait d'un tiers

Le fait d'un tiers est une cause étrangère qui peut être exonératoire de responsabilité lorsqu'elle engendre la rupture du lien de causalité. Si le fait du tiers est l'unique cause du dommage, le lien de causalité disparaît car l'imputation sera erronée. Elle reposera sur une personne différente de celle qui a vraiment été à l'origine du dommage.

Entre la tierce personne et le débiteur ne doit exister aucune relation de dépendance, il ne doit pas exister non plus de faute imputable au débiteur. Dans le cas contraire, le fait du tiers perd sa vocation exonératoire.

Ainsi, le fait du tiers est exonératoire de responsabilité lorsqu'il est totalement indépendant de la victime et du débiteur. Ce qui a été expliqué par le professeur MARTINEZ RAVE : « (...) Dans les cas de dépendance énoncée par l'article 2347 du Code Civil pour établir la responsabilité du fait des tiers, ces tierces personnes ne libèrent pas les personnes de qui elles dépendent. Ainsi le fait du fils mineur, de l'employé, du subalterne, de l'apprenti, du pupille, ne peut pas être considéré comme le fait d'un tiers par rapport aux parents, patrons, artisans, gardiens, car, juridiquement, ces derniers sont responsables des premiers(...)»²⁶⁸.

L'exonération par le fait d'un tiers est impossible dans les cas où il existe une dépendance juridique entre ce tiers et le débiteur. Néanmoins, il est vrai que le débiteur dispose d'une action en garantie- qui sera analysée ultérieurement- lui permettant de se retourner auprès de celui qui a contribué à la réalisation du dommage pour lequel il a été condamné à indemniser.

²⁶⁸ MARTINEZ RAVE Gilberto, MARTINEZ TAMAYO Catalina, *op. cit.*, p. 253.

Pour le droit Colombien, lorsque le fait d'un tiers est seulement la cause partielle du dommage et que celle-ci est concomitante avec la faute du débiteur, l'exonération ne se produit ni totalement ni partiellement. Cela s'explique par l'article 2357²⁶⁹ du code civil, qui autorise la réduction de la responsabilité quand la victime s'est exposée imprudemment au dommage puisque *nul ne peut profiter de sa propre faute*. Mais, ni cette norme ni aucune autre disposition juridique n'établit qu'une réduction de la responsabilité soit envisageable dans le cas où un tiers contribue à la réalisation du dommage.

Ainsi, l'exonération partielle n'étant pas prévue par la loi, le débiteur devra assumer à lui seul le dommage. Néanmoins, il pourra se retourner contre le tiers, en proportion de la participation de ce dernier à la réalisation du dommage, soit dans le même procès, soit postérieurement en engageant une action récursoire²⁷⁰.

Dans la première partie de notre étude nous avons essayé d'établir les principes sur lesquels la responsabilité, qu'elle soit contractuelle ou extra-contractuelle, se fonde, ses sources légales et son traitement doctrinal et jurisprudentiel.

Ces fondements nous ont permis d'établir la nature de la responsabilité issue de l'activité hospitalière et médicale et ses origines. Il convient à présent de s'interroger sur la typologie des obligations qui découlent de l'acte médical.

Ces obligations ont traditionnellement été classifiées par la doctrine et la jurisprudence -colombienne, française et étrangère, en général- à partir de

²⁶⁹ Code civil colombien, article 2357 : « Réduction de l'indemnisation : L'appréciation du dommage est sujette à une réduction, si celui qui l'a subi s'est exposé imprudemment ».

²⁷⁰ Notions expliqués dans le chapitre dédié aux dispositifs de réclamation et d'indemnisation.

deux grands critères, suivant le comportement attendu de la part du professionnel concerné.

Ainsi dans un premier temps, nous aborderons les obligations de moyens qui constituent la règle, pour ensuite, dans un deuxième temps, nous intéresser aux obligations de résultat, plus controversées de par l'objectivisation de la responsabilité qu'elles entraînent, et qui sont l'exception.

TITRE II. Nature des obligations à la charge des services hospitaliers et médicaux

En ce qui concerne la typologie des obligations dérivées de la prestation du service médical, que celui-ci soit dépourvu d'un contrat ou lié à un contrat de soins, une partie de la doctrine et de la jurisprudence colombienne et étrangère a adopté une méthode de classification basée principalement sur la recherche du but ou de la finalité poursuivie par les intervenants. Sur ce point, nous retrouvons encore une grande influence de la doctrine civiliste, qui cherche toujours à faire prévaloir la volonté des parties.

De la sorte, les obligations des soignants, en général, et des médecins, en particulier, sont divisées en obligations de moyens et en obligations de résultat²⁷¹. Les obligations de moyens demeurent la règle quasi-générale, les obligations de résultat restent moins courantes ou quasi-exceptionnelles.

Il est pertinent de signaler que cette classification est le plus souvent attachée au domaine de la responsabilité contractuelle et tout particulièrement en ce qui concerne les obligations de résultat, mais lesdites notions sont aussi applicables à la responsabilité extra-contractuelle, bien que ceci soit moins courant.

C'est ce que confirme la Section III du Conseil d'État colombien : « La distinction entre les obligations de moyens et les obligations de résultat a été régulièrement liée à la responsabilité contractuelle. Néanmoins, rien ne s'oppose à l'utilisation desdits concepts dans le régime de la responsabilité extra-contractuelle, car cette classification n'a pas comme seule source la

²⁷¹ Pour une grande partie de la doctrine colombienne ainsi qu'étrangère, le professeur René DEMOGUES est à l'origine de cette distinction. JARAMILLO Carlos Ignacio, *Responsabilidad civil médica*, Colección Ensayos n°8 Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2006, p. 301. SERRANO ESCOBAR Luis Guillermo S, *op. cit.*, p. 106.; WEILL Alex, TERRE François, *Les Obligations*, DALLOZ Paris 1986, p.405.

Pour d'autres auteurs, cette distinction trouve ses origines dans le droit romain. Joseph FROSSARD, *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, L.G.D.J. Paris, 1965, p.13.

volonté concertée des parties (bien que dans certaines éventualités, les parties réalisent un pacte à ce sujet), mais celle-ci surgit aussi bien d'un mandat légal ou en considération exclusive de la nature même de l'obligation contractée.

Beaucoup de critères peuvent être utilisés pour déterminer, en l'absence d'une norme expresse, quand une obligation est de moyens et quand celle-ci est de résultat. (...) Le critère le plus raisonnable, en partant de la définition même de ce type d'obligations, est de prendre en compte la plus ou moins grande probabilité d'atteindre l'objet de l'obligation, c'est-à-dire, que si la probabilité d'atteindre la réalisation de l'objet est moindre, l'obligation sera de moyens, mais que si la probabilité est plus élevée, l'obligation sera de résultat. Cependant, cette définition laisse au juge une marge d'évaluation très ample (...) ²⁷²».

Cela nous permet d'établir que si l'on cherche à déterminer la nature des prestations dues non dans la convention conclue entre les parties mais dans l'esprit même de la prestation, ladite classification peut très bien trouver sa place dans le régime de la responsabilité extra-contractuelle.

De la sorte, on peut penser, par exemple, que dans le cadre d'une vasectomie, il existe une obligation de résultat qui naît non de l'accord entre le médecin et son patient mais d'une analyse de probabilités. Ceci nous amène à conclure que du fait des progrès de la science et du savoir-faire atteint par la médecine actuelle, il n'est plus aberrant désormais de penser que les professionnels sont en mesure de produire un résultat précis et non pas seulement de mettre en œuvre tous les moyens nécessaires à l'obtention de celui-ci.

²⁷² Conseil d'État, Section III, décision 24 janvier de 1998, Décision N° 10.530. Magistrat chargé de l'affaire : Ricardo HOYOS DUQUE, Bogotá D.C

Au-delà du fait de savoir si les obligations de moyens et les obligations de résultat ont une place dans le régime de la responsabilité extra-contractuelle, ce classement trouve son importance au moment d'établir les devoirs juridiques de chaque sujet intervenant dans la relation médicale ainsi que dans la distribution de la charge probatoire et enfin de la responsabilité.

S'agissant des obligations de résultat, la responsabilité du débiteur est engagée lorsque le résultat n'est pas atteint. Corrélativement, dans le cadre des obligations de moyens, l'absence du résultat souhaité ne suffit pas à engager sa responsabilité, il est nécessaire que le comportement du débiteur soit fautif ou dolosif. Dans le premier cas, cela génère une simplicité probatoire importante puisque pour engager la responsabilité du débiteur, la seule preuve de l'absence du résultat promis suffit. Quant au deuxième type d'obligations, une difficulté probatoire majeure existe, car pour engager la responsabilité du débiteur, il faudra prouver la faute ou le dol.

Selon la Cour Suprême de Justice colombienne : « Cette distinction suppose que lorsque l'obligation est de moyens, le débiteur s'exonère de responsabilité en prouvant la diligence et la bienveillance, alors que, quand l'obligation est de résultat, il devra démontrer l'existence d'une cause étrangère. Vu sous un autre angle, quand la responsabilité trouve son fondement dans la faute (...) elle sera de moyens, et lorsque la responsabilité est objective, elle est de résultat. De la sorte, même si dans la législation colombienne cette classification n'apparaît pas, on peut l'appliquer à partir du régime de responsabilité utilisé pour certaines obligations en accord avec la loi ou grâce au développement jurisprudentiel²⁷³.

Le professeur colombien Arturo VALENCIA ZEA²⁷⁴, dans l'analyse effectuée sur ce type d'obligations, reprend les mots de l'auteur allemand

²⁷³ Cour Suprême de Justice, Chambre des affaires généraux, Décision du 14 Mars 1942, *op. cit.*

²⁷⁴ VALENCIA ZEA Arturo, *Derecho civil*, t. III. De las obligaciones, 8^{ème} Ed. TEMIS, Bogotá 1990.

SCHOLOSSMANN : « (...) Dans toute obligation, on doit distinguer l'activité et le comportement du débiteur, du résultat de son activité. Le contenu et l'objet de l'obligation n'est pas le résultat, mais l'activité du débiteur, alors que le résultat est le but de l'obligation ».

Il ajoute : « Cette réflexion sera reprise par d'autres juristes, tels que l'allemand OERTMANN et le français DEMOGUE, ils estiment qu'il existe des obligations qui selon la tradition et la coutume cherchent un résultat et non seulement un comportement du débiteur, le résultat doit se produire sans besoin d'un pacte spécial de garantie comme l'exige SCHOLOSSMANN. En échange, il existe des obligations de simples moyens, dans le sens où le débiteur s'oblige seulement à produire un comportement sans prendre en compte le résultat ».

C'est-à-dire qu'il y a des occasions où l'analyse de la responsabilité se fait à partir de la façon dont l'activité a été exécutée, ce qui nous amène à analyser le comportement du débiteur sans nous soucier du résultat, et dans d'autres occasions, on s'intéressera au but poursuivi, quantifiable par un résultat, pour établir la responsabilité du débiteur.

Si l'on analyse de près les caractéristiques propres à chacune de ces obligations, nous pourrions constater que dans le cadre des obligations de résultat, le plus souvent le débiteur ne dispose d'aucun moyen pour se soustraire de sa responsabilité ou il peut arriver qu'il se libère seulement en démontrant que le dommage a été le résultat d'une cause étrangère, tandis que dans le cadre des obligations de moyens, même s'il est possible que le débiteur soit par moments présumé coupable, il peut se soustraire de sa responsabilité en démontrant que son comportement a été diligent et attentif. De plus, il est aussi possible que la victime soit chargée de démontrer la culpabilité du débiteur.

Pour le professeur Javier TAMAYO JARAMILLO, il existe, en pratique, trois façons pour établir si une obligation est de moyens ou de résultat ²⁷⁵:

« (...) 1- Par décision expresse du législateur, quand la loi établit que le débiteur doit être condamné seulement dans le cas où la faute a été démontrée et le régime probatoire de celle-ci a été fixé, ou quand le fardeau de la preuve a été attribué au requérant (qui devra prouver que le médecin a agi de façon peu convenable), ou bien quand ledit fardeau a été imposé au débiteur (qui devra prouver qu'il a agi de façon adéquate). (Article 1730 et 2005 du Code Civil).

2- Par accord entre les parties, qui librement pourront convenir si l'obligation est de moyens ou de résultat, en accord avec l'article 1604 du Code Civil.

3- Quand ni le législateur ni les parties n'ont établi si l'obligation était de moyens ou de résultat, sera pris en compte le nombre des probabilités pour atteindre l'objectif convenu par les parties. Dans le cas concret de la médecine, étant donné le grand nombre de circonstances et de variables non contrôlables (l'anatomie humaine, les réactions physiologiques, les maladies et lésions non déterminées malgré les analyses préalables) et la série innombrable des événements imprévisibles, tout acte médical, la chirurgie esthétique y comprise, devrait être considéré comme une obligation de moyens et non de résultat²⁷⁶».

²⁷⁵ TAMAYO JARAMILLO Javier, *Culpa contractual. Su exigencia prueba y graduación. Obligaciones de medio y de resultado*, éd. Temis, Bogotá, 1990, p.185

²⁷⁶ Nonobstant le grand respect que nous portons à la position du professeur TAMAYO JARAMILLO, nous considérons que délier complètement les actes médicaux de la notion de résultat peut s'avérer hautement dangereux pour le patient, car même si le contentieux de la responsabilité médicale, lorsqu'il s'appuie sur la notion d'obligation de *résultat*, peut-être parfois excessif, il permet d'éviter ou plutôt d'atténuer la *mala praxis* dans des domaines tels que la chirurgie esthétique, contribuant ainsi à l'efficacité du système. Cependant cette exigence ne peut, de toute évidence, être appliquée qu'à des domaines médicaux qui comportent, de par les mêmes avancements de la science, entre autres, un degré de risque maîtrisé au point de rendre « prévisible » l'aboutissement de l'acte médical.

Chapitre I. Les obligations de moyens et les obligations de résultat.

Pour comprendre la distinction entre les obligations de moyens et les obligations de résultat, il faut se référer à l'objet ou prestation due. S'agissant d'un objet bien précis, défini et délimité, en d'autres termes, quand l'objet de l'obligation est bien concret et que celui-ci est l'équivalent du but poursuivi par le créateur de l'obligation, nous serons face à une obligation de résultat ; mais, il s'agira d'une obligation de moyens lorsque ledit objet est imprécis et que le débiteur de l'obligation n'est pas contraint de produire un résultat concret mais seulement de mettre en œuvre tous les moyens nécessaires à la réalisation de l'acte.

Le code civil colombien ne prévoit pas expressément la distinction entre les obligations de moyens et les obligations de résultat mais nous la trouvons implicitement dans l'article 1604²⁷⁷. Ladite classification a été essentiellement introduite et développée par la jurisprudence de la Cour Suprême de Justice et du Conseil d'État, bien que ces deux Tribunaux ne suivent pas les mêmes lignes directrices.

La Cour Suprême de Justice Colombienne a adopté cette distinction par une décision du 31 mai 1938²⁷⁸, pour ensuite établir, d'une part, que le débiteur peut excuser son comportement en démontrant la force majeure, le cas fortuit ou l'intervention d'un élément étranger, s'agissant des obligations de résultat, et en démontrant l'absence de faute quand il s'agit des obligations de moyens, puis d'autre part, pour imposer au créateur, dans le cadre des obligations de moyens, la charge de démontrer que le débiteur n'a été ni diligent ni prudent.

²⁷⁷ Code civil, *op. cit.*

²⁷⁸ Cour Suprême de Justice, Chambre de Cassation Civile, Décision du 31 mai 1938, Gazette Judiciaire, Tome XLVI, page. 566. Bogotá D.C.

En droit français, les obligations de moyens, ont été introduites par la jurisprudence qui, faisant application de l'article 1137 du code civil, établit : « L'obligation de veiller à la conservation de la chose (...) soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d'un bon père de famille ». Dans cette catégorie on trouve les soins dentaires, les soins médicaux et, en général, les obligations dans lesquelles existe un aléa ou qui nécessitent l'intervention du débiteur. Il s'agit d'obligations qui, si elles ne sont pas respectées, ne peuvent pas pour autant entraîner la responsabilité immédiate du débiteur, il faut prouver que ce dernier a commis une faute.

Les obligations de résultat, au contraire, engendrent la responsabilité du débiteur du simple fait de l'inexécution, responsabilité dont il ne pourra s'exonérer qu'en cas de force majeure. En Colombie, ce type d'obligation se fonde sur l'article 1147 du code civil qui énonce : « Le débiteur est condamné (...) toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part ».

En Colombie comme en France, l'obligation médicale est, en règle générale, de moyens. Néanmoins, une partie de la doctrine et de la jurisprudence considère que cette obligation peut-être de résultat s'agissant de certains domaines spécifiques comme la chirurgie esthétique –par opposition à la chirurgie réparatrice-, l'obstétrique, la radiologie, entre autres domaines plus au moins controversés–comme nous l'analyserons plus tard-.

Sur ce point, la jurisprudence du Conseil d'État colombien présente une évolution notable. Ainsi dans une décision du 18 avril 1994, ce Haut tribunal trouve nécessaire de préciser certains points de sa jurisprudence ainsi : « (...) La responsabilité médicale continue à être traitée par la jurisprudence du Conseil d'État comme étant de MOYENS, c'est à dire de PRUDENCE et de DILIGENCE, de ce fait, le professionnel de la médecine ainsi que les centres médicaux sont contraints de donner au malade toute

l'attention nécessaire pour atteindre le but désiré conformément aux connaissances scientifiques et à la bonne pratique de l'art médical, il est aussi vrai que l'obtention dudit but ne peut pas être garantie. Cette vérité juridique exige, en accord avec les principes qui régulent la charge de la preuve, que le demandeur démontre les faits qui servent de fondement à sa prétention et que le débiteur prouve les faits qui excusent son comportement (...).

(...)Le juge ne valide pas la thèse de ceux qui considèrent que la prestation du service médical est une ACTIVITE DANGEREUSE²⁷⁹ et que de ce fait, sa seule exécution défectueuse comporte une sorte de responsabilité objective, détachée de l'idée de FAUTE. Ainsi, nous ne partageons pas les critères des auteurs²⁸⁰ qui manifestent leur adhésion à cette solution et qui proposent que la seule présence d'une infraction préjudiciable génère une présomption de faute contre le médecin ou contre le centre hospitalier(...)»

²⁸¹.

Quelques années plus tard, ce même Haut tribunal colombien affirmera que l'activité médicale est une « *relation juridique complexe* », indiquant ainsi qu'elle ne doit plus être circonscrite dans le cadre d'une simple obligation de

²⁷⁹ Les personnes exerçant un métier médical ont toujours fait l'objet d'une grande reconnaissance. On leur attribue un grand mérite grâce leur volonté de service, leur abnégation et leur efficacité. C'est cette reconnaissance sociale, due en bonne partie à l'altruisme et à la responsabilité inhérente aux pratiques médicales, qui les distinguent des autres pratiques connues comme des « activités dangereuses ».

Effectivement, tandis que dans le cadre de la médecine, le risque est une forme normale et nécessaire pour développer des principes tels que la solidarité, le bien-être collectif et l'aide au prochain, lorsqu'il s'agit des activités dangereuses, leur exécution cherche seulement un bénéfice individuel. Par exemple, lorsqu'on conduit un véhicule automotrice pour son propre confort, au lorsque on utilise une arme à feu pour sa propre défense. Cour Suprême de Justice, Chambre de cassation civile, décision n° 5507 du 30 Janvier 2001, *op. cit.*

²⁸⁰ C'est en 1959, suite à l'arrêt de la Cour Suprême de Justice du 14 octobre, que la théorie -très éphémère- qui associe l'activité médicale aux activités dangereuses a vu le jour. Aujourd'hui, celle-ci est révolue, mais elle continue à être évoquée par la doctrine spécialisée.

²⁸¹ Conseil d'État, Section III, décision n° 7973 du 18 avril 1994, Magistrat chargé de l'affaire : Julio César URIBE ACOSTA, Bogotá D.C

moyens. De la sorte, pour engager la responsabilité du médecin, il faudra analyser les procédures effectuées de façon intégrale et non pas isolée.

Dans une décision du 7 octobre 1999, il a été signalé : « (...) Il s'agit de concentrer l'attention autour de la relation à l'origine des obligations dans son ensemble, en prêtant une attention toute particulière à l'objet de la prestation, pour éviter ainsi de réduire à un seul aspect la prestation du service médical et/ou hospitalier »²⁸².

Il a été affirmé que dans le cadre des professions libérales, l'obligation assumée par le débiteur est de moyens ou de simple activité, cela signifie que le médecin ou plus généralement, les professionnels de la médecine, sont seulement obligés d'observer un comportement diligent, grâce auquel ils devront veiller au rétablissement du patient, sans que le résultat -la guérison du patient- ne fasse partie de la prestation due.

Néanmoins, une fois analysés les comportements médicaux dans leur intégralité (...), il est évident que l'obligation de prêter assistance médicale constitue une relation juridique complexe.

Ladite relation est composée d'un nombre illimité de devoirs et d'obligations (...) C'est pour cette raison qu'il faut savoir quels sont les devoirs et les obligations qui ont été observés, de quelle façon et quelle est leur portée, pour pouvoir juger le comportement médical vis-à-vis de chaque cas en particulier, et ainsi déterminer l'incidence causale de leur non-respect ou les déficiences dans la réalisation du dommage.

De la sorte, une analyse du cas concret serait nécessaire -en observant la nature de la pathologie- ainsi qu'une évaluation de toutes les étapes qui composent la réalisation adéquate de l'acte médical complexe pour pouvoir

²⁸² Conseil d'État, Section III, décision n° 12655 du 7 Octobre 1999, *op. cit.*

identifier les prestations considérées comme de simples activités et celles qui exigent un résultat concret(...). Cette exigence est nécessaire pour éviter la tendance qui veut situer les activités de moyens à la place de celles qui se profilent clairement comme de résultat (...) ».

Section 1. Le cadre général des obligations de moyens

Du fait même de la nature de la prestation due, l'obligation médicale est principalement une obligation de moyens -ainsi que cela a été signalé auparavant- puisque le médecin s'engage seulement à mettre en œuvre tous les moyens nécessaires au rétablissement du malade, sans pour autant être contraint d'obtenir un résultat. Toutefois, son agissement doit être diligent, attentif et prudent, c'est-à-dire qu'il doit être en accord avec la *lex artis*.

Dans une décision du 26 novembre 1986, la Cour Suprême de Justice colombienne établit également que « (...) L'obligation contractée par le médecin est de moyens et non de résultat. De la sorte, si le but cherché par le traitement médical n'est pas atteint, le médecin ne sera déclaré civilement responsable et de ce fait condamné à payer les préjudices que s'il a été démontré que son agissement était fautif comme conséquence de l'abandon ou du délaissement du malade ou pour n'avoir pas utilisé diligemment ses connaissances scientifiques ou pour n'avoir pas employé le traitement adéquat (...) en sachant qu'il était le plus adapté (...) »²⁸³

De la sorte, le résultat espéré dans de ce type d'obligation est totalement indépendant du résultat attendu par le créancier –sauf s'il existe un accord préalable- et aucune responsabilité ne peut découler de la non-réalisation de ce dernier. Le médecin est seulement tenu de respecter les critères de diligence et de bienveillance normalement liés à l'acte médical, sans qu'il soit possible, en principe, de lui demander un résultat spécifique.

²⁸³ Cour Suprême de Justice, Chambre de cassation civile, décision n° 2423 du 26 Novembre 1986, *op. cit*

1.1. Le cadre conceptuel des obligations de moyens

L'importance de la distinction entre les obligations de moyens et de résultat va au-delà du simple fait que les premières comportent une obligation de diligence et de bienveillance et que les deuxièmes impliquent l'aboutissement de l'acte bien précis. Elle s'étend aussi à l'attribution de la charge probatoire.

L'article 1604 du code civil colombien²⁸⁴ fait expressément allusion aux obligations de « *diligence et d'attention* » qui imposent au débiteur la charge d'apporter la preuve de son comportement diligent. Pour certains auteurs, comme le Professeur MARTINEZ RAVE, cette disposition légale évoque une présomption de faute contre le débiteur en faveur du plaignant. Par conséquent, la preuve de la diligence et de l'attention incombera à la personne qui était tenue de les observer et la preuve de la force majeure à celui qui l'avance.

Le Professeur MARTINEZ RAVE considère que ladite présomption se vérifie lorsque « (...) le créateur n'est pas tenu de démontrer la faute du débiteur qui n'a pas rempli son obligation, et lorsque ce dernier ne peut se libérer qu'en démontrant que l'échec s'est produit nonobstant sa diligence. (...) La non-exécution de ce type d'obligations est accompagnée d'une présomption de faute du débiteur, sans qu'il soit nécessaire que le créateur en apporte la preuve (...) mais s'agissant d'une présomption légale, la preuve du contraire peut être apportée, cela signifie que le débiteur peut la contester en apportant la preuve de sa diligence »²⁸⁵.

²⁸⁴ Code Civil Colombien, Article 1604, *op. cit.*

²⁸⁵ MARTINEZ RAVE Gilberto, MARTINEZ TAMAYO Catalina, *op. cit.*, p. 31.

En ce qui concerne la charge de la preuve, s'agissant des obligations de moyens, la jurisprudence de la Cour Suprême de Justice et celle du Conseil d'État colombien n'ont pas toujours été du même avis. La première fait application de la théorie de la *faute prouvée*, la deuxième penche en faveur de la théorie de la *faute présumée*²⁸⁶. Il faut signaler cependant que, depuis quelques années, la jurisprudence du Haut tribunal administratif s'est rapprochée de celle de la Cour Suprême en ce qui concerne l'application de la de la faute prouvée au contentieux de la responsabilité médicale²⁸⁷.

Pour La Cour Suprême de Justice, en application de la théorie de la *faute prouvée*, le patient doit apporter la preuve de la faute du professionnel. De ce fait, la seule preuve de l'absence de guérison n'est pas suffisante, excepté les cas où le praticien s'était engagé à fournir un résultat déterminé. Dans ce cas, le médecin sera tenu comme coupable et, en conséquence, contraint d'indemniser la victime.

Quant à la théorie de la *faute présumée*²⁸⁸ - habituellement adoptée dans la jurisprudence du Conseil d'État jusqu'en 2006-, la faute se présume à partir de l'acte à l'origine du dommage, de sorte que la démonstration du

²⁸⁶ Pour le professeur Gustavo QUINTERO NAVAS, « Le droit colombien confondait habituellement la notion de faute présumée avec celle de présomption de responsabilité, avant d'admettre que la première intègre le régime de responsabilité pour faute et la deuxième, celui de la responsabilité sans faute ». QUINTERO NAVAS Gustavo, *Regímenes especiales de responsabilidad*, Biblioteca jurídica virtual del instituto de investigaciones jurídicas UNAM, [en ligne]. Disponible sur : <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2499/23.pdf>

²⁸⁷ Conseil d'État, Section III, décision n° 15772 du 31 août 2006, Magistrat chargé de l'affaire : Ruth Stella CORREA ; CE., décision n°16.402 du 3 octobre 2007 Magistrat chargé de l'affaire : Mauricio FAJARDO GOMEZ ; CE., décision n°16270 du 15 octobre 2008, Magistrat chargé de l'affaire : Myriam GUERRERO de ESCOBAR ; CE., décision n° 16700 du 28 janvier 2009, Magistrat chargé de l'affaire : Mauricio FAJARDO GOMEZ ; CE., décision n° 16080 du 19 de février 2009, Magistrat chargé de l'affaire : Mauricio FAJARDO GOMEZ ; CE., décision n° 20536 du 18 février 2010, Magistrat chargé de l'affaire : Mauricio FAJARDO GOMEZ ; CE., décision 18.683 n° du 9 juin 2010, Magistrat chargé de l'affaire : Mauricio FAJARDO GOMEZ.

²⁸⁸ En ce qui concerne l'élément « faute », la charge de la preuve est inversée, en présumant son existence et en imposant au demandeur uniquement la charge de prouver le dommage et son lien avec le service. Une fois ses deux éléments démontrés, il revient à l'organisme requis, pour être exonéré de sa responsabilité, d'accréditer que leur intervention a été opportune, prudente et diligente, c'est-à-dire, qu'il n'y a pas eu faute du service ; ou de rompre le lien causal, en démontrant la survenance d'une cause étrangère, comme la force majeure, la faute exclusive de la victime ou le fait aussi exclusif et déterminant d'un tiers. Conseil d'État, Section III, décision n° 14400 du 11 mai 2006. Magistrat chargé de l'affaire : Ramiro SAAVEDRA BECERRA, Bogotá

dommage suffira à déclencher la responsabilité du praticien qui devra démontrer que même en ayant agi avec la diligence et la prudence nécessaires pour éviter le dommage, celui-ci s'est produit du fait de causes étrangères.

La loi 23/1981 dans son article 16 établit que « La responsabilité du médecin pour les réactions indésirables, qu'elles soient immédiates ou tardives, comme conséquence du traitement, n'ira pas au-delà du risque prévu. Le médecin avertira dudit risque le patient, sa famille et ses proches».

Dans cette disposition on distingue une obligation de moyens limitant la responsabilité du médecin au simple *risque prévu*. C'est-à-dire que dans le cas d'un résultat contraire, le professionnel ne sera responsable que si ledit résultat dommageable est la conséquence d'un risque imprévu ou injustifié.

L'article 1616 du code civil colombien, dispose également : « Si l'on ne peut pas reprocher de dol au débiteur, celui-ci sera responsable seulement des préjudices prévus ou ayant pu être prévus dans le contrat ; mais en cas de dol, il est responsable de tout préjudice ayant comme cause immédiate ou directe la non-exécution de l'obligation ou son exécution tardive. Le retard provoqué par la force majeure ou le cas fortuit ne donne pas lieu à une indemnisation. Les stipulations des contrats pourront modifier ces règles ».

N'oublions pas que dans le cadre des obligations de moyens, c'est le comportement négligent du praticien qui est répréhensible. En conséquence, c'est la qualification de l'acte médical qui va être déterminante pour exonérer ou non de toute responsabilité le médecin.

En accord avec la disposition précitée, le décret 3380/1981, réglementant la loi 23, définit la notion de *risque injustifié* et son champ

d'application. De la sorte, est considéré comme injustifié tout risque imposé au patient sans qu'il soit lié à son état de santé ou à sa pathologie²⁸⁹.

L'article 1147 du Code Civil français met à la charge du médecin une obligation contractuelle de réparation « toutes les fois où il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée »²⁹⁰.

L'évolution de la jurisprudence a également eu des conséquences sur certains domaines de l'activité médicale en le soumettant à une obligation de sécurité de résultat notamment dans le cadre des infections nosocomiales ou en raison des matériels utilisés pour l'exécution d'un acte médical. Néanmoins, l'activité médicale reste dans son ensemble soumise à une obligation de moyens.

En droit français comme en droit colombien, la responsabilité des médecins et des établissements hospitaliers connaît une évolution rapide et importante qui fait évoluer la *classique* obligation de moyens du médecin vers une obligation de résultat, sans pour autant pouvoir affirmer qu'aujourd'hui elle soit en train de disparaître au profit de la deuxième.

²⁸⁹ Décret 3380 du 30 novembre 1981, Article 9 : « Sont considérés comme des risques injustifiés tous ceux imposés au patient qui ne correspondent pas à ses conditions cliniques ou pathologiques.

Article 10 : « Le médecin respecte l'avertissement relatif au *risque prévu*, énoncé par le deuxième paragraphe de l'article 16 de la loi 23/1981, lorsque, avec prudence, il met en garde le patient, sa famille, et ses proches, des effets indésirables qui, à son avis et en accord avec la pratique médicale, pourront découler du traitement médical ».

Article 11 : « Le médecin sera exonéré du devoir d'avertir du *risque prévu* dans les suivants :

a) Quand l'état mental du patient ou l'absence de la famille l'en empêche.

b) Quand il est urgent de réaliser le traitement ou la procédure médicale.

Article 12 : « Le médecin fera une annotation dans le dossier médical du fait de l'avertissement du risque prévu ou de l'impossibilité de le faire ».

Article 13 : « Étant donné que le traitement médical peut représenter des effets indésirables à caractère imprévisible, le médecin ne sera pas responsable des risques, des réactions ou des résultats défavorables, immédiats ou tardifs, d'impossible ou difficile prévision dans le cadre de la pratique médicale(...) ».

²⁹⁰ Article 1147 code civil français : « Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part ».

1.2. L'impact des obligations de moyens sur la responsabilité liée à la prestation du service public de santé.

Le médecin, débiteur d'une obligation de moyens, ne s'engage pas à guérir le malade mais à lui administrer des soins consciencieux, attentifs et, sauf circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science.

En conséquence, il est vrai que l'obligation de moyens du médecin se situe dans le cadre d'une responsabilité subjective, c'est-à-dire que le médecin ne sera tenu pour responsable que s'il a été démontré que son comportement a été négligent ou imprudent, la faute est donc requise, c'est pourquoi la seule présence du dommage n'engendre pas sa responsabilité. Néanmoins, il est courant que les juges soumettent la responsabilité du praticien à des critères plus objectifs.

La Cour d'Appel de Paris, par un arrêt du 15 janvier 1999²⁹¹, a statué sur un appel formé par un stomatologue, tenu responsable des conséquences dommageables de l'accident de sa patiente : dans les suites immédiates d'une ostéotomie du maxillaire²⁹² supérieur pour dysmorphose faciale, une jeune fille avait été victime d'une dissection artérielle²⁹³ du siphon carotidien droit entraînant une cécité définitive de l'œil droit. Selon les experts, cette dissection avait été provoquée par l'onde de choc consécutive à l'impact des ciseaux à os. Cependant, aucune faute ne pouvait être reprochée au médecin.

²⁹¹ BOY Laurence, *Le chirurgien a une obligation de sécurité accessoire à l'obligation de moyens*, JCP G n° 15, 14 Avril 1999, II 10068 ; Cour d'Appel de Paris, 1^{ère} Chambre, Section B. 1999, Bulletin N° 13, arrêt du 15 janvier 1999

²⁹² Une ostéotomie maxillaire est une procédure chirurgicale visant à changer la position et/ou la forme de la mâchoire supérieure, dans le but d'améliorer les relations des arcades dentaires supérieure et inférieure. Ces changements de position et/ou de forme amènent également un changement d'aspect morphologique. http://cmf-nancy.ifrance.com/contenu/service/fiches/Chir_ortho/omax.htm

²⁹³ La dissection artérielle se définit comme un clivage de la paroi de l'artère par un hématome (...), [en ligne]. Disponible sur : <http://www.med.univ-rennes1.fr/cerf/edicerf/NR/NR009.html>

La Cour d'Appel de Paris avait confirmé la décision de première instance. Soulignant que « la nature du contrat qui se forme entre un chirurgien et son client ne met en principe à la charge du praticien *qu'une obligation de moyens* », cette Cour considère cependant, que cette obligation n'est pas exclusive d'une obligation accessoire et « que le chirurgien a ainsi une obligation de sécurité, qui l'oblige à réparer le dommage causé à son patient par un acte nécessaire, même en l'absence de faute, lorsque le dommage est sans rapport avec l'état antérieur du patient ni avec l'évolution prévisible de cet état ».

A la lecture de cette décision de la Cour d'Appel de Paris, on peut tirer plusieurs conclusions. Premièrement, l'acte médical ne doit pas aggraver l'état du malade et cela même si le médecin est tenu à une simple obligation de moyens. C'est une vérité d'ordre pratique, moral, éthique et juridique. Deuxièmement, en soulignant qu'il s'agit d'une obligation de sécurité, la Cour exige plus que de la diligence au médecin, elle le place quasiment sur le terrain de la responsabilité « sans faute ». Elle exige de lui beaucoup plus que la seule mise en œuvre de moyens. Il doit répondre de certains risques de sa thérapeutique, même en l'absence de faute.

Pour sa part, le Conseil d'État Colombien s'est prononcé par une décision du 10 Février 2000²⁹⁴ dans une affaire concernant la mort d'un jeune étudiant, suite à un choc septique causé par une appendicite aiguë. A la lecture du dossier médical, il a été constaté que l'accueil médical du malade avait été effectué -à quatre reprises- par la division médicale de l'Université où il était étudiant.

Le dossier médical montre, également, que ledit étudiant souffrait de douleurs à l'estomac, mais aucune information concernant son état ou les examens conseillés n'y apparaissait, bien que l'un des médecins intervenant

²⁹⁴ Conseil d'État, Section III, décision n° 11878 du 10 Février 2000, *op. cit*

au cours de l'une des quatre visites effectuées par le jeune étudiant affirmait l'avoir informé sur la gravité de son état de santé.

Au cours de la deuxième visite, le médecin de garde –différent du premier-, s'appuyant sur les résultats des analyses de laboratoire apportées par le patient, avait conclu à une virose. Ce dernier fait ne sera pas consigné dans le dossier médical.

Une troisième visite fut réalisée. Lors de celle-ci, le patient a été reçu en consultation par un médecin différent, qui avait diagnostiqué une hépatite virale. Cette information sera notée dans le dossier médical ainsi qu'une annotation relative aux symptômes à répétition en l'espace d'une semaine, entraînant une dégradation de l'état de santé du malade. Cependant, le médecin n'avait prescrit qu'un traitement comprenant un relaxant musculaire et un anti-vomitif, sans attendre les examens complémentaires ordonnés par lui-même.

Au vu de son état de santé, le patient avait effectué une quatrième consultation, muni des résultats de ses dernières analyses, le 11^{ème} jour après le début des douleurs abdominales. Le médecin traitant avait constaté que le diagnostic de l'hépatite virale était improbable, penchant plutôt pour une pancréatite. L'hospitalisation du patient fut ordonnée par la suite.

L'état du patient se dégradait de jour en jour mais son dossier médical révèle que durant le séjour du jeune homme, celui-ci avait toujours été suivi par des internistes ou des médecins généralistes, sans jamais bénéficier de la visite d'un spécialiste. Quatre jours après son arrivée à l'hôpital, la famille du malade demanda l'autorisation de sortie en signant le cahier de décharge.

Le jour même, le patient sera admis dans une clinique. Quelques heures plus tard, il suivra une laparoscopie de diagnostic qui mettra en

évidence l'urgence d'une laparotomie²⁹⁵. Celle-ci sera effectuée le lendemain. Après une brève amélioration de son état, le patient entrera dans un état grave provoquant son décès.

A la lecture des faits, il est très facile de constater que si l'obligation médicale est, en principe, de moyens, cette obligation, nous le savons, va plus loin que la simple présence physique du personnel médical ou d'un diagnostic fondé sur l'intuition sans fondements scientifiques. Elle présuppose le déploiement d'un savoir-faire conforme aux données de la science au moment des faits

Même si les institutions concernées ainsi que leurs agents font valoir à plusieurs reprises la difficulté du diagnostic du patient en question, puisqu'il présentait une anomalie dénommée appendicite rétrocaecale²⁹⁶, à l'issue du procès, il apparaît très clairement, nonobstant cette complication et toutes les autres typiques d'un cadre clinique d'*abdomen aigu*, qu'à partir de la deuxième consultation sont survenues des irrégularités à répétition, qui ont conduit au décès du patient.

Particulièrement, l'absence des annotations dans le dossier médical a été constatée ; il a été également établi que lesdites annotations auraient permis une assistance opportune des différents intervenants. De plus, un défaut de prudence a été vérifié lors du diagnostic.

Il est vrai qu'il est plus facile de juger le comportement médical *à posteriori*, spécialement lorsque le personnel médical se trouve face à des situations atypiques et complexes comme celle-ci. C'est bien pour cette

²⁹⁵ Laparotomie : « Incision chirurgicale de la paroi abdominale et du péritoine ». Dictionnaire médical. [en ligne], Disponible sur : www.mediadico.com/dictionnaire/definition/laparotomie/1

²⁹⁶ Lorsque l'appendice se trouve en arrière le long de la paroi postérieure du caecum, qui est la première partie du gros intestin.

raison qu'une étude des faits des plus précises est nécessaire de la part des juges, en utilisant tous les moyens mis à leur disposition pour y arriver, sans jamais oublier que la médecine est une science inexacte et qu'un aléa, inhérent à ce métier, accompagne au quotidien le praticien.

Pourtant, nombre de dommages correspondent à des faits de négligence plus ou moins importants. Une annotation oubliée, un examen omis, etc. les conséquences pour le patient peuvent s'avérer tragiques. Les soignants se doivent alors de limiter au maximum les risques en étant diligents, en utilisant tous les moyens *humains et scientifiques* nécessaires, en respectant les protocoles et les règles de sécurité sanitaire afin de préserver la vie et la santé des patients.

L'éthique médicale et la loi demandent au personnel médical et au médecin, en particulier, un comportement diligent, prudent et attentif, qui se traduit par la mise en œuvre de *tous les moyens nécessaires* au rétablissement du malade. Pour que cela ait un sens, l'expression « *tous les moyens* » doit, de toute évidence, implicitement signifier « se donner les moyens », c'est justement là que l'on trouve la différence entre faire ce qui est dû et faire ce qui est *nécessaire* du point de vue moral et éthique.

Bien que beaucoup de médecins crient à l'injustice à cause d'une judiciarisation excessive de leur métier, nous pensons qu'il ne faut pas « baisser la garde », car même s'il est indiscutable que la grande majorité des soignants est compétente et diligente, il reste malheureusement une petite minorité qui justifie un endurcissement du régime de responsabilité en vue de la protection des malades.

Section 2. L'analyse de la responsabilité médicale d'après des critères objectifs

Le plus souvent analysée à l'aide des critères subjectifs de responsabilité, fondés sur la faute, la responsabilité hospitalière et médicale fluctue parfois vers des tendances particulièrement objectives.

En excluant la faute comme critère d'attribution, on va se servir de l'aléa thérapeutique et du risque sanitaire pour légitimer le droit à réparation de la victime d'accidents médicaux non fautifs ou de contamination en milieu hospitalier (infections nosocomiales et iatrogènes).

2.1. L'aléa thérapeutique et le risque sanitaire

En analysant la littérature juridique concernant les notions d'*aléa* et de *risque*, nous pouvons constater une certaine diversité terminologique pour désigner le dommage causé par le médecin ou le corps médical, sans qu'il y ait eu faute de leur part. Il est donc usuel de trouver des termes tels que « *aléa* », « *erreur* », « *accident* », « *risque* », suivis des qualifications telles que « *médical* », « *sanitaire* » ou « *thérapeutique* ».

Cette diversité terminologique pourrait être problématique dans la mesure où la synonymie n'est pas exacte car cette diversité serait aussi sémantique²⁹⁷.

Néanmoins, nous pouvons limiter le débat terminologique à deux grands groupes, d'un côté, ceux qui préfèrent utiliser le terme d'*aléa*, qu'il soit *médical*²⁹⁸ ou thérapeutique, et de l'autre, ceux qui utilisent celui de

²⁹⁷ SAISON Johanne, *Le risque médical, Evolution de la responsabilité sans faute du service public hospitalier*, éd. L'Harmattan, Paris 1999, p.24. ; FERNANDEZ Mónica, *op. cit.*, p 376.

²⁹⁸ Ce terme sera essentiellement utilisé par la littérature hispanique.

risque. Au sein de ces deux courants, certains considèrent qu'il existe une vraie différence sémantique entre ces deux notions et que de ce fait, chacune a une dimension juridique différente, et d'autres estiment, au contraire, que ces deux notions sont semblables, au point de pouvoir les utiliser indistinctement²⁹⁹.

Pour ceux qui proclament la distinction sémantique entre ces deux notions, l'*aléa* est une notion évolutive, qui constitue la première étape du risque. Ici l'*aléa* se définit comme « la réalisation d'un dommage dont la survenance est méconnue par la communauté médicale à l'instant de la pratique de l'acte incriminé ». Un fois réalisé, l'*aléa* se transforme en *risque*. Ses partisans postulent que la notion d'*aléa* repose sur une condition d'imprévisibilité. De la sorte, celui-ci serait l'accident imprévisible et le *risque*, l'accident prévisible³⁰⁰.

Pour ceux qui considèrent que ces deux notions sont semblables, l'*aléa* ne constitue qu'un élément du *risque*. Ainsi, l'*aléa* thérapeutique survient quand, à la suite d'un acte ou d'un traitement médical, le patient subit une aggravation subite de son état, en lien avec l'acte ou le traitement, sans cependant qu'une faute médicale puisse être établie. De la sorte, dans ce cadre conceptuel, l'*aléa* s'assimile au *hasard*.³⁰¹

Au-delà de la discussion sémantique, il est nécessaire d'établir des notions claires sur ce qu'est l'*aléa* -pour les uns-, ou le *risque* -pour les autres-. La médecine est considérée comme une discipline ou un art aléatoire,

²⁹⁹ Projet G.E.M.A. (Groupement des Sociétés d'Assurances à caractère Mutuel) annexé au rapport EWALD, *Le problème français des accidents thérapeutiques, enjeux et solutions*, La Documentation Française, Paris, 1992, p.112 ; TABUTEAU Didier, *L'indemnisation du risque thérapeutique*, Droit Social, 3 mars 1992, p. 306 ; LAMBERT-FAIVRE Yvonne, La réparation de l'accident médical. Obligation de sécurité : oui ; *aléa* thérapeutique : non, Rec. Dalloz 2001, chron., N°7, p. 572

³⁰⁰ SAISON Johanne, *op. cit.*, p. 30.

³⁰¹ S.H.A.M., *L'indemnisation de l'aléa thérapeutique, utopies et réalités en France et en Europe*, Lyon, 30 mars 1990, p. 68

par opposition aux sciences exactes comme les mathématiques. Néanmoins, cette notion d'*aléa* que nous essayons de délimiter n'est pas celui lié à l'exercice même de la médecine, qui est plutôt semblable à la difficulté du diagnostic des maladies ou à celle de trouver le traitement adéquat. Dans ce cas l'*aléa* se traduit par le dommage -dans une connotation négative de l'aléa, car il peut s'agir d'un résultat positif, mais néanmoins inattendu, qui n'intéresse pas la théorie de la responsabilité pour des raisons évidentes- qui survient suite à la réalisation d'un acte médical mais qui n'est pas une conséquence directe de ce dernier et qui ne peut pas être considéré comme une évolution de la maladie. Ce dommage est intégralement détaché de la maladie et n'est pas une conséquence de l'acte médical³⁰².

De la sorte, l'aléa thérapeutique se place dans le champ de la responsabilité objective. Il fait référence aux éventualités où la dégradation de l'état de santé du patient intervient sans qu'existe une explication dans la sphère scientifique.

La jurisprudence française a été pionnière dans la discussion concernant ce sujet. Il convient d'évoquer l'arrêt GOMEZ de la Cour Administrative d'appel de Lyon³⁰³-redouté dans le milieu médical, qui craignait, qu'au-delà des questions de responsabilité, il soit en frein aux avancées scientifiques- et l'arrêt BIANCHI³⁰⁴ du Conseil d'État français - qui par sa portée, a créé une grande préoccupation entre autres, dans le milieu assurantiel intervenant auprès des cliniques et des hôpitaux publics-.

³⁰² MAZEAUD D, « *Indemnisation de l'aléa thérapeutique* », Recueil Dalloz, 2001, n 20, p.1550.

³⁰³ Cour Administrative d'Appel de Lyon, 21 décembre 1990, Consorts Gomez, J.C.P., 1991, II, 21698 note MOREAU J., MEDOUZE R-M., R.T.D.S.S., 1991, p. 258 ; A.J.D.A., 20 juillet/20 août 1997, p. 562.

³⁰⁴ Conseil d'État français, Assemblée du Contentieux 09/04/1993 BIANCHI, Recueil 127, R.D. public 1993, 1099, note PAILLET, R.F.D.A., 1993, 573, Conclusion DAEL.

Dans la première affaire, un adolescent âgé de 15 ans est hospitalisé aux hospices civils de Lyon pour une intervention chirurgicale justifiée par une cyphose³⁰⁵ avancée. La méthode de Luqué est utilisée. L'opération et le réveil ne soulèvent aucune difficulté. Toutefois trente-six heures plus tard, le jeune Gomez est frappé d'une paraplégie flaque. Aucune faute ne peut être relevée à l'encontre du chirurgien, du personnel qui l'a assisté, ainsi que dans l'organisation du service.

Par cette décision, la Cour Administrative d'appel de Lyon admet l'indemnisation d'une victime en cas de thérapeutique nouvelle, même en l'absence de faute, quand celle-ci crée un risque spécial pour les malades et que le recours à une telle thérapeutique ne s'impose pas pour des raisons vitales, à condition que les complications soit exceptionnelles et anormalement graves et qu'elles en soient la conséquence directe.

Cette décision a suscité beaucoup de questions dans le monde juridique, notamment quant à la portée de ce qu'on peut considérer comme une « thérapeutique nouvelle ».

La méthode Luqué, utilisée sur le malade, était connue depuis cinq ans aux États-Unis. En France, préalablement à l'intervention pratiquée sur le jeune Gomez, cette méthode avait été employée au moins soixante-dix fois.

Une décision du Tribunal administratif de Toulouse du 16 novembre 1995³⁰⁶, est venue préciser cette notion. Ce jugement dégage un critère fréquentiel, complété par un critère temporel, c'est-à-dire, qu'après un certain

³⁰⁵ La cyphose consiste dans la « Déformation en forme de voussure de la colonne vertébrale : angulation à convexité (bosse) postérieure, c'est-à-dire dont la courbure regarde en arrière », Dictionnaire vulgair médical [en ligne], [réf. du 14 avril 2011]. Disponible sur : <http://www.vulgaris-medical.com/encyclopedia/cyphose-1327.html>

³⁰⁶ Tribunal administratif de Toulouse 16 novembre 1995, C.P.A.M. de Tarn-et-Garonne c/ Centre hospitalier de Montauban, note ALBERT, Responsabilité pour risque exceptionnel et utilisation dommageable d'une thérapeutique nouvelle, Petites affiches, 10 juin 1996, n°70, p.11

nombre d'années, une intervention deviendrait courante, mais que si elle n'est pratiquée qu'à de rares occasions, elle peut longtemps être considérée comme nouvelle³⁰⁷.

Dans l'arrêt BIANCHI, suite à des douleurs cervico-occipitales et paralysie faciale, Monsieur Bianchi est hospitalisé au service neurologique du Centre hospitalier universitaire de Marseille, où il subit plusieurs examens ne révélant rien. Par mesure de sécurité, une artériographie vertébrale a été pratiquée, le patient se réveille avec une tétraplégie et souffre de très importantes douleurs. L'expert judiciaire retient comme cause vraisemblable de cet accident une occlusion secondaire à l'artériographie, au niveau de l'artère vascularisant la moelle cervicale, provoquée par une petite bulle ou un petit caillot libéré au moment de l'exploration, constituant un risque inhérent à ce genre d'examen. L'expert conclut en disant que l'hôpital n'a commis aucune faute dans l'exécution de l'artériographie.

Le Conseil d'État va engager la responsabilité de l'hôpital en décidant que « lorsqu'un acte médical nécessaire au diagnostic ou au traitement du malade présente un risque dont l'existence est connue mais dont la réalisation est exceptionnelle et dont aucune raison ne permet de penser que le patient y soit particulièrement exposé, la responsabilité du service public hospitalier est engagée si l'exécution de cet acte est la cause directe de dommages sans rapport avec l'état initial du patient comme avec l'évolution prévisible de cet état, et présentant un caractère d'extrême gravité ».

Cette décision constitue une avancée majeure en ce qui concerne l'indemnisation des victimes puisque le Conseil d'État a formellement autorisé l'indemnisation de l'aléa thérapeutique.

³⁰⁷ BASTE Jean Claude, *L'aléa médical : évolution du concept en droit public*, in, TRUCHET Didier, *L'indemnisation de l'aléa thérapeutique*, Sirey, Paris 1995, p.19

Néanmoins, elle fixe des conditions très strictes pour l'indemnisation. Compte tenu de ces conditions, cette jurisprudence n'avait jusqu'à présent reçu qu'un nombre d'applications limitées, bien qu'ensuite elle ait été étendue aux dommages à la suite d'accidents médicaux survenus dans les actes dépourvus de finalité thérapeutique.

La Cour de cassation française s'est pour sa part refusé à plusieurs reprises à indemniser l'aléa thérapeutique, notamment par un arrêt du 8 novembre 2000³⁰⁸. Elle redoutait, en cas d'extension du champ des obligations de résultat à l'aléa thérapeutique, des conséquences pratiques beaucoup plus importantes que celles de l'arrêt BIANCHI dans la jurisprudence administrative, et la reformulation de l'ensemble des règles de la responsabilité médicale. Cette volonté de la jurisprudence judiciaire et son opposition avec la jurisprudence administrative étaient néanmoins atténuées par l'utilisation des obligations de résultat dans certains domaines tels que les dommages provoqués par les infections nosocomiales, sauf preuve de la cause étrangère, les fournitures de prothèse³⁰⁹, et par la notion de faute virtuelle³¹⁰.

Cette solution avait alors provoqué le soulagement du milieu médical, particulièrement dans les cas d'accidents gravissimes. Cependant, elle créait une opposition avérée entre ces deux ordres de juridiction, tout en donnant aux patients un sentiment d'incertitude.

³⁰⁸ Cour de Cassation française, 1^{ère} Chambre Civile, décision n° 1815 du 8 novembre 2000. *Bulletin*, 2000, I, n° 287, p. 186 Rapporteur : SARGOS

³⁰⁹ Cour de Cassation française, 1^{ère} Chambre Civile, Décision n° 97-15.818 du 29 juin 1999, D.1999, p.559, note THOUVENIN. D ; Cour de Cassation française, 1^{ère} Chambre Civile, Décision n° 97-20.903, 97-14.254 du 29 juin 1999, D. 1999, I.R., p.201

³¹⁰ HUREAU Jacques, POITOUT Dominique, *L'expertise médicale, en responsabilité médicale et en réparation d'un préjudice corporel*, éd. Masson 2005, page 142.

Par la suite, la loi du 4 mars 2002 consacre la réparation des conséquences des risques sanitaires, elle retient l'aléa thérapeutique lorsqu'il présente un certain facteur de gravité, il est alors pris en compte et indemnisé par la solidarité nationale. Elle concerne l'accident médical, entendu comme l'événement imprévu qui cause un dommage en rapport avec l'acte médical mais dont la réalisation est indépendante de toute faute médicale. Elle concerne également les affections iatrogènes équivalentes au dommage subi par un patient en relation avec la délivrance d'un traitement et aussi les infections nosocomiales, celles-ci apparaissant en cours ou à la suite d'une hospitalisation, alors que le patient ne les avait pas lors de son entrée à l'hôpital.

La loi Kouchner contribue à dépasser un nombre important de difficultés et d'insuffisances présentes dans le système traditionnel de responsabilité en la matière. Entre autres, elle contribuera à établir des règles plus efficaces pour l'indemnisation des victimes des accidents médicaux non fautifs.

Un des points essentiels de cette réforme est la réaffirmation de la faute comme fondement du système de responsabilité³¹¹. Il est accompagné de deux dispositions très importantes, d'un côté la sujétion à une assurance de responsabilité civile professionnelle *obligatoire* -ce qui modifie les conditions d'attribution de la responsabilité³¹²- et d'un autre côté, un mécanisme solidaire d'indemnisation cherchant à garantir l'indemnisation des préjudices non attribuables à la faute du médecin ou de l'établissement médical -public ou privé- à travers l'*Office National d'Indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales* - O.N.I.A.M.-.

³¹¹ COELHO José. « *La nouvelle configuration de l'indemnisation des conséquences des risques sanitaires : distinction entre responsabilité et solidarité* ». Revue de droit médical 2003 N°9, p. 31-46.

³¹² La solvabilité du responsable présumé, institution ou soignant, va avoir d'incidences sur l'attribution de la responsabilité mais aussi sur le montant alloué aux victimes au titre d'indemnisation.

En conséquence, ce système d'indemnisation est gouverné par un régime dualiste, où l'on trouve d'un côté, un sous-régime de responsabilité fondé sur la notion de faute, garantie par une assurance -obligatoire- de responsabilité civile, et d'un côté un sous-régime d'indemnisation des dommages non fautifs, à la charge du fonds de solidarité.

Dans le panorama juridique colombien concernant ce sujet, le terme d'*aléa* est quasiment inutilisé. La doctrine et la jurisprudence - qu'elle soit civile ou administrative- remplacent, le plus souvent, le terme d'*aléa* par celui de *risque*, en faisant une utilisation très large du concept.

Quelques utilisations de ladite expression ont été notées, mais elle reste encore peu répandue³¹³. Cependant, elle est toujours incorporée à la notion de risque et assimilée au *hasard* inhérent à l'activité médicale³¹⁴.

De la sorte, les avancées en la matière en droit colombien ne suivent - ni de loin ni de près- celles du droit français. Jusqu'à présent la doctrine colombienne n'a pas développé le concept d'*aléa thérapeutique* proprement

³¹³ Conseil d'État, Section III, décision 10251 du 4 septembre 1997, Magistrat chargé de l'affaire : Ricardo HOYOS DUQUE ; CSJ., cass. sociale, décision n° 30621 du 22 janvier 2008, Instituto de Seguros Sociales c/ Olga Beatriz PEREZ, Magistrat chargé de l'affaire : Eduardo LÓPEZ VILLEGAS : «(...) Tel qui le montre la doctrine, la configuration de la responsabilité médicale ne peut pas être limitée à des modèles préfigurés de responsabilité, ni à des standards prédéterminés de faute. Car il ne s'agit pas d'une faute ordinaire mais d'une faute professionnelle qui doit être évaluée à la lumière de la complexité de la science ainsi que de l'état de celle-ci au moment de l'application. Dans la catégorie de la prestation médicale on peut trouver des procédures et des interventions très dissemblables pour traiter une innombrable quantité de maladies ayant des causes, des symptômes et des traitements, dont certains sont acceptablement établis et d'autres que la science méconnaît encore, mais aucun n'exclut l'aléa thérapeutique (...) »

³¹⁴ Face à l'absence d'application de cette notion en droit colombien, un groupe d'études a tenté de savoir si jurisprudence, civile ou administrative, ne faisait pas application, de manière implicite, de cette notion, en changeant le titre d'imputation de l'aléa pour celui de la faute, manquant ainsi aux principes de justice et de équité.

Sur les décisions rendues par les Hauts tribunaux colombiens entre 2002 et 2008 -36 décisions au total en matière de responsabilité hospitalière et médicale- seul une correspondait à ce cas de figure.

Cela permet de confirmer que le juge colombien, certainement en tenant compte des répercussions financières, peine à appliquer ce critère d'imputation.

V. FERNANDEZ Mónica, *El alea terapéutica desde la perspectiva del derecho colombiano*, Revue Prolegómenos - Derechos y Valores, Vol. XII - N° 23, Javier - Juin 2009, Bogotá, p. 43-58

dit, elle s'est limitée à évoquer l'existence de cette notion dans la doctrine étrangère, notamment française³¹⁵.

Ledit sujet a été traité en Colombie dans un cadre juridique très général appliqué notamment à la responsabilité médicale pour défaut d'information, réglementé par la loi 23/1981.

Ce système juridique prévoit en effet que la responsabilité du médecin est engagée lorsque ce dernier manque à son devoir d'informer son patient sur tous les *risques prévus*, qu'ils soient inhérents à l'acte ou prévus par la science, ou lorsqu'il soumet son patient à des risques injustifiés, c'est-à-dire quand le risque excède celui de la pratique médicale courante.

Concernant cette catégorie de risque *-risque prévu-*, nous pouvons observer qu'elle sort de la notion d'*aléa*, énoncée par le droit français car elle est dépourvue de l'essentiel de cette notion, c'est-à-dire l'imprévisibilité.

Dans cette logique des choses, lorsque le patient est touché par des événements à caractère exceptionnel, difficiles à prévoir, il ne sera pas possible d'attribuer une quelconque responsabilité au médecin puisque ce type de *risque* est en principe inattaquable.

Dans ce sens, le Conseil d'État colombien, dans une décision du 4 septembre 1997, établit : « En accord avec l'article 16 de la loi 23/1981, dictant des normes en matière d'éthique médicale, la responsabilité du médecin, dérivée des réactions indésirables, immédiates ou tardives, provoquées par les effets du traitement n'ira pas au-delà du *risque prévu*. Le médecin avertira le patient ou la famille de celui-ci (...). Il résulte de cette norme que les procédures médicales ou chirurgicales créent des risques pour le patient et que ceux qui sont prévus peuvent engager la responsabilité du

³¹⁵ FERNANDEZ Mónica, *op. cit.*, p. 376-386. YEPES Sergio, *op. cit.*, p. 89.

médecin traitant, ainsi que celle de l'organisme public qui assure le service. Ainsi aujourd'hui la responsabilité hospitalière (...) peut être engagée de manière exceptionnelle en cas de risque. ³¹⁶»

Il faut comprendre que dans cette optique, la responsabilité du médecin ne va pas au-delà du risque prévu et que dans le cas contraire, c'est-à-dire lorsqu'un risque imprévisible ou atypique survient, cela n'engage nullement la responsabilité du praticien. Pour qu'il soit responsable, son comportement doit être déterminant dans la réalisation du dommage. Dans le cas contraire, il y a une rupture du lien de causalité et par conséquent, le praticien sera exonéré de toute responsabilité.

Toutefois, il est judicieux de mettre l'accent sur la difficulté -toujours présente, malgré l'évolution de la société- pour le patient, qui en règle générale est ignorant en matière médicale, de comprendre et évaluer l'acte médical afin de déterminer si le dommage est lié à un risque exceptionnel -libérant ainsi le médecin- ou s'il est de nature prévisible.

Du côté des juges, il est aussi possible que dans le but de rendre la justice plus rapidement et d'indemniser les victimes pour un dommage dont les causes sont difficiles à établir, ceux-ci puissent utiliser, entre autres, des figures telles que le consentement informé argumentant éventuellement d'une violation du droit de libre détermination du patient dérivée de l'omission ou de l'inexactitude de l'information³¹⁷.

En Colombie, en interprétant l'article 90 de la Constitution -qui sert de fondement au principe général de la responsabilité de l'État- il a été

³¹⁶ Conseil d'État, Section III, décision n° 10251 du 4 septembre 1997. *op. cit.*

³¹⁷ FERNANDEZ Mónica, *op. cit.*, p. 399

proposé³¹⁸ d'établir une *responsabilité pour risque médical*, applicable au cas où il a été démontré que la cause du dommage est un « *aléa ou une erreur non constitutive de faute* », considérant que dans ces cas, le particulier a été victime d'un dommage *anti-juridique*, donc d'un dommage qu'il n'était pas légalement obligé de supporter. De manière générale, on considère que dans les deux cas - aléa ou erreur non constitutive de faute-, le raisonnement, du point vue juridique, serait le même. Ainsi, il serait déterminant de savoir si le dommage est exceptionnel ou non pour établir si la victime est obligée de l'assumer ou non.

Cette proposition -bien qu'innovante et très intéressante- d'une responsabilité médicale de type objectif basée sur la théorie du dommage *anti-juridique* n'a pas jusqu'à présent eu d'écho au sein du Conseil d'État, pas plus que dans la doctrine.

Ladite proposition semblerait être une issue adaptée pour traiter les éventualités où l'aléa est lié à la réalisation d'un dommage, car elle permettrait une analyse plus approfondie de la notion de *risque*, analyse qui est aujourd'hui inexistante, en tout cas lorsqu'il s'agit d'un risque exceptionnel, puisque l'on sait que la plupart du temps, le juge colombien

³¹⁸ FERNANDEZ Mónica, *op. cit.*, p. 400. Cite: BERMUDEZ M. La noción de la carga de prueba y el régimen de la falla presunta en la responsabilidad de las entidades públicas prestadoras de los servicios médicos. Ponencia para el XXI congreso colombiano de derecho procesal. Cartagena, 2000, p.7 : « L'article 90 de la Constitution a établi l'existence du dénommé dommage anti-juridique comme fondement juridique de la responsabilité de l'État. C'est le même Conseil d'État qui a considéré qu'un dommage est anti-juridique lorsque la victime n'est pas obligée de supporter la lésion d'un intérêt patrimonial par ordre explicite de la loi (...). Ainsi, l'attention inadéquate du patient qui lui provoque un dommage fait que ce dernier a une nature anti-juridique et au contraire, le fait de démontrer que l'attention était adéquate montre, en règle générale, que le dommage est la conséquence du risque assumé par la victime et de ce fait, c'est à elle de le supporter. Néanmoins, l'auteur considère que les dommages produits par l'*aléa chirurgical* (les cas où le dommage est le résultat d'un accident chirurgical de nature exceptionnelle dont la réalisation ne peut pas être liée à un comportement négligent du praticien, pas plus qu'au comportement de la victime puisque cette dernière ne l'a jamais consenti, dès lors elle n'est pas obligée de l'assumer) peuvent être également des dommages anti-juridiques. Il s'agit d'un risque exceptionnel qui pour avoir un tel caractère, n'est pas à la charge de la victime et devrait être assumé par l'État. De la même façon, l'auteur propose que l'*erreur non constitutive de faute* soit aussi considérée comme un dommage anti-juridique, lorsqu'elle est exceptionnelle et qu'elle provoque un dommage particulièrement grave ».

opte pour une indemnisation basée sur le principe du risque prévu orienté sur un défaut d'information qui dénature la notion même d'aléa.

L'analyse de la doctrine colombienne révèle que l'aléa thérapeutique reste un sujet encore peu exploré. Même s'il est urgent d'examiner le sujet, adopter une solution semblable à celle du droit français serait erroné car les conditions sociales et économiques du pays sont différentes. En conséquence, une telle approche de la notion de l'aléa pourrait s'avérer très vite inapplicable ou conduire à une tutelle inefficace des intérêts des patients et du corps médical.

Cette absence d'étude et de réglementation en la matière fait que le juge colombien soit tenté d'utiliser –de manière occasionnelle- la faute comme titre d'imputation alors que les faits relèvent plutôt de l'*aléa thérapeutique*, mettant ainsi les victimes sur un plan d'inégalité

En résumé, si l'on essayait de réunir les différentes notions et éléments exposés auparavant, l'*aléa*, dans sa connotation négative, équivaldrait au dommage ou au préjudice causé au patient indépendamment de toute faute médicale et détaché de l'état de santé initial du patient.

Nous partageons la vision de la doctrine qui considère que l'aléa peut être intégré –mais pas entièrement confondu- à une notion large du risque, le premier étant la partie la plus hasardeuse du deuxième, car l'aléa, totalement imprévisible, ne garde pas de lien avec l'acte médical ou la maladie elle-même, tandis que le risque peut être plus ou moins lié à l'acte médical et à la maladie et qu'il peut être connu ou non. Donc dans cette amplitude conceptuelle, l'aléa peut avoir une place mais en-tout-cas pas une synonymie.

Après un long processus d'évolution, en France, –à la différence de la Colombie- la réparation des dommages médicaux s'étendra non seulement à

l'aléa thérapeutique, mais de façon plus spécifique aux accidents médicaux, paralysies et problèmes nerveux graves, contaminations par transfusion sanguine, pathologies déclenchées par l'anesthésie, etc., les infections nosocomiales et les infections iatrogéniques.

2.1.1. L'indemnisation de l'aléa thérapeutique

En France, avant l'adoption de la loi Kouchner du 4 mars 2002, la réparation de l'aléa thérapeutique pouvait être qualifiée d'*aléatoire* et d'*exceptionnelle*³¹⁹.

Aléatoire, car si l'accident intervenait dans un hôpital public ou dans une structure de soins privée, le Conseil d'État, compétent dans le premier cas, acceptait l'indemnisation et la Cour de Cassation, dans le second, refusait l'indemnisation.

Les victimes subissaient donc une inégalité flagrante de traitement selon le lieu de réalisation de l'acte de soins.

Elle était aussi exceptionnelle. Comme nous l'avons déjà indiqué, c'est la Cour d'appel de Lyon lors de l'arrêt GOMEZ³²⁰ qui fut la première à ouvrir une brèche en acceptant l'indemnisation en dehors de toute faute constatée.

Les conditions d'indemnisation fixées par cette jurisprudence étaient, par ailleurs, très restrictives, en particulier quant à l'utilisation d'une thérapeutique nouvelle et la gravité du dommage³²¹.

³¹⁹ BOURGIN Edouard, *La responsabilité médicale et l'aléa thérapeutique*, Article de doctrine publié le 24 avril 2009, classé dans le thème responsabilité médicale [en ligne]. Disponible sur : <http://www.net-iris.fr/veille-juridique/doctrine/22123/responsabilite-medicale-et-alea-therapeutique.php>

³²⁰ Cour Administrative d'Appel de Lyon, 21 décembre 1990, *op. cit.*

³²¹ « Considérant que l'utilisation d'une thérapeutique nouvelle, créée lorsque ses conséquences ne sont pas entièrement connues, un risque spécial pour les malades qui en sont l'objet ; que lorsque le recours à une telle thérapeutique ne s'impose pas pour des raisons vitales, les complications exceptionnelles et anormalement

L'arrêt BIANCHI du Conseil d'État français étendra les cas d'indemnisation de l'aléa thérapeutique. Toutefois et tel que l'avait fait l'arrêt GOMEZ, elle est soumise à plusieurs conditions restrictives, l'indemnisation n'étant ouverte devant les juridictions administratives que si l'état du patient présentait une extrême gravité, excluant de ce fait une grande partie des victimes.

Pendant ce temps, le juge judiciaire refusait l'indemnisation de l'aléa thérapeutique et répétait inlassablement que l'existence d'une faute ne pouvait se déduire de la seule anormalité du dommage et de sa gravité.

Par exemple, la Cour de Cassation affirmait le 8 novembre 2000 et le 27 mars 2001³²² que « 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 ».

La loi Kouchner a aligné hôpitaux publics et cliniques privées en cette matière, en plus d'assouplir l'indemnisation de l'aléa thérapeutique dans le sens de la solidarité et de la sécurité³²³.

graves, qui en sont la conséquence directe, engageant, même en l'absence de faute, la responsabilité du service public hospitalier (...) ». *Ibidem*

³²² Cour de Cassation française, 1^{ère} Chambre Civile, décision n° 1815 du 8 novembre 2000. *op. cit.* ; Cour de Cassation française, 1^{ère} Chambre Civile, pourvoi n° 99-13.471 du 27 mars 2001, *Bulletin*, 2001, I, n° 86, p. 56 ; JurisData n° 2001-008906

³²³ La loi Kouchner a effectivement aligné les organismes publics et privés de santé. En plus, elle a harmonisé la jurisprudence de la Cour de cassation et du Conseil d'État.

Immédiatement avant la loi du 4 mars 2002, les jurisprudences de ces deux juridictions avaient consacré une « (...) Obligation de sécurité de résultat, autrement dit, une responsabilité objective sans faute. Cette responsabilité était critiquée par les professionnels de la santé qui prétendaient que le risque est difficilement maîtrisable en milieu hospitalier, en quelque sorte l'hôpital est naturellement pathogène. Ces protestations étaient relayées par les assureurs qui allaient jusqu'à dire que le risque n'est plus assurable. Selon B. Kouchner, le vœu des assureurs aurait été que tous les français soient assurés sur leur corps, avec une addition modeste de la prime des contrats multirisque-habitation. La charge du coût de l'assurance aurait été ainsi répartie sur les usagers plus nombreux que les établissements de santé ».

Néanmoins la loi du 4 mars, dans son article L.1142-1, I, alinéa 2 disposait que les établissements de santé seraient responsables de dommages résultant d'infections nosocomiales, sauf preuve d'une cause étrangère. Or la cause étrangère était très difficile à prouver.

Ainsi, l'article L1142-1 II du code de la santé publique ouvre le droit à l'indemnisation de l'aléa thérapeutique : « Lorsque la responsabilité d'un professionnel, d'un établissement (...) ou d'un producteur de produits n'est pas engagée, un accident médical, une affection iatrogène ou une infection nosocomiale ouvre droit à la réparation des préjudices du patient, et, en cas de décès, de ses ayants-droit au titre de la solidarité nationale, lorsqu'ils sont directement imputables à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins et qu'ils ont eu pour le patient des conséquences anormales au regard de son état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci et présentent un caractère de gravité, fixé par décret, apprécié au regard de la perte de capacités fonctionnelles et des conséquences sur la vie privée et professionnelle (...) ».

Ainsi, trois types de dommages relèvent de la notion d'aléa thérapeutique et bénéficient de la solidarité nationale : l'affection iatrogène, l'infection ou l'accident médical. Ces trois formes d'aléa thérapeutique peuvent être indemnisées sous plusieurs conditions.

En premier lieu, *les dommages doivent avoir des conséquences anormales au regard de l'état de santé du patient* comme de l'évolution prévisible de celui-ci. Ce critère est apprécié au cas par cas, en fonction de la pathologie soignée, du traitement choisi et de l'état antérieur du malade. En second lieu, *le dommage doit atteindre un certain degré de gravité*³²⁴.

Face aux menaces de résiliation des contrats d'assurance par les assureurs, alors qu'elle devenait obligatoire, le gouvernement a dû agir, la loi du 30 décembre 2002 a alors vu le jour. Elle sera ensuite intégrée au Code de la santé publique. Il fallait faire vite car au 1^{er} décembre 2003, les établissements de santé peuvent ne plus être assurés.

La charge de l'indemnisation des infections nosocomiales graves est transférée du secteur privé de l'assurance au secteur public, au nom de la solidarité nationale. Cette mutualisation décharge autant les établissements que les assureurs.

MARTIN Raymond, *Indemnisation des infections nosocomiales et accidents médicaux*, Revue juridique de l'ouest 2003/03, p.245-248

³²⁴ Décret n°2003-314 du 4 avril 2003, Article 1 : « Le pourcentage mentionné au deuxième alinéa du II de l'article L. 1142-1 du code de la santé publique est fixé à 24 %.

Un accident médical, une affection iatrogène ou une infection nosocomiale présente également le caractère de gravité mentionné au II de l'article L. 1142-1 du code de la santé publique lorsque la durée de l'incapacité

C'est donc dans ces conditions précises et restrictives que sera indemnisé l'aléa thérapeutique. *Tous les aléas thérapeutiques ne sont donc pas indemnisables.*

Il est important de préciser que la réalisation d'un risque inhérent à l'intervention exclut toute responsabilité du praticien en l'absence de faute de sa part. En effet, les médecins ne sont responsables qu'en cas de faute prouvée.

La Cour de Cassation a rendu une décision sur ce point. En l'espèce, lors d'une intervention chirurgicale visant à suturer la rupture du tendon d'Achille à l'aide du tendon du muscle plantaire grêle, le nerf tibial postérieur de la patiente avait été lésé. Les juges ont décidé que la lésion d'un nerf constituant un risque inhérent à l'intervention n'engageait pas la responsabilité du praticien³²⁵.

Même si la notion d'aléa thérapeutique est subsidiaire à la notion de faute, un partage est possible. La Cour d'appel de Paris a rendu un arrêt illustrant cette hypothèse³²⁶.

La Cour retient dans cette affaire une part de responsabilité de 5% pour le praticien, estimant que 95% du dommage subi relevait de l'aléa thérapeutique devant être pris en charge par la solidarité nationale.

temporaire de travail résultant de l'accident médical, de l'affection iatrogène ou de l'infection nosocomiale est au moins égale à six mois consécutifs ou à six mois non consécutifs sur une période de douze mois.

A titre exceptionnel, le caractère de gravité peut être reconnu :

1° Lorsque la victime est déclarée définitivement inapte à exercer l'activité professionnelle qu'elle exerçait avant la survenue de l'accident médical, de l'affection iatrogène ou de l'infection nosocomiale ;

2° Ou lorsque l'accident médical, l'affection iatrogène ou l'infection nosocomiale occasionne des troubles particulièrement graves, y compris d'ordre économique, dans ses conditions d'existence.

³²⁵ Cour de Cassation française, 1^{ère} Chambre Civile, Décision n° 07-12170 du 18 septembre 2008. Bulletin 2008, I, n° 205 Rapporteur : LAFARGUE.

³²⁶ Cour d'appel de Paris, 1^{ère} Chambre, section B, décision n° 06/22605 23 janvier 2009, Gazette du Palais, 26 mars 2009, jur., p. 1270 ;

Sur le plan de la procédure³²⁷, le patient qui s'estime victime d'un aléa thérapeutique et fait ainsi appel à la solidarité nationale pour un acte de soins postérieur à la date d'entrée en vigueur de la loi Kouchner, doit s'adresser à la Commission Régionale de Conciliation et d'Indemnisation « CRCI » et se verra proposer une indemnisation par l'Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux.

Les particularités du système d'indemnisation de l'aléa thérapeutique présentes en droit français sont inexistantes dans le système colombien, du fait même du développement très limité de la notion d'aléa.

³²⁷ La Commission Régionale de Conciliation et d'Indemnisation –CRCI– peut être saisie par toute personne estimant avoir été victime d'un accident médical, d'une affection iatrogène ou d'une infection nosocomiale et souhaitant obtenir l'indemnisation des dommages consécutifs à cet accident médical.

Pour être recevable devant la Commission, le litige doit avoir pour origine un fait survenu à compter du 5 septembre 2001.

L'intéressé pourra saisir la Commission par simple courrier recommandé avec accusé de réception. Il existe un formulaire de demande d'indemnisation.

Ce formulaire de demande d'indemnisation doit être accompagné de : tout document médical ou administratif établissant le lien entre le dommage et un acte médical, un certificat médical décrivant la nature précise et la gravité du dommage, tout document indiquant la qualité d'assuré social, tout document permettant d'apprécier la nature et l'importance des préjudices, notamment au regard du seuil de gravité fixé par le décret n° 2003-314 du 4 avril 2003, tout document justifiant les sommes éventuellement reçues ou à recevoir au titre de l'indemnisation du dommage par un organisme autre que la sécurité sociale.

De plus, il faut satisfaire à l'une des conditions suivantes :

- 1) Une ITT (Interruption Temporaire de Travail) de plus de six mois sur une période de 12 mois, ou une impossibilité de reprendre son métier,
- 2) Une IPP (Invalidité Permanente Partielle) supérieure à 24% ou une durée d'incapacité temporaire de travail d'au moins 6 mois consécutifs ou 6 mois non consécutifs sur 12 mois.
- 3) Des troubles particulièrement graves dans les conditions d'existence (à l'appréciation de la CRCI).

La gravité du préjudice est appréciée d'après le barème indiqué par le décret n° 2002-314 du 4 avril 2003.

Par la suite, le dossier sera examiné par la Commission et il peut :

- S'il ne remplit pas les conditions d'accès à la Commission : être rejeté,
- S'il existe un doute sur les conditions d'accès à la Commission : être transmis à un expert qui se prononcera sur la recevabilité du dossier après examen des pièces,
- S'il remplit les conditions d'accès à la Commission : être transmis à un expert qui examinera le patient, évaluera les préjudices et déterminera l'origine des dommages. Cette expertise est gratuite et contradictoire (toutes les parties sont convoquées par l'expert).

La Commission régionale a 6 mois à compter de la réception d'un dossier complet pour rendre son avis, au vu du rapport d'expertise, sur les circonstances, les causes, la nature et l'étendue des dommages que le patient a subis ainsi que sur le régime d'indemnisation applicable.

Cet avis est rendu lors d'une réunion de la Commission au cours de laquelle le patient peut demander à être présent, représenté ou assisté par une personne de son choix.

L'ONIAM (Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux, des Affections Iatrogènes et des Infections Nosocomiales), organisme chargé des indemnisations par le compte de l'État ou l'assureur du professionnel de santé en cause, a 4 mois à compter de l'avis pour faire une offre d'indemnisation et 1 mois pour payer si l'intéressé accepte l'offre, [en ligne], [réf. du 21 octobre 2009]. Disponible sur : <http://www.commissions-crci.fr/procedures.php>

Dans le cas colombien, force est de constater qu'en l'absence d'une reconnaissance légale ou juridictionnelle de cette notion, l'indemnisation de l'aléa ou du risque thérapeutique s'avère inexistante, dans tous les cas, si l'on s'en tient à sa genèse première.

2.2. Les infections nosocomiales et les infections iatrogènes

Les infections nosocomiales appelées aussi infections hospitalières, sont des infections qui surviennent chez un patient à l'hôpital ou dans un établissement de santé, alors que cette infection n'était ni présente ni en incubation au moment de l'admission. Cette définition inclut les infections contractées à l'hôpital mais qui se déclarent après la sortie, et également les infections professionnelles parmi le personnel de l'établissement³²⁸. Les infections survenant plus de quarante-huit heures après l'admission sont habituellement considérées comme nosocomiales.

On peut également définir comme une infection nosocomiale ou hospitalière « toute infection apparue au cours ou comme conséquence d'une hospitalisation n'étant pas présente au moment de la mise en marche de l'acte générateur ni au moment de l'admission »³²⁹.

Les infections urinaires, les infections de site opératoire, les pneumopathies nosocomiales, les bactériémies nosocomiales ou septicémies sont les quatre types les plus fréquents et les plus importants d'infections nosocomiales, mais il existe de nombreuses autres situations potentiellement infectieuses³³⁰.

³²⁸ Organisation mondiale de la santé, «*Prévention des infections nosocomiales. Guide pratique* », 2^{ème} éd. Suisse, 2008. Pages : 1 et 5.

³²⁹ CASTELLETTA Angelo, *Responsabilité médicale. Droits des malades*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd. 2004, p.162

³³⁰ **Les infections urinaires** sont les infections nosocomiales les plus courantes ; 80 % des infections sont liées à un sondage vésical à demeure. Les infections urinaires sont associées à une plus faible morbidité que les autres infections nosocomiales, mais peuvent dans certains cas provoquer une bactériémie potentiellement mortelle.

Tandis que l'infection nosocomiale est acquise à l'hôpital, l'infection iatrogène est consécutive à un acte de soins. Une infection iatrogène peut être nosocomiale si elle survient dans un établissement hospitalier ; cependant, de même que toutes les infections nosocomiales ne sont pas iatrogènes, certaines infections iatrogènes ne sont pas nosocomiales. Cette distinction sémantique reste en pratique assez accessoire. Elle pose en fait la limite peu précise du caractère « acquis à l'hôpital ». En général, le terme *hôpital* recouvre l'ensemble des lieux de soins, qu'ils soient publics ou privés, et même tous les lieux de vie plus ou moins médicalisés, comme les services de long séjour, les établissements de handicapés ou encore les crèches³³¹.

Les infections hospitalières suscitent d'innombrables discussions puisque, d'un côté, elles font l'objet d'un nombre important de contentieux – et ils ne cessent de croître –, d'un autre côté parce que, du point de vue matériel, il est impossible de les bannir même en utilisant toutes les mesures sanitaires nécessaires et exigées.

Les infections de site opératoire sont également fréquentes : leur incidence va de 0,5 % à 15 % selon le type d'intervention et l'état général du patient. Il s'agit d'un problème important qui limite le bénéfice potentiel des interventions chirurgicales. L'impact sur les coûts hospitaliers et la durée du séjour postopératoire (3 à 20 jours de plus) est considérable.

La définition de ces infections est essentiellement clinique : écoulement purulent autour de la plaie ou du site d'insertion du drain, ou cellulite extensive à partir de la plaie.

La pneumopathie nosocomiale associée à la ventilation assistée possède un taux de létalité élevé, bien que le risque attribuable soit difficile à déterminer du fait de l'importance des co-morbidités. Les microorganismes colonisent l'estomac, les voies respiratoires supérieures et les bronches, et provoquent une infection pulmonaire (pneumopathie).

Les bactériémies ne représentent qu'une faible proportion des infections nosocomiales (environ 5 %) mais possèdent un taux de létalité élevé – plus de 50 % pour certains micro-organismes. Leur incidence est en augmentation, en particulier pour certains micro-organismes comme les *Staphylococcus* et *Candida*. L'infection peut se développer au point d'insertion cutanée d'un dispositif intra-vasculaire ou sur le trajet sous-cutané d'un cathéter.

Organisation mondiale de la santé, «*Prévention des infections nosocomiales. Guide pratique*», 2^{ème} éd. Suisse, 2008. p. 5-7.

³³¹ POZZETTO Bruno et POZZETTO Jean-Marie, *Infections nosocomiales virales et à agents transmissibles non conventionnels*, éd. John Libbey. Paris, 2001. p.16

La responsabilité dérivée des infections nosocomiales ou hospitalières se présente comme une exception à la responsabilité des institutions de soins publics ou privés, fondée généralement sur le postulat de la faute.

Dans le panorama juridique colombien, il faut noter la difficulté du juge à indemniser les dommages, en tant que conséquences des accidents médicaux car il n'existe pas un mécanisme spécifique dédié à cette fin. Rares sont les occasions où le juge administratif s'est prononcé de manière spécifique sur les infections *intra-hospitalières*, et lorsque tel était le cas, il estimait généralement que celles-ci étaient constitutives d'un cas de force majeure de manière à exonérer de sa responsabilité l'organisme hospitalier³³².

Ce n'est que récemment³³³, lors d'une décision pour le moins controversée, que le Conseil d'État colombien a considéré que dans le cadre des infections intra-hospitalières, la responsabilité de l'État était objective du fait du risque-profit³³⁴, exceptionnel et aléatoire lié à l'hospitalisation des patients.

Dans les faits, un enfant âgé de huit mois avait été admis au service des urgences suite à des problèmes respiratoires. Les médecins ont diagnostiqué une bronchiolite qui a été soignée. Deux semaines après sa sortie de l'hôpital, le mineur est admis à nouveau suite à des symptômes laissant penser à une infection qui, finalement, s'avère être une infection

³³² Conseil d'État, section III, décision 16701 du 20 mai 2009, Jose Alberto TIUSO IBAÑEZ c/ NACION-MINISTERIO DE SALUD Y OTRO, Magistrat chargé de l'affaire : Enrique GIL BOTERO ; Conseil d'État, section III, décision 19474 du 28 avril 2010, Ivan SANTOS MORA Y OTRO c/ INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, Magistrat chargé de l'affaire : Enrique GIL BOTERO.

³³³ Conseil d'État, section III, sous-section B décision 30283 du 29 août 2013, Juan Carlos ROJAS TACHA y otros c/ Instituto de Seguros Sociales, Magistrat chargé de l'affaire : Danilo ROJAS BETANCOURTH

³³⁴ Théorie selon laquelle celui qui, à l'occasion d'une activité dont il tire profit, crée un risque de dommage, doit, si ce risque se réalise, répondre du dommage causé, car il ne saurait retenir les profits de son activité sans en assurer les charges. V. J. RIVERO et J. WALINE, *Droit administratif*, 20^{ème} éd, Paris, Dalloz, 2004, p. 405 ; BACH Louis., « *Fondement de la responsabilité civile en droit français* », *R.T.D. civ.*, n° 1977, p. 225 n° 120 et s

intra-hospitalière de type *klebsiella pneumoniae*. Une longue période d'hospitalisation à suivi. L'infection avait provoqué des dommages graves et irréversibles chez l'enfant, dont une quadriplégie mixte et une régression du développement psychomoteur provoqué par une méningite.

Pour le Conseil d'État colombien, « il n'est pas possible d'affirmer que les dommages soient imputables à l'organisme de soins à titre d'une faute de service. Il n'a pas été démontré que la dégradation de l'état de santé du patient soit la conséquence de la méconnaissance de certains des devoirs à la charge de l'organisme de soins en matière d'hygiène et d'entretien visant à prévenir les infections nosocomiales. Au contraire, les preuves disponibles indiquent que la maladie est survenue parce que le patient était hautement vulnérable, si l'on tient compte de son état de santé précaire, de son âge et de la période prolongée d'hospitalisation à laquelle il a été soumis. D'autre part, on ne peut pas non plus affirmer que *le mineur* ait reçu une attention médicale insuffisante ou défectueuse (...).

En ce qui concerne l'activité médicale pouvant compromettre la responsabilité de l'administration, il doit être indiqué qu'il ne s'agit pas seulement de celle développée en accord avec les postulats de la *lex artis* ou, autrement dit, celle qui est la conséquence d'un fonctionnement anormal, négligent ou inapproprié du service médical. L'activité médicale développée dans des conditions normales ou adéquates peut également donner lieu à que cela se produise.

Et il ne pourrait pas en être autrement, car l'axe du système de responsabilité extra-contractuelle en Colombie n'est pas la notion de faute de service, mais le dommage *anti-juridique*. Il est clair que l'absence démontrée d'une faute de service imputable à l'organisme ne conduit pas nécessairement à affirmer qu'il y a une absence de responsabilité, parce qu'en présence d'autres possibilités, tant d'ordre juridique que de fait, différentes du manquement ou de l'inobservance des devoirs exigibles (...) en

matière d'attention et de prévention de maladies infectieuses, elles peuvent servir comme fondement au devoir de réparer ».

Une partie de la doctrine voit dans cette tentative de rapprochement du juge colombien avec les solutions proposées par le juge français, depuis déjà une dizaine d'années, une évolution majeure en vue d'une meilleure protection des malades.

Cependant, cette solution ne tient pas compte de la réalité colombienne. En effet, comme le signale le Professeur Javier TAMAYO JARAMILLO³³⁵, dont nous ne partageons que partiellement les propos³³⁶, une telle solution mettrait en péril le système de santé colombien.

À la différence de la France, la responsabilité civile des soignants et des établissements de soins dispose d'une couverture dérisoire ou n'est pas couverte. Ainsi, si une telle solution venait à se généraliser en Colombie, les indemnisations pèseraient sur les organismes de soins ou les soignants, le cas échéant. De plus, dans le contexte socio-économique colombien, un fond de garantie pour l'indemnisation des victimes au titre de la solidarité nationale ne se présente pas comme étant une possibilité à l'heure actuelle.

³³⁵ TAMAYO JARAMILLO Javier, *Responsabilidad por infecciones intrahospitalarias*, Revue *Ámbito jurídico*, 12 décembre 2013, [en ligne]. Disponible sur : http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-131213-04responsabilidad_por_infecciones_intrahospitalarias/noti-131213-04responsabilidad_por_infecciones_intrahospitalarias.asp

³³⁶ Le professeur TAMAYO JARAMILLO perçoit les organismes de soins comme le souffre-douleur du juge administratif, qui, en décidant de la sorte, mettrait en péril leur activité au risque de ne plus pouvoir assurer la prestation du service.

À première vue, cela semblerait cohérent. Mais, il serait plus raisonnable que la tâche de veiller à la solvabilité des institutions de soins, prestataires d'un service public, revienne à l'État et non au juge qui cherche à faire les premiers pas vers, peut-être, un meilleur système de protection des victimes.

Cela est d'autant plus vrai, si l'on tient en compte de la manière comme la santé est conçue en Colombie, à savoir, comme une entreprise qui se doit d'être rentable et où la dernière des priorités reste l'usager –client- .

Une reformulation du système de santé actuel, en grand partie bâti sur la notion du profit, ainsi que de la mission des soignants et la place des usagers, reste à faire.

S'agissant des infections intra-hospitalières, le Conseil d'État colombien rappelle néanmoins la difficulté d'établir de manière précise la causalité entre l'infection et un défaut d'aseptise, car les bactéries à l'origine de ce type d'infections sont présentes, en règle générale, dans divers endroits et non seulement en milieu hospitalier.

S'agissant des risques associés au milieu hospitalier, le juge colombien fait application de la théorie de la faute présumée, même si celle-ci a été plus ou moins controversée³³⁷.

D'une manière plus large, le juge a tendance à se diriger vers un dynamisme de la preuve. Ce dynamisme attribue souvent –mais pas de manière systématique– la charge de la preuve à l'organisme hospitalier pour considérer qu'il est le plus apte à l'apporter. Le Conseil d'État impose aux organismes publics mis en cause l'obligation de détruire ladite présomption. En l'absence d'une preuve suffisante, l'attribution de la responsabilité se vérifie.

Cette position est fortement critiquée car pour certains, elle conduit à une prise en charge trop importante du *risque*³³⁸ et l'État, selon les détracteurs de cette théorie, pourrait finir par répondre de tous les

³³⁷ A la différence de la France où, dans le cadre des infections hospitalières, la présomption de faute est systématique, en Colombie elle a été adoptée par le juge administratif mais son application ne constitue pas une règle. Plusieurs revirements jurisprudentiels ont accompagné cette théorie. CE, col., décision n° 15772 du 31 août 2006 ; CE, col., décision n° 16402 du 3 octobre 2007 ; CE, col., décision n° 15726 du 30 juillet 2008, et CE, col., décision : 19125 du 21 février 2011.

³³⁸ TAMAYO JARAMILLO J, *La responsabilidad del Estado. El riesgo excepcional y las actividades peligrosas. El daño antijurídico*, Ed. TEMIS, Bogotá, 1997, page 159.

dommages subis par le patient lors de l'exécution des actes médicaux, lorsqu'existe un risque imprévu.

Cette crainte est justifiée dans la mesure où le droit colombien présente aujourd'hui une défaillance quant à la délimitation du « risque » et la qualification du dommage. Il est évident que tous les risques et tous les dommages ne sont pas indemnisables, il semble alors primordial de les définir et de les limiter. Le risque serait établi en fonction de sa plausibilité, dans le rapport de cause à effet entre les causes dommageables et le dommage lui-même. Quant au dommage, il serait limité par son « anormalité » et qualifié suivant le degré de gravité, qui doit néanmoins rester raisonnable sous peine d'être inefficace.

Des règles claires et adaptées au cas colombien semblent urgentes. Les procédures cherchant l'indemnisation de ce type de dommage imposent souvent une charge probatoire inutile aux organismes de soins concernés car, de multiples décisions dans ce sens le démontrent, apporter une preuve libératoire est quasiment impossible. En plus, cela représente une surcharge de travail pour une machine judiciaire déjà encombrée.

Nous pouvons constater que ces dernières années, la jurisprudence du Conseil d'État a évolué vers l'application de la théorie du dommage anti-juridique -mais pas seulement- cela dans un souci d'équité³³⁹.

L'application de la théorie du dommage anti-juridique aux infections intra-hospitalières reste toutefois accessoire et en aucun cas elle ne constitue le seul support utilisé dans l'étude de ce type de responsabilité. En principe

³³⁹ Conseil d'État, Section III, décision n° 15772 du 31 août 2006, *op. cit.*

Conseil d'État, Section III, décision du 4 octobre 2007, dossiers cumulés : 16058 et 21112, Magistrat chargé de l'affaire : Enrique GIL BOTERO, Bogotá D.C

et en respectant les règles d'attribution de la responsabilité, la preuve du préjudice et du lien de causalité est toujours requise.

Il faut souligner les avancées, timides, du juge colombien vers une protection plus efficace des victimes, même si le chemin semble encore long.

En France, les articles L.1142-1 et suivants du Code de la santé publique organisent la mise en jeu de la responsabilité des professionnels et établissements de santé en cas de préjudice causé à un patient par une infection nosocomiale.

À partir de ces dispositions, le législateur distingue trois cas susceptibles d'engager leur responsabilité. Premièrement, la responsabilité de plein droit des établissements, services ou organismes dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic de soins sans condition de gravité du préjudice.

L'article L.1142-1 I alinéa 2 du Code de la santé publique dispose que les établissements et organismes de santé sont responsables des dommages résultant d'infections nosocomiales, sauf s'ils rapportent la preuve d'une cause étrangère. Aucun critère de gravité des préjudices de la victime n'est requis.

Deuxièmement, le même article dans son paragraphe II alinéa 3, établit qu'en l'absence de responsabilité engagée d'un professionnel ou d'un établissement de santé, les préjudices dus à une infection nosocomiale ouvrent droit à réparation au titre de la solidarité nationale si un seuil de gravité du dommage est atteint.

En dernier, les victimes d'infections nosocomiales, présentant un taux d'IPP égal ou supérieur à 25% ont droit à réparation au titre de la solidarité

nationale. L'article L 1142-1-1³⁴⁰ du code de la santé publique prévoit que les dommages résultant d'infections nosocomiales contractées dans les établissements, services ou organismes de santé correspondant à un taux d'incapacité permanente supérieur à 25 % ainsi que les décès provoqués par ces infections nosocomiales donnent droit à réparation au titre de la solidarité nationale.

Ainsi que l'indique la loi, en France la présomption de responsabilité en cas d'infection nosocomiale ne concerne donc plus solidairement l'établissement de santé et le chirurgien, mais, exclusivement, l'établissement, sauf si celui-ci rapporte la preuve d'une cause étrangère, ce qui est souvent particulièrement difficile.

Mais, même si l'établissement de soins est présumé responsable de l'infection contractée lors d'un séjour hospitalier, et s'il lui appartient de rapporter la preuve d'une cause étrangère, il n'est reste pas moins qu'il incombe au patient de démontrer que l'infection a bien été contractée à cette occasion.

***Chapitre II.* Les obligations de résultat. Vers l'objectivisation de la responsabilité ?**

Il a donc été établi que l'obligation du médecin peut dans certaines circonstances être considérée -ou assimilée- comme étant de résultat. Celui-ci est alors tenu d'atteindre le résultat prévu auquel il s'est engagé. Les obligations de résultat engagent la responsabilité du débiteur du simple fait de leur inexécution. Le débiteur ne peut s'exonérer qu'en démontrant l'existence d'une cause étrangère. Dans le cadre de ce type d'obligations, la faute du professionnel est généralement présumée.

³⁴⁰ Modifié par la LOI N° 2009-526 du 12 mai 2009 6 art. 112.

Ainsi que nous l'avons observé à plusieurs reprises, la tendance majoritaire -jurisprudentielle et doctrinale- est celle qui reconnaît une obligation de moyens à la charge du médecin. Cependant, l'existence d'une *obligation de résultat* -qui impose au praticien l'obtention d'un résultat concret- est de plus en plus répandue s'agissant de certaines spécialités médicales. C'est pour cela que certains auteurs parlent d'une objectivisation de la responsabilité³⁴¹, même si, nous le savons tous, la règle en matière d'attribution de responsabilité reste la faute.

Aujourd'hui, on constate une tendance de la jurisprudence, lorsqu'il s'agit d'atteinte à l'intégrité physique, à transformer l'obligation de sécurité en obligation de résultat. Chacun est tenu de prendre « toutes les précautions » afin d'éliminer « tout danger »³⁴².

Dans ce cadre, la responsabilité du praticien est engagée à partir du moment où le résultat souhaité n'est pas obtenu, même en l'absence de faute. Nous sommes face à une responsabilité objective. De la sorte, lors de l'attribution de la responsabilité, il est inutile de se demander si, à l'origine du dommage, il y a eu une faute de service, car le non-respect de l'obligation de résultat suffit, à lui seul, à engager la responsabilité du débiteur³⁴³.

³⁴¹ SUESCUN Jorge, *Derecho privado, Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, Ed. Legis, Bogotá 2004, p. 411; PARRA M, *Carga de la prueba en la responsabilidad médica*, Ed. Doctrina y Ley, Bogotá, 2004, p.48; CARRILLO J, *La responsabilidad médica*, Revista de derecho privado, 2000 N° 5, p. 62

³⁴² FAGNART Jean-Luc, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence*. Editions Larcier, Bruxelles, 1997, N°38, page : 45.

³⁴³ Dans l'exercice de la médecine, se présentent des cas où on est indubitablement face à l'obligation de garantir la prestation à laquelle on s'est engagé. Il est donc nécessaire d'identifier chacune des prestations (...). On s'engage sur un résultat lorsqu'on donne son accord, au préalable, pour l'exécution d'un plan et son manquement est considéré comme une faute qui devra être réparée. Dans certains cas, le résultat est, tout simplement, garanti d'avance, même avant qu'il soit atteint. C'est pour cela qu'on dit que les obligations de résultat sont de garantie. Le débiteur est seulement déchargé de cette garantie en cas de force majeure qui rend impossible l'exécution de la chose due. CE, Section III, décision n° 11301 du 22 mai 1996, Laura Rosa GIL RENDÓN y otros c/ Ministerio de Salud y Dirección Seccional de Salud del Dpto. de Caldas, Magistrat chargé de l'affaire : Jesús María JARAMILLO BALLESTEROS

En France, ce type d'obligations se fonde sur l'article 1147 du code civil qui dispose : « Le débiteur est condamné(...) toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part ».

En Colombie, c'est l'article 1604 du code civil qui, implicitement, introduit ce type d'obligations : « Le débiteur est responsable seulement en cas de faute grave dans les contrats qui par leur nature bénéficient seulement au débiteur. Il est responsable de la faute légère dans les contrats où le bénéfice est réciproque. *Il est responsable de la faute très légère dans les contrats où il -le débiteur- est le seul à être bénéficiaire.* Le débiteur n'est pas responsable du cas fortuit, sauf s'il est en situation de retard quant à l'exécution du contrat (...), ou si le cas fortuit est survenu par sa faute(...) ». C'est la jurisprudence -comme c'est souvent le cas- qui développera cette notion d'obligation de résultat, lui donnant ainsi toute son intérêt.

A titre d'exemple, nous pouvons citer des activités -soit en droit colombien, soit en droit français ou dans les deux- dont l'analyse d'attribution de responsabilité se fait à partir de critères objectifs : ainsi, transfusions sanguines, vaccination obligatoire, examens biologiques de laboratoire, prothèses³⁴⁴ (articulaires, dentaires, vasculaires, ophtalmologiques), obstétrique, défectuosité d'un produit de santé.

Section 1. Le cadre d'application des obligations de résultat

Le cadre général de responsabilité hospitalière et médicale veut que le médecin soit soumis à une obligation de moyens.

Toutefois, l'évolution de la jurisprudence d'une part, et de la législation d'autre part -comme c'est le cas en France, depuis la loi du 4 mars 2002- a

³⁴⁴ Leur bonne utilisation médicale ou implantation chirurgicale relève d'une obligation de moyens.

tendance à faire avancer lentement le concept vers une obligation de résultat, parfois par le biais d'une obligation de sécurité.

Le Conseil d'État colombien reconnaît l'existence d'une obligation de résultat bien qu'elle soit l'objet d'une analyse au cas par cas. Par ailleurs, son application est loin d'être systématique. De la même façon que pour la Cour Suprême de Justice, elle sera présente s'agissant des chirurgies plastiques de type essentiellement reconstructif, dans l'obstétrique, les prothèses et les examens de diagnostic.

Pour sa part, la Cour Suprême de justice Colombienne impose également au médecin une obligation de moyens. Elle estime que le praticien est un homme faillible et non un « être omnipissant » comme le désireraient certains patients.

Néanmoins, comme nous le verrons, elle s'est déjà prononcée en faveur de l'existence d'une obligation de résultat à la charge du médecin pouvant engager sa responsabilité civile et une obligation d'indemniser.

En France, la jurisprudence du Conseil d'État –de même qu'en Colombie- a évolué au fil des années vers une objectivisation de la responsabilité. Dès 1958, l'idée d'une présomption de la faute apparaît³⁴⁵ en matière de responsabilité hospitalière. Quelques années plus tard, en 1960, la présomption de faute est appliquée pour les infections nosocomiales³⁴⁶. Cette notion de présomption de faute a été par la suite abandonnée durant

³⁴⁵ Conseil d'État français, ass., 7 mars 1958, Secrétaire d'État à la santé publique c/ sieur Déjous, Rec p. 153 ; AJDA 1958.2.220, chron

³⁴⁶ Contamination d'un enfant placé dans une salle où se trouvait un malade atteint de variole. CE. 18 novembre 1960, Savelli c/ Hôpital Conception Marseille, Rec. p. 640, cité par Jean-Marie AUBY, *La responsabilité médicale en France (aspects de droit public)*, Revue internationale de droit comparé 1976, Vol. 28, N°3, p.517

quelques années³⁴⁷. Le Haut tribunal administratif opère, le 9 décembre 1988³⁴⁸, un revirement de jurisprudence en consacrant clairement une présomption de faute, de telle sorte que la faute n'est pas démontrée, elle est induite du résultat et il revient à l'hôpital de prouver qu'il ne l'a pas commise.

Dans les faits, le patient est rentré à l'hôpital pour subir un sacroradiculographie³⁴⁹ et par la suite, une chirurgie de réduction d'une hernie discale décelée à la suite de cet examen. Plus tard, on constatera que le patient est atteint d'une infection méningée, compliquée d'une lésion à la moelle dorsale entraînant une paralysie des membres inférieurs, de l'abdomen et de la partie basse du tronc estimée à 80%. Aucune faute d'asepsie n'a été constatée.

Le Conseil d'État a ainsi décidé à l'époque que : « (...) Alors qu'il résulte des constatations des experts qu'aucune faute médicale, notamment en matière d'asepsie, ne peut être reprochée aux praticiens qui ont exécuté cet examen et cette intervention ; que le fait qu'une telle infection ait pu néanmoins se produire révèle une faute dans l'organisation des services hospitaliers à qui il incombe de fournir au personnel médical un matériel et des produits stériles (...) ».

³⁴⁷ Par cet arrêt, le Conseil d'État refuse d'appliquer la présomption de faute et annule le jugement du Tribunal Administratif de Marseille, au motif de l'absence de faute dans l'organisation du service hospitalier. CE français, 25 janvier 1974, arrêt N° 85307, Centre Hospitalier de Sainte-Marthe d'Avignon, Rec., p. 64 ; JCP G 75, II, 18012, note M. Debène
V. : CE. 15 avril 1983, décision n° 19603, *M.RIGOURD*.

³⁴⁸ Conseil d'État français, 9 décembre 1988, *Cohen*, décision n° 65087, Recueil p.431 ; Dalloz 1989, sommaire, N°36, p.347

³⁴⁹ Il s'agit d'un « Examen de radiologie conventionnelle du contenu du canal rachidien par voie lombaire, explorant la terminaison de la moelle épinière, les racines nerveuses qui en sont issues et le cul-de-sac méningé », Dictionnaire Larousse, [en ligne], Disponible sur : <http://www.larousse.fr/encyclopedie/medical/sacroradiculographie/15952>

Plus tard, la loi de 4 mars 2002 vient confirmer l'obligation de résultat s'agissant des infections nosocomiales et iatrogènes, du matériel médical et des accidents médicaux. Cela ne signifie cependant pas que l'application de cette théorie soit limitée, mais au contraire, que son application devient systématique dans ces cas de figure.

En 1995 dans un arrêt du 17 janvier³⁵⁰, dit du cerceau brisé, le Conseiller SARGOS se livre à une étude des possibilités ouvertes par l'article 1135 du Code civil : « (...) Cet article permet, à l'intérieur d'un même contrat, de retenir des obligations de nature et d'intensité différentes, suivant la phase du contrat qu'elles concernent [...]. Sans se livrer à une innovation juridique discutable [...], la Cour de cassation pourrait, sur le fondement de l'article 1135, combiné avec le classique article 1147, introduire un coin dans l'obligation de moyens inhérente au contrat médical, et qui doit rester le principe. Ce coin implique le recours à l'obligation de résultat (...)».

Postérieurement, dans son rapport annuel de 1996, la Cour de cassation a précisé deux des critères essentiels de l'obligation de résultat, telle qu'elle est appliquée au transporteur et telle que le Conseiller SARGOS a entendu les appliquer à la médecine : *l'absence d'autonomie du créancier de cette obligation, l'absence d'aléa trop important*.

Dans son rapport annuel de 2007, la Cour de Cassation s'est livrée à une analyse détaillée des différents régimes de responsabilité médicale³⁵¹. Elle expose de manière très concluante l'état actuel de la question concernant les régimes applicables en matière de responsabilité médicale avant et après la loi du 4 mars et notamment en matière d'infections nosocomiales.

³⁵⁰ HUREAU J. et POITOUT D., *L'expertise médicale en responsabilité médicale et en réparation du préjudice corporel*, éd. MASSON, 2^{ème} édition, 2005, page. 162

³⁵¹ Cour de Cassation française, rapport annuel 2007, [en ligne]. Disponible sur : http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/rapport_annuel_36/rapport_2007_2640/

Initialement, s'agissant des infections nosocomiales, ni la loi, ni la jurisprudence ne soumettait celui-ci à un régime distinct du droit commun de la responsabilité médicale. Il en résultait que le médecin n'était tenu que d'une obligation de moyens et non de résultat. Dès lors, à défaut de respecter les règles d'asepsie, le médecin commettait une faute de nature à engager sa responsabilité, étant toutefois observé qu'il n'était pas pour autant tenu, en matière d'asepsie, à une obligation de résultat³⁵².

La responsabilité encourue par le médecin relevait donc d'une obligation de moyens, de sorte que sa responsabilité ne pouvait être engagée qu'en cas de faute prouvée.

Étant donné la difficulté pour le patient de rapporter la preuve de la faute à l'origine de l'infection nosocomiale, la jurisprudence instaure, d'abord, une présomption de faute en faveur du patient³⁵³ puis - avec la consécration d'une obligation de sécurité de résultat à la charge tant des médecins que des établissements de santé - une présomption de responsabilité³⁵⁴.

Néanmoins, dans ce régime antérieur à la loi du 4 mars, si le patient avait été soigné par un médecin salarié, seul l'établissement de santé était

³⁵² Cour de Cassation française, 1^{ère} chambre Civile, 28 février 1984, Bull. 1984, I, n° 77, p. 63, pourvoi : 82-15958 ; 1^{ère} chambre Civile, 29 novembre 1989, Bull. 1989, I, n° 366, p. 246, pourvoi n° 88-11.477 ; 1^{ère} chambre Civile, 9 décembre 1986, Bull. 1986, I, n° 290, p. 276, pourvoi n° 84-15.753

³⁵³ Cour de cassation française, 1^{ère} chambre Civile, 21 mai 1996, Bull. 1996, I, n° 219, p. 152, pourvoi n° 94-16.586 ; 1^{ère} chambre Civile, 16 juin 1998, Bull. 1998, I, n° 210, p. 144, pourvoi n° 97-18.481, 97-18.509 et 97-19.131

³⁵⁴ Cour de cassation française, 1^{ère} chambre Civile, 29 juin 1999, Bull. 1999, I, n° 220 et 222, p. 141, pourvoi n° 97-14.254 - jurisprudence constante : 1^{ère} chambre Civile, 13 février 2001, Bull. 2001, I, n° 32, p. 20, pourvoi n° 98-19.433 ; 1^{ère} chambre Civile, 1^{er} février 2005, pourvoi n° 03-18.052, JurisData n° 2005-026804

responsable³⁵⁵ et la victime ne pouvait pas agir directement contre le médecin³⁵⁶. Et si le patient avait été soigné par un médecin intervenant à titre libéral, le médecin contractait la même obligation de sécurité de résultat que l'établissement, laquelle était accessoire au contrat d'hospitalisation comme au contrat de soins³⁵⁷.

Dans ce dernier cas, le patient pouvait choisir de réclamer réparation à l'un ou à l'autre, conformément au principe de l'obligation *in solidum*, ensuite celui des deux qui aurait été condamné à réparer pouvait exercer son recours subrogatoire contre l'autre.

C'est ce régime qui subsiste toujours pour les faits antérieurs au 5 septembre 2001³⁵⁸, comme le rappelle un arrêt daté du 31 mai 2007³⁵⁹.

Dans les faits, une patiente subit, le 8 avril 1996, une néphrectomie³⁶⁰ partielle emportant le pôle inférieur du rein gauche, pratiquée par un

³⁵⁵ Cour de Cassation française, 1^{ère} chambre Civile, 4 juin 1991, Bull. 1991, I, n° 185, p. 122, pourvoi n° 89-10.446 JCP (G) 1991, II, 21730, note J. SAVATIER ; 1^{ère} chambre Civile, 26 mai 1999, Bull. 1999, I, n° 175, p. 115, pourvoi n° 97-15.608, JCP (G) 1999, II, 10112, rapport. P. SARGOS.

³⁵⁶ Cour de cassation française, 1^{re} Chambre civile, 9 novembre 2004, Bull. 2004, I, n° 262, p. 219, pourvoi n° 01-17908, Juris-Data n° 2004-025553 et 2004-025554 ; Responsabilité civile et assurances. 2004, comm. 364

³⁵⁷ Cour de Cassation française, pourvoi n° 03-18052 du 1^{re} Chambre civile, 1^{er} février 2005, JurisData n° 2005-026804

³⁵⁸ Limite imposée par la loi n° 2002-1577 du 30 décembre 2002, relative à la responsabilité civile médicale, qui modifie la Loi n°2002-303 du 4 mars 2002 - art. 101 : «Les dispositions du titre IV du livre Ier de la première partie du code de la santé publique issues de l'article 98 de la présente loi, à l'exception du chapitre Ier, de l'article L. 1142 -2 et de la section 5 du chapitre II, s'appliquent aux accidents médicaux, affections iatrogènes et infections nosocomiales consécutifs à des activités de prévention, de diagnostic ou de soins réalisées 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. Les dispositions de la section 6 du chapitre II du titre IV du livre Ier de la première partie du même code sont immédiatement applicables, en tant qu'elles sont favorables à la victime ou à ses ayants droit, aux actions en responsabilité, y compris aux instances en cours n'ayant pas donné lieu à une décision irrévocable. Les dispositions de l'article L. 1141-1 du même code s'appliquent aux contrats en cours à cette même date ».

³⁵⁹ Cour de cassation française, 1^{re} Chambre civile, pourvoi n° 06-17888 du 31 mai 2007, JurisData n° 2007-039060

chirurgien urologue. En raison de complications postopératoires, la patiente a dû subir, en juin 1996, une nouvelle intervention. La plaignante a été déboutée de ses demandes par un jugement du 1er décembre 2003, au motif que n'était démontré ni le caractère nosocomial de l'infection, ni une faute imputable au chirurgien, ni l'existence d'un lien de causalité entre l'intervention chirurgicale ou le séjour à la clinique et l'infection dont elle se plaignait. La cour d'appel de Nîmes, confirmant le jugement de première instance, en ce qu'il avait rejeté les demandes indemnitaires présentées par la patiente à l'encontre du chirurgien, a ordonné, avant-dire droit sur les demandes formées à l'encontre de la clinique, une expertise afin de déterminer le caractère éventuellement nosocomial de l'infection contractée par l'opérée. L'arrêt, sans écarter l'éventualité du caractère nosocomial de l'infection, ordonnant à cet effet une mesure d'instruction, a néanmoins rejeté toutes ses demandes à l'encontre du chirurgien, au motif qu'il n'était pas démontré qu'il eut commis une faute.

La cour de cassation a ainsi estimé que : «(...) Alors que l'article L. 1142-1 du code la santé publique n'étant pas applicable en la cause, ce dont il résultait que, s'agissant des conséquences dommageables d'une éventuelle infection nosocomiale, *la clinique et le chirurgien étaient, l'un et l'autre, tenus à l'égard de la patiente d'une obligation de sécurité de résultat dont ils ne pouvaient se libérer que par la preuve d'une cause étrangère et non par la preuve d'une absence de faute*, la cour d'appel a violé le premier des textes susvisés par refus d'application, et le second par fausse application ».

Comme l'indique le rapport de 2007, la loi du 4 mars 2002 a bouleversé le régime uniforme qui s'appliquait tant aux établissements de soins qu'aux personnels de santé.

³⁶⁰ La néphrectomie est l'ablation chirurgicale d'un rein, [en ligne], [réf. du 08 avril 2010]. Disponible sur : <http://www.informationhospitaliere.com/dico-693-nephrectomie.html>

Concernant la responsabilité des établissements de soins, si la loi du 4 mars 2002 a confirmé l'évolution jurisprudentielle antérieure, ce dont témoigne le libellé de l'article L. 1142-I³⁶¹ du code de la santé publique, ce n'est qu'en ce qui concerne les établissements de soins, services et organismes assujettis à une responsabilité sans faute. En ce qui concerne la responsabilité des personnels de santé, on assiste à un retour à la faute prouvée.

Le régime de responsabilité des professionnels de santé relève désormais, pour tous les actes accomplis à compter du 5 septembre 2001, d'un régime de responsabilité pour faute prouvée. Dès lors, après que l'établissement de soins ait été déclaré responsable, son recours subrogatoire contre le médecin ne sera possible que s'il prouve la faute de celui-ci.

S'agissant des infections contractées en établissement après le 1er janvier 2003, date d'entrée en vigueur de la loi du 30 décembre 2002 -relative à la responsabilité civile médicale-, les établissements n'indemniseront que les victimes les moins gravement touchées puisque c'est l'ONIAM³⁶² qui interviendra en cas de décès ou d'IPP ³⁶³ supérieure à 25 %³⁶⁴. Or celui-ci ne pourra exercer de recours contre l'établissement qu'« *en cas de faute établie de l'assuré à l'origine du dommage, notamment le manquement caractérisé*

³⁶¹ Code de la santé publique, article 1142-I : « 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.

Les établissements, services et organismes susmentionnés sont responsables des dommages résultant d'infections nosocomiales, sauf s'ils rapportent la preuve d'une cause étrangère ».

³⁶² « Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux »

³⁶³ Cf. p. 224

³⁶⁴ Code de la santé publique, article L. 1142-1-1.

*aux obligations posées par la réglementation en matière de lutte contre les infections nosocomiales*³⁶⁵ ».

Même si la responsabilité des professionnels de santé se retrouve assujettie au régime de la faute prouvée, il existe des exceptions : celle liée aux produits de santé et aux instruments utilisés pour accomplir les actes médicaux.

Ainsi que le relève ledit rapport, le régime antérieur, d'origine jurisprudentielle, va devoir coexister, quelque temps encore, avec celui issu de la loi du 4 mars 2002, lequel est applicable aux infections nosocomiales résultant d'actes médicaux réalisés à compter du 5 septembre 2001³⁶⁶. Et le régime antérieur à la loi va devoir perdurer un certain temps du fait du délai de prescription de dix ans applicable à l'action en responsabilité civile, lequel ne commence à courir qu'à compter de la date de consolidation de l'état de santé de la victime (article L. 1142-28 du code de la santé publique).

Au régime de responsabilité d'origine jurisprudentielle qui appliquait les mêmes règles aux professionnels de santé et aux établissements de soins, la loi du 4 mars 2002 a substitué un régime qui distingue les deux hypothèses. Désormais, les avancées jurisprudentielles sont confirmées par la loi en ce qui concerne les établissements de soins, tandis que les professionnels de santé se retrouvent assujettis à un régime de responsabilité pour faute.

En outre, l'obligation de résultat est aussi appliquée par le biais de l'obligation d'information³⁶⁷. Désormais, l'obligation d'information du

³⁶⁵ Code de la santé publique, article L. 1142-17

³⁶⁶ Cf. p. 240

³⁶⁷ BACACHE-GIBEILI Mireille, *L'obligation d'information du médecin sur les risques thérapeutiques*, [en ligne]. [Réf. 07 janvier 2004] Disponible sur : <http://www.droit.univ-paris5.fr/cddm/modules.php?name=News&file=article&sid=37>

médecin est aussi une obligation de résultat. La victime est dispensée de rapporter la preuve d'une faute du médecin pour défaut d'information. Celle-ci est présumée.

Section 2. Les actes médicaux susceptibles de faire l'objet d'une obligation de résultat

Le contentieux de la responsabilité médicale, toujours évolutif, peine parfois à se lancer sur le terrain des critères objectifs d'imputation. C'est pourquoi il emprunte des chemins parallèles, comme celui de la responsabilité pour faute présumée, de l'obligation de sécurité de résultat, à titre d'exemple, pour éviter d'adopter des positions trop étroites et restrictives.

« Traditionnellement, la charge de la preuve du défaut d'information incombait à celui qui invoquait l'inexécution, c'est-à-dire au patient. Selon un arrêt du 29 mai 1951, Civ 1, *"Il appartient au malade, de rapporter la preuve que (le chirurgien) a manqué à son obligation contractuelle en ne l'informant pas de la véritable nature de l'opération qui se préparait et en ne sollicitant pas son consentement à cette opération"*. En cela, l'obligation d'information du médecin était une obligation de moyens : le créancier, le patient-victime devait prouver la faute du médecin pour engager sa responsabilité, c'est-à-dire l'absence d'information. Cependant comme toute preuve d'un fait négatif, cette preuve était difficile à rapporter.

L'arrêt de la première chambre civile du 25 février 1997 a opéré un revirement de jurisprudence sur la question de la charge de la preuve de l'absence d'information. Selon cet arrêt, *"celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation. Le médecin est tenu d'une obligation d'information vis-à-vis de son patient et il lui incombe de prouver qu'il a exécuté cette obligation"*. Ce n'est plus au patient de rapporter la preuve que l'information ne lui a pas été transmise mais au médecin de prouver qu'il a exécuté son obligation d'information, c'est-à-dire qu'il a effectivement délivré une information loyale, claire et appropriée sur les risques des soins ou investigations proposés. Ce changement relatif à la charge de la preuve vient d'être transposé à la responsabilité publique hospitalière par le Conseil d'État dans l'arrêt précité du 5 janvier 2000. Il est confirmé par la loi du 4 mars 2002 à l'article L.1111-2 dernier alinéa CSP. Désormais donc l'obligation d'information du médecin est une obligation de résultat. La victime est dispensée de rapporter la preuve d'une faute du médecin, du défaut d'information. Celle-ci est présumée. Elle se contente de prouver son préjudice. Cependant cette obligation de résultat est atténuée. En effet, le médecin peut s'exonérer de sa responsabilité en rapportant la preuve de son absence de faute, c'est-à-dire la preuve de l'information fournie. Dans les obligations de résultat pures, le débiteur ne peut s'exonérer que par la preuve de la cause étrangère et non de son absence de faute.

Il est à noter que ce renversement de la charge de la preuve n'est pas limité au domaine médical mais concerne tous les débiteurs d'une obligation d'information, qu'elle soit contractuelle (avocats, architectes, courtiers d'assurance, vendeurs) ou légale (notaires). En cela, le médecin est assimilé à tout autre professionnel et le patient à tout autre consommateur.»

Cette objectivisation ne s'applique qu'à certaines situations, à certaines conditions et à certains actes, en tenant compte de leur spécificité, du risque qu'elles comportent ou de la volonté des parties lorsqu'il y a lieu.

Ainsi, certains actes d'obstétrique, de chirurgie, d'examens de diagnostic, entre autres, seront analysés à l'aide de critères plus ou moins éloignés de la classique obligation de moyens.

Nous avons pu identifier auparavant les critères empruntés par le juge et par le législateur, que ce soit en matière civile ou administrative, pour arriver à établir une responsabilité de type objectif. A présent nous étudierons certains actes médicaux particuliers pour lesquels le juge applique d'avantage ces critères objectifs de responsabilité.

2.1. La chirurgie plastique esthétique et la chirurgie reconstructrice

En fonction du type de chirurgie pratiquée, on peut dire que le régime de responsabilité a tendance à varier. De la sorte, *a priori*, il est inexact de se fixer sur un type d'obligation sans auparavant explorer la nature de l'acte médical et la volonté du patient³⁶⁸.

La chirurgie plastique peut être divisée en deux grands groupes, d'un côté la chirurgie réparatrice, à laquelle on associe une obligation de résultat, et celle purement esthétique, où un résultat peut être demandé³⁶⁹.

³⁶⁸ JARAMILLO Carlos Ignacio. *Responsabilidad Civil Médica, La relación Médico-paciente: Análisis Doctrinal y Jurisprudencial*, Universidad Javeriana, Bogotá, 2002, p.374

³⁶⁹ *ibidem*

Dans une décision du 26 novembre 1986³⁷⁰, la Cour Suprême de justice colombienne a établi qu'en principe : « (...) L'obligation contractée par le médecin est une obligation de moyens et non de résultat (...) ».

Néanmoins, dans cette même décision et d'autres rendues ultérieurement³⁷¹, cette même Cour précise que s'agissant de chirurgie esthétique, l'obligation du spécialiste doit être clairement établie de sorte que s'il s'engage à obtenir un résultat concret qui n'est pas atteint, il sera tenu comme responsable et par suite obligé d'indemniser son patient, sauf s'il démontre l'existence d'une cause d'exonération. En revanche, si le médecin ne s'engage pas à obtenir un résultat précis, il sera couvert par la règle générale de la responsabilité médicale, à savoir, la faute prouvée. En conséquence, le requérant devra démontrer la faute du praticien.

Nous constatons ici une grande différence entre le régime de responsabilité lié à la chirurgie esthétique et celle réparatrice. Dans le domaine de l'esthétique, la responsabilité du praticien sera plus lourde car le plus souvent il se trouve lié à son patient par un contrat mais aussi parce que sa mission est nettement moins altruiste que lorsqu'il s'agit d'une chirurgie réparatrice, suite à des brûlures graves, par exemple.

La chirurgie réparatrice suit l'évolution de la jurisprudence du Conseil d'État colombien en matière de responsabilité hospitalière en général. Dans un premier temps ce Haut tribunal penchait vers l'application de la théorie de la faute prouvée, imposant ainsi une charge probatoire très importante à la victime. Le requérant devait apporter la preuve, non seulement du dommage

³⁷⁰ Cour Suprême de Justice, Chambre civile, décision n° 2423 du 26 novembre, *op. cit*

³⁷¹ Cour Suprême de Justice, Chambre civile, décision n° 05001 3103 000 1996 5497- 01 du 19 Décembre 2005, Magistrat chargé de l'affaire : Pedro Octavio MUNAR CADENA ; CSJ, civ., décision n° 6199 du 13 de septembre de 2002, Efraín Araque Bautista, c/ Guillermo Orozco Martinez, Magistrat chargé de l'affaire : Nicolas BECHARA SIMANCAS ; CSJ. Chambre civile, décision n° 20001-3103-005-2005-00025-01 du 5 novembre 2013, Magistrat chargé de l'affaire : Arturo SOLARTE RODRÍGUEZ

mais de l'existence d'une faute, étant donné que l'obligation du praticien était de moyens.

Ce Haut Tribunal administratif abandonnera progressivement la théorie de la faute prouvée au profit de la présomption de la faute, considérant que le médecin était le plus apte, techniquement parlant, pour prouver l'absence d'une faute dans ses agissements.

Plus tard, c'est la dynamisation de la charge de la preuve qui servira de fondement au Conseil d'État pour résoudre ce type d'affaire –comme c'est le cas dans un grand nombre d'autres domaines de la responsabilité médicale-. Dans un souci d'équité, le fardeau probatoire sera rattaché –à charge ou à décharge- à celui qui est le mieux placé pour l'assumer.

Pour le Conseil d'État, il est erroné d'imaginer de continuer à faire application de la théorie de la faute présumée dans sa jurisprudence car « (...) Tous les faits et circonstances déterminants pouvant établir si l'agissement des organismes publics est conforme aux données acquises de la science, ne comportent pas d'exigences techniques ou scientifiques. Il faudra alors évaluer dans chaque cas si lesdites circonstances sont présentes ou pas. De la sorte, dans certaines circonstances, c'est le patient qui sera le plus apte à démontrer les faits (...). C'est là que l'on trouve l'explication de la dynamisation de la charge probatoire, dont l'application s'avère impossible face à l'application de la théorie de la présomption de la faute, où l'intervention du fardeau de la preuve est permanente ³⁷²».

³⁷² Conseil d'État, Section III, décision n° 14.786, du 28 avril 2005, Magistrat chargé de l'affaire Ruth Stella CORREA PALACIO, Bogotá

2.2 L'obstétrique

Jusqu'en 2005, la position du Conseil d'État colombien, s'agissant de l'obstétrique, était de tendance *objective*. Lorsque la grossesse était dite *normale*, c'est-à-dire que la mère et/ou le fœtus ne présentaient pas de pathologies spécifiques et scientifiquement prouvées ou prévisibles, l'obligation des professionnels de l'obstétrique était de *résultat* car l'aboutissement attendu restait l'accouchement dans des conditions normales. Le rôle de la médecine était alors de venir en aide à un processus naturel -tel que la grossesse-, de veiller à son développement normal, et de faire face à tout obstacle qui empêcherait son évolution prévisible ou qui mettrait en danger la vie de la mère ou de celui qui allait naître³⁷³.

Suivant les propos du Conseil d'État, l'obligation de résultat était applicable lorsque la grossesse était dite *normale* et qu'elle ne présentait pas de risques particuliers. Cela nous amène à conclure que lorsqu'il existait des risques connus ou prévisibles, l'obligation en matière d'obstétrique était de moyens.

Dans le même sens, le professeur Carlos Alberto GHERSI se prononce dans le sens où « (...) Au-delà des risques inhérents à toute grossesse ou accouchement (...) il est vrai qu'à la fin, le résultat logique d'un processus de gestation qui se déroule normalement et qui est dûment assisté et contrôlé par le médecin obstétricien, doit être la naissance d'une créature saine. De la sorte, devant la frustration du résultat attendu, il appartiendra au praticien de démontrer les causes d'exonération. Celles-ci devront réunir, pour arriver à ces fins, les caractéristiques de l'imprévisibilité ou de l'irrésistibilité (...) »

³⁷⁴ .

³⁷³ Conseil d'État, Section III, décision n° 11878 du 10 Février 2000, *op. cit.*

³⁷⁴ GHERS Carlos Alberto, *Responsabilidad Profesional*, Buenos Aires, éd. Astrea, 1998, p. 114.

Dès 2004, le Conseil d'État commence à se questionner sur le bien-fondé de l'application d'un régime de responsabilité objective en matière d'obstétrique. En ce sens, il observe que « (...) Les cas de responsabilité patrimoniale de l'État pour la prestation du service d'obstétrique ne peuvent pas être traités, dans le cas colombien, sous le régime objectif de la responsabilité. Dans ces éventualités, le requérant n'est pas déchargé de l'obligation d'apporter la preuve de la faute de service. *Suite au développement normal de la grossesse, un accouchement non satisfaisant constitue seulement un indice de la faute (...)* »³⁷⁵.

Plus tard en 2005, ce même Haut Tribunal souligne que « (...) Les observations effectuées par la doctrine peuvent être valables lorsque elles font allusion à la nature spéciale et particulière de l'obstétrique en tant que branche de la médecine ayant pour objet de veiller au bon déroulement d'un processus normal et naturel et non d'une pathologie. S'agissant du cas colombien, lesdites observations permettraient seulement de faciliter la démonstration de la faute de service, qui pourrait être établie grâce aux indices lorsque le processus ne présente pas de difficultés mais que cependant il s'achève de manière insatisfaisante. Néanmoins, il n'existe pas de fondement normatif permettant de considérer que, dans ces éventualités, le requérant peut être exonéré de la preuve de l'existence de l'élément précité de la responsabilité. La preuve de l'existence de la faute sera plus exigeante lorsqu'il s'agit d'une grossesse à risque ou lorsque celle-ci est accompagnée d'une pathologie »³⁷⁶.

Le 3 février 2010, le Conseil d'État réitère sa position: « (...) Selon la portée de la thèse qui oriente la position de ce Haut Tribunal, s'agissant des

³⁷⁵ Conseil d'État, Section III, décision N° 14.767 du 7 décembre 2004, Magistrat chargé de l'affaire : Ruth Stella CORREA PALACIOS, Bogotá D.C.

³⁷⁶ Conseil d'État, Section III, décision n° 15.276 (R-1382) du 14 Juillet 2005, Magistrat chargé de l'affaire : Ruth Stella CORREA PALACIOS, Bogotá D.C.

dommages subis suite à un acte d'obstétrique dans un organisme public, par la victime du dommage qui prétend réparation, il lui appartiendra de démontrer l'existence de la faute alléguée en plus du fait que celle-ci est la cause du dommage à l'origine de la demande d'indemnisation, c'est-à-dire, qu'elle doit prouver : (i) le dommage, (ii) la faute dans l'acte obstétrique et (iii) le lien de causalité. La démonstration de ces éléments peut se faire par tous moyens, l'indice demeurant la preuve par excellence face à l'absence d'une preuve directe de la responsabilité, étant donné les conditions spéciales dans lesquelles se trouve le patient face à ceux qui réalisent les actes médicaux (...) La présence d'un dommage lors de l'accouchement, quand la grossesse s'est développée dans des conditions normales, constitue un indice de l'existence d'une faute dans l'acte obstétrique, ainsi que de la relation de causalité entre l'acte et le dommage.

Il ne s'agit pas alors d'inverser de manière systématique la charge de la preuve pour l'imposer à l'organisme hospitalier (...). En d'autres termes, il ne suffit pas au requérant de présenter sa demande en affirmant l'existence de la faute et du lien de causalité avec le dommage pour que, automatiquement, l'hôpital soit chargé de prouver la diligence et la bienveillance de son agissement »³⁷⁷.

Après plusieurs années de jurisprudence constante³⁷⁸, nous pouvons observer qu'en matière d'obstétrique, le Conseil d'État a abandonné –jusqu'à présent– l'application d'une responsabilité objective, au profit d'une responsabilité pour faute qui, comme nous l'avons signalé auparavant, met à nouveau la preuve de la faute, du dommage et du lien de causalité à la charge du patient, bien que le Conseil d'État colombien fasse application de la

³⁷⁷ Conseil d'État, Section III, décision n° 18433 du 3 Février 2010, Magistrat chargé de l'affaire : Ruth Stella CORREA PALACIOS, Bogotá D.C

³⁷⁸ Conseil d'État, Section III, décision n° 16085 du 26 mars 2008, Magistrat chargé de l'affaire : Ruth Stella CORREA PALACIO, Bogotá D.C

théorie de la charge dynamique de la preuve³⁷⁹. En règle générale, le prestataire du service d'obstétrique se limite à prouver la diligence et la bienveillance de son acte. Le seul privilège que le Conseil d'État semble vouloir garder au profit du patient est celui de pouvoir alléguer la normalité de la grossesse comme un indice de faute contre le spécialiste.

2.3. Les examens cliniques ou de diagnostic

Un examen de diagnostic peut être erroné, provoquant ainsi des dommages susceptibles d'être indemnisés. Cette erreur peut provenir d'une mauvaise interprétation des données, d'un défaut technique des appareils ou d'une manipulation incorrecte de ceux-ci, entre autres.

Le but premier des examens est de contribuer à une juste appréciation de la pathologie du malade. Lorsque selon les données acquises de la science, les résultats des examens, à condition qu'ils soient réalisés correctement, sont fiables, l'obligation du laborantin ou du spécialiste concerné est de résultat³⁸⁰. Si au contraire, les avancées de la science montrent que le taux de fiabilité de l'examen pratiqué est faible, l'obligation du praticien sera de moyens³⁸¹.

³⁷⁹ La charge dynamique de la preuve est une théorie développée par la doctrine argentine utilisée particulièrement en matière de responsabilité médicale.

Pour ces partisans, « *au-delà du caractère de requérant ou de demandé, dans certaines hypothèses, la charge de la preuve retombe sur les deux parties, spécialement sur celle qui se trouve dans de meilleures conditions pour l'apporter. (...) Par conséquent, cette nouvelle théorie ne méconnaît pas les règles classiques de la charge de la preuve, mais cherche à la compléter ou la perfectionner, assouplissant son application dans tous où celui qui devait l'apporter la preuve, selon la règle traditionnelle, était dans l'impossibilité de le faire pour de motifs complètement étrangers à sa volonté* ». PEYRANO, Jorge Walter, *Cargas Probatorias Dinámicas*. Argentine, éd. Rubinzal-Culzoni Editores, 2008. p.60

³⁸⁰ AUBY J.M. et COUSTEAU F., *Jcl, de responsabilité civile et assurances*, tome IV, fasc. 442-1, p. 15, cité par TAMALLO JARAMILLO Javier, *Responsabilidad por medicamentos y exámenes de laboratorio*, in CASTAÑO RESTREPO María Patricia, *Responsabilidad civil y patrimonial del estado*, op. cit, p.26

³⁸¹ *Ibidem*

Dans ce sens, l'erreur dans le résultat d'un examen de diagnostic qui était justifiable il y a 10 ans, ne le serait plus aujourd'hui si grâce à l'avancement de la science, l'*aléa* qui lui était propre venait à disparaître.

Lorsque l'erreur se produit suite à la déficience de l'appareil, le laboratoire serait tenu comme responsable sans qu'il puisse s'exonérer de sa responsabilité –sans préjudice des actions récursoires qu'il pourrait exercer-.

Rappelons qu'en France, selon l'article L. 1142-1 du Code de la santé publiques, « Les professionnels de santé 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 qu'en cas de faute ».

Néanmoins, au regard de la jurisprudence et de la doctrine, la responsabilité dans le cadre des examens de diagnostic, est particulièrement exigeante. Elle ne couvre en aucun cas l'*aléa*, mais ledit acte se doit de répondre à des critères de diligence élevés. Il existe une pensée très répandue qui considère qu'étant donné les avancements de la science en général et de la médecine en particulier, les examens cliniques ou de diagnostic, et plus particulièrement, les professionnels qui les effectuent, doivent être soumis à une obligation de résultat.

Il serait inapproprié d'établir une règle générale concernant le régime de responsabilité des examens de diagnostic. C'est sans doute la nature de la pathologie et de degré de fiabilité de l'acte selon les données acquises de la science qui détermineront l'analyse de la responsabilité et le type d'obligation exigée.

Certains des services assurés par les laboratoires rentreraient dans le cadre des obligations de résultat dans la mesure où « (...) Il existe une série d'examens concernant des pathologies où la science a fait des progrès tels

qu'une erreur ou une faute du diagnostic ou dans le résultat des examens est inexcusable³⁸²».

La plupart des analyses effectuées quotidiennement dans les laboratoires d'analyses médicaux ne comportent aucun *aléa*, de sorte que dans ces cas, l'obligation de résultat est souvent demandée³⁸³.

En France, le controversé arrêt PERRUCHE ³⁸⁴ a suscité un ample débat sur les obligations du médecin obstétricien et sur les examens de diagnostic. Il attire l'attention tout particulièrement sur le préjudice de l'enfant handicapé et le principe de son indemnisation par le médecin et le laboratoire d'analyses n'ayant pas détecté la maladie de la mère, ainsi que sur les fautes médicales en cours de grossesse qui, sans créer le handicap, n'ont pas permis de déceler une malformation et ont donc privé la mère de l'information qui lui aurait permis de prendre, le cas échéant, la décision d'interrompre sa grossesse.

Cette décision de la Cour de cassation viendra s'ajouter à une nécessité législative déjà latente qui aboutira à la promulgation en 2002 de la loi du 4 mars, relative aux droits des malades.

Dans les faits, en 1982, Mme. PERRUCHE, qui était enceinte, présentait, tout comme sa fille de quatre ans, des symptômes faisant penser à une

³⁸² TAMAYO JARAMILLO Javier, *Culpa contractual. Su exigencia prueba y graduación. Obligaciones de medio y de resultado*, op. cit., p. 184, cité par : JARAMILLO Carlos Ignacio, *Responsabilidad civil médica*, op.cit., p. 395

³⁸³ AUBY J.M., COUSTE. F., Jcl. *Responsabilité civile et assurances*, t. IV, fasc. 442-1, Paris, 1999, p. 15 ; PENNEAU Jean, *La responsabilité médicale*, éd. Sirey, Paris 1977, p.37

³⁸⁴ Cour de Cassation française, Assemblée Plénière, pourvoi n° 99-13.701 du 17 novembre 2000 ; Dalloz 2000, I.R. p.295 (Perruche) ; Rapport M. SARGOS ; Bulletin civil 2000, A PN° 9, p. 15

V. : LABBEE Xavier, *Respect et protection du corps humain. – l'enfant conçu. – Généralités*. JCL, fasc. 50, 29 Avril 2011 ; MOQUET-ANGER Marie-Laure, *Droit de la santé – Responsabilité médicale et hospitalière. - Décisions de janvier à juin 2010*, JCP A, n° 6, 7 chro. Février 2011, 2045

rubéole. Vu la gravité des conséquences possibles pour le fœtus, le médecin effectue des tests sanguins, mais suite à une erreur du laboratoire, elle sera considérée comme immunisée contre l'infection. Elle poursuit donc sa grossesse alors qu'elle avait indiqué à son médecin qu'en cas de résultats positifs aux tests, elle souhaiterait procéder à une interruption médicale de grossesse. Quelques mois après la naissance, le nouveau-né présente des symptômes liés à la rubéole non détectée, à savoir, de graves troubles neurologiques et visuels, surdité, et problèmes au cœur.

La famille engage alors une procédure visant à établir la responsabilité du médecin et du laboratoire. Le 13 janvier 1992, le tribunal d'Évry reconnaît qu'une faute avait été commise et ordonne le versement d'indemnités. Dans un arrêt du 17 décembre 1993, la cour d'appel de Paris confirme l'existence d'une faute et estime que le préjudice des parents devait donc être réparé mais conteste le préjudice pour l'enfant : « *Les séquelles dont il est atteint ont pour seule cause la rubéole qui lui a été transmise in utero par la mère* ».

Les parents formèrent un pourvoi devant la Cour de cassation, qui annule le précédent jugement en ce qui concerne la décision prise à propos de l'enfant, estimant que les fautes médicales « sont génératrices du dommage subi par l'enfant du fait de la rubéole de sa mère » et renvoie l'affaire devant la cour d'appel d'Orléans. Celle-ci, par un arrêt du 5 février 1999 -arrêt dit « de rébellion » car contraire à l'arrêt de cassation-, refuse d'indemniser l'enfant, estimant que l'enfant ne subit pas un préjudice dû aux fautes commises par les professionnels et indiquant qu'un être humain n'est pas titulaire du droit « *de naître ou de ne pas naître, de vivre ou de ne pas vivre* ». Le 17 novembre 2000, la Cour de cassation, réunie en assemblée plénière, casse l'arrêt de la cour d'appel et renvoie l'affaire devant la cour d'appel de Paris pour décider du montant des indemnisations.

Jusqu'à l'arrêt Perruche, les procédures intentées à l'encontre des échographistes pour erreur de diagnostic anténatal visaient à indemniser les

parents d'enfants nés malformés. Dans le cadre de sa défense, le médecin échographiste doit alors attester qu'il a satisfait à l'obligation de moyens à laquelle il est tenu : fiabilité du matériel utilisé, temps consacré à l'acte, expérience professionnelle, compte-rendu de l'examen et information donnée aux parents.

Dans cette logique, si la responsabilité du médecin échographiste est retenue, le juge peut indemniser les parents soit pour préjudice moral, du fait que ces derniers n'ont pas été en mesure de se préparer psychologiquement à l'accueil d'un enfant malformé, soit pour perte de chance. A défaut d'avoir été informés, les parents n'ont pu solliciter une interruption thérapeutique de grossesse.

Avec l'arrêt Perruche, le préjudice indemnisable s'adresse non plus aux parents mais à l'enfant handicapé lui-même. Dès lors que la faute commise par le médecin n'a pas permis d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, ce dernier peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap. Ce lien de causalité entre l'erreur médicale et le préjudice transforme *ipso facto* l'obligation de moyens en obligation de résultat. De la sorte, la diligence des diagnosticiens et obstétriciens ne serait plus libératoire.

L'un des éléments qui a forcé l'avancée du débat sur l'arrêt Perruche vers la loi du 4 mars 2002, dite « *anti-Perruche* », est la situation de crise qui a eu lieu dans le monde médical à la suite de la décision de la Cour de Cassation. La colère des obstétriciens a éclaté vers la fin de l'année 2001, avec l'arrivée des montants des primes d'assurances de responsabilité civile professionnelle³⁸⁵.

³⁸⁵ *Que signifie l'arrêt Perruche ? De l'affaire et l'arrêt Perruche à la loi anti-Perruche et ses premières applications*, Synthèse rédigée par Alexis Saurin, 2003, [en ligne]. Disponible sur : http://www.eleves.ens.fr/pollens/seminaire/seances/perruche/suites_arret.html

La nouveauté de l'arrêt Perruche consiste justement à reconnaître le préjudice de l'enfant handicapé et le principe de son indemnisation par le médecin et le laboratoire d'analyses n'ayant pas détecté la maladie de la mère.

Contrairement aux jurisprudences précédentes, qui indemnisaient les parents mais pas l'enfant handicapé, la Cour de cassation a donc décidé de la possibilité d'indemniser un enfant handicapé pour le préjudice en conséquence de son handicap.

Un arrêt du Conseil d'État français du 14 février 1997³⁸⁶ présente dans les faits certaines similitudes avec l'arrêt Perruche. Dans l'affaire QUAREZ, il s'agit également d'une erreur de diagnostic : la trisomie 21 de l'enfant du couple QUAREZ n'avait pas été détectée. De même que pour l'affaire PERRUCHE, l'information faussement rassurante avait empêché les parents de recourir à une interruption médicale de grossesse. Dans les deux cas, il y a eu décision d'indemniser les parents pour le préjudice résultant du défaut d'information et de ses conséquences ; et dans les deux cas, une demande d'indemnisation au nom de l'enfant avait été formulée. Alors que l'arrêt Perruche avait décidé l'indemnisation de l'enfant, l'arrêt QUAREZ du Conseil d'État avait refusé le dédommagement de l'enfant du seul fait d'être né, considérant que la charge de l'entretien de l'enfant étant incluse dans l'indemnisation parentale.

Le Conseil d'État a jugé « *que la naissance d'un enfant, même si elle survient après une intervention pratiquée sans succès en vue de l'interruption de grossesse (...), n'est pas génératrice d'un préjudice de nature à ouvrir à la mère un droit à réparation par l'établissement hospitalier où cette intervention*

³⁸⁶ Conseil d'État français, arrêt N° 133238 du 14 février 1997, Centre hospitalier régional de Nice c/ Époux QUAREZ, Commissaire du gouvernement Mme. PÉCRESE, JCP G, 1997, N° 17, IIN° 22828 ; Rec., 1997, N° 12, IR, PAGE 77 ; AJDA 1997, 5, 430

a eu lieu, à moins qu'existent, en cas d'échec de celle-ci, des circonstances ou une situation particulière susceptibles d'être invoquées par l'intéressée ».

Dans cette affaire, le Conseil d'État avait refusé l'indemnisation de l'enfant suivant les conclusions du commissaire Valérie PECRESSE : « *Nous ne pensons pas qu'un enfant puisse se plaindre d'être né tel qu'il a été conçu par ses parents (...) Affirmer l'inverse serait juger qu'il existe des vies qui ne valent pas la peine d'être vécues et imposer à la mère une sorte d'obligation de recourir, en cas de diagnostic alarmant, à une interruption de grossesse* ».

Cet arrêt opposé aux conclusions de l'arrêt Perruche a été rendu alors que la première décision de la Cour de cassation sur cette affaire, datant de 1996, avait déjà été rendue.

Par deux arrêts du 6 Octobre 2005³⁸⁷, la Cour Européenne des Droits de l'Homme a condamné la France en considérant que l'article 1^{er}-I de la loi du 4 mars 2002 a violé l'article 1^{er} du Protocole n°1 à la Convention en ce qui concerne les instances en cours à la date de son entrée en vigueur. En supprimant purement et simplement, avec effet rétroactif, une partie essentielle des créances en réparation que les parents d'enfants dont le handicap n'avait pas été décelé à la naissance en raison d'une faute qu'ils auraient pu faire valoir, le législateur français a privé les requérants d'une "valeur patrimoniale" préexistante et faisant partie de leurs biens, à savoir une créance en réparation établie dont ils pouvaient légitimement voir déterminer le montant conformément à la jurisprudence fixée par les plus hautes juridictions nationales.

« Ainsi tant le caractère très limité de la compensation actuelle au titre de la solidarité nationale que l'incertitude régnant sur celle qui pourra

³⁸⁷ Cour Européenne de droits de l'Homme, Grande Chambre, requête N° 1513/03 du 6 octobre 2005, affaires DRAON c/ France ; CEDH, requête n° 11810/03 du 6 juillet 2014, affaire MAURICE c / France

résulter de l'application de la loi de 2005 ne peuvent faire regarder cet important chef de préjudice comme indemnisé de façon raisonnablement proportionnée depuis l'intervention de la loi du 4 mars 2002 ».

Ultérieurement par trois arrêts rendus le 24 Janvier 2006³⁸⁸ et se mettant en conformité avec cet arrêt de la Cour Européenne des droits de l'homme, la Cour de Cassation, dont la jurisprudence avait été délibérément contrée par la loi du 4 mars 2002³⁸⁹, a trouvé l'occasion de réaffirmer sa position de principe, au moins en ce qui concerne l'application de l'article 1^{er} de la loi du 4 mars 2002 aux instances en cours.

Dans des hypothèses où des erreurs ou insuffisances de diagnostic avaient privé la mère de la chance de recourir éventuellement à une interruption de grossesse, elle estime concernant les instances en cours au moment de l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002 : « Si une personne peut être privée d'un droit de créance en réparation d'une action en responsabilité, c'est à la condition, selon l'article I du Protocole n°1 à la Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales, que soit respecté le juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs de sauvegarde du droit au respect des biens (...).

(...) Tel n'est pas le cas, dès lors que l'article 1er-I, en prohibant l'action de l'enfant et en excluant du préjudice des parents les charges particulières découlant du handicap de l'enfant tout au long de la vie, a institué un mécanisme de compensation forfaitaire du handicap sans rapport raisonnable avec une créance de réparation intégrale, quand les époux Z.

³⁸⁸ Cour de Cassation française 1^{ère} Chambre civile, 24 Janvier 2006, Arrêts 01-01-684 et 01-17.042, 02-12.260, 02-13.775 ; Dalloz 2006, IR p.325, note GALLMEISTER

³⁸⁹ REPARATION DU HANDICAP CONGENITAL DE L'ENFANT, Le point sur la jurisprudence Perruche, Cabinet d'Avocats, Jean-François CARLOT, 23 Février 2007, [Site mis à jour le 23 janvier 2008], [en ligne]. Disponible sur : <http://www.jurisques.com/jfcperru.htm>

pouvaient, en l'état de la jurisprudence applicable avant l'entrée en vigueur de cette loi, légitimement espérer que leur fille serait indemnisée au titre du préjudice résultant de son handicap » .

La jurisprudence du Conseil d'État français semble s'être alignée, sur ce point, sur celle de la Cour de Cassation : « Les dispositions de l'article 1er I de la loi du 4 Mars 2002, en ce qu'elles s'appliquent aux instances en cours sous la seule réserve qu'elles n'aient pas donné lieu à une décision statuant irrévocablement sur le principe de l'indemnisation, sont incompatibles avec l'article 1er du premier protocole additionnel à la Convention Européenne de Droits de l'Homme.

Les règles édictées par la loi nouvelle restrictive du droit de créance dont se prévalaient les requérants ne pouvaient recevoir application à l'instance engagée par eux pour obtenir réparation des conséquences dommageables résultant de la naissance, le 23 Septembre 1992, de leur fille, porteuse d'un handicap non décelé par le Centre Hospitalier pendant la grossesse de la mère. ³⁹⁰».

Postérieurement, la Cour Administrative d'Appel de Paris a statué sur une affaire similaire³⁹¹.

En l'espèce, la mère, issue d'une famille présentant des antécédents de la maladie de la myopathie de Duchenne, maladie génétique n'atteignant que les enfants mâles, décide en 1989 d'interrompre sa grossesse alors qu'elle était enceinte de deux jumeaux en raison du risque de handicap. Les examens pratiqués alors sur les fœtus par le service de biochimie génétique,

³⁹⁰ Conseil d'État français, 5^{ème} et 4^{ème} s-section réunies, arrêt n° 250704 du 24 février 2006 ; Dalloz 2006, IR p.813.

³⁹¹ Cour Administrative d'Appel de Paris, 8^{ème} Chambre, 6 octobre 2008, décision n° 07PA03630 - 07PA03717, *op.cit.*

d'abord contradictoires, étaient revus pour aboutir à la conclusion commune pour les deux fœtus selon laquelle « l'image n'est pas totalement en faveur d'un Duchenne », lesdits examens mettant l'affaiblissement du signal sur le compte d'une dégradation partielle des protéines musculaires dans les échantillons. Après avoir donné naissance à une petite fille en janvier 1992, la mère interroge, par courrier du 22 juillet 1992, le médecin-assistant du Chef de service du laboratoire de biochimie génétique de l'hôpital, sur les résultats définitifs de son étude génétique. Ce spécialiste indiquait quelques jours plus tard que : « L'analyse du muscle fœtal des deux fœtus a montré que la dystrophie était présente. Actuellement, avec notre expérience, ce résultat nous permet de dire qu'ils n'étaient pas atteints de myopathie de Duchenne. Cela signifie donc que la mutation n'est pas sur le gène recombiné 162 et que vous n'êtes pas conductrice. J'espère que mon raisonnement est suffisamment clair et que vous pourrez envisager l'avenir avec plus de sérénité. Je pense que nous aurons bientôt d'autres moyens qui nous permettront de détecter et de localiser la mutation et de vérifier ainsi mon raisonnement ».

Trois ans plus tard, la requérante débutait une nouvelle grossesse et donnait naissance le 8 décembre 1995 à un garçon prénommé Loïc, atteint de la maladie de la myopathie de Duchenne.

En application de l'article L.114-5 du code de l'action sociale et des familles³⁹², la Cour Administrative d'Appel de Paris a estimé que : « (...) ces dispositions, qui concernent l'ensemble des actes tendant au diagnostic de

³⁹² Code de l'action sociale et des familles, article L. 114-5 : « Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance.

La personne née avec un handicap dû à une faute médicale peut obtenir la réparation de son préjudice lorsque l'acte fautif a provoqué directement le handicap ou l'a aggravé, ou n'a pas permis de prendre les mesures susceptibles de l'atténuer./ Lorsque la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé est engagée vis-à-vis des parents d'un enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse à la suite d'une faute caractérisée, les parents peuvent demander une indemnité au titre de leur seul préjudice. Ce préjudice ne saurait inclure les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap. La compensation de ce dernier relève de la solidarité nationale »

malformations fœtales et, notamment, les tests et études génétiques effectuées avant même la conception, sont applicables aux instances en cours à l'exception de celles où il a été irrévocablement statué sur le principe de l'indemnisation (...) en l'espèce, il résulte de l'instruction que l'enfant né le 8 décembre 1995 n'ayant présenté les premiers signes de la myopathie de Duchenne qu'au cours de l'année 2003, les faits à l'origine du dommage (...) bien que remontant à 1992, n'ont donné lieu à une demande d'expertise suivie d'une demande au fond que postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002 (...) par suite, le régime juridique applicable à la demande d'indemnisation (...) est celui de la faute caractérisée, tel que défini par l'article 1er de cette loi, codifié à l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles précité (...) ».

La Cour d'Appel de Paris estime qu'étant donné les moyens de l'époque à laquelle le diagnostic a été réalisé, à savoir 1989, et les évolutions prévisibles de la science au moment des faits, 1992, l'absence d'une annotation relative à la marge d'erreur ne saurait constituer une faute.

En l'absence d'une faute *caractérisée*, la Cour d'Administrative d'appel de Paris rejette les prétentions des requérants.

Ainsi, il est exigé une faute « caractérisée » du médecin ou de l'établissement hospitalier afin d'engager leur responsabilité. Selon la Cour d'appel de Paris, la faute caractérisée serait celle qui est à la fois *intense et évidente*.

Cette exigence spécifique, que l'on retrouve dans d'autres dispositions légales³⁹³, n'est pas seulement d'ordre probatoire, mais bien d'ordre

³⁹³ Code pénal, article 121-3, alinéa 4 : « (...) les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter, sont responsables pénalement s'il est établi qu'elles ont, soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le

qualitatif, porteuse d'un seuil de gravité qu'il appartiendra aux juges de déterminer, et qui en logique, devrait conduire à restreindre encore la notion de faute de diagnostic³⁹⁴.

Pour le commissaire du gouvernement Thierry OLSON, la faute caractérisée se doit d'être identifiée. « Elle exclut (...) toute forme de présomption de faute, elle doit ensuite se distinguer d'une faute simple par son évidence et son intensité, les conditions devant s'apprécier (...) : en premier lieu, en fonction des obligations pesant sur les médecins résultant des textes légaux et réglementaires ; en second lieu, en fonction de principes déontologiques ainsi que de diligences normales et autres bonnes pratiques que tout patient est en droit d'attendre de tout praticien ; enfin peut-être aussi en fonction de la gravité des conséquences que telle faute produit ou est susceptible de produire au détriment des intérêts du patient »³⁹⁵.

Il semblerait que cette *caractérisation*, après que le droit administratif français a abandonné la faute lourde en 1992³⁹⁶, serait de revenir vers un durcissement des conditions préalables nécessaires à l'indemnisation et à un relâchement de la responsabilité médicale en faveur du corps médical concerné (conseil génétique). Tout ceci pourrait s'avérer être une rétrogradation dans les avancées faites en la matière car si, comme dans le cas présent, on impose un critère « d'évidence » à la faute dans des domaines

règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer ».

Dans de sens voir : Cour Administrative d'Appel de Lyon, 11 février 2003, requête n° 00LY00919, Conseil d'État, 19 février 2003, arrêt MAURICE, RFDA 2003 Concl. D. CHAUVEAUX, p. 349, Cour Administrative d'Appel de Marseille, 19 février 2004, requête N° 99MA01790, JCP A 2005 N°4, Concl. Cormier, p.1045

³⁹⁴ PIERRE Philipe, *Erreur médicale et faute juridique : brèves réflexions à propos d'un thème en renouvellement*, Revue Juridique de l'Ouest 2006/2, p.187

³⁹⁵ Conclusions sur CE, 9 février 2005, n° 255990, Centre Hospitalier Émilie Roux du Puy-en-Velay, cité par : Florence CHATIEL, *Question prioritaire de constitutionnalité en responsabilité hospitalière*, Petites affiches, 29 juillet 2011, n° 150, p.14

³⁹⁶ Conseil d'État français, arrêt 79027 du 10 avril 1992, M. et Mme V, conclusion M. LEGAL *op. cit.*

tels que le conseil génétique, étant donné l'incertitude qui l'accompagne, cela équivaldrait à imposer une condition impossible à remplir, donc un affaiblissement de la responsabilité. Ainsi nous risquerions vite d'arriver à un système où seules les fautes les plus frappantes seraient indemnisables³⁹⁷.

Toutefois, concernant cette affaire, le Conseil d'État a décidé le 14 avril 2010³⁹⁸ de transmettre au Conseil constitutionnel une *question prioritaire de constitutionnalité*³⁹⁹ à propos de la loi du 4 mars 2002 sur les droits de patients et particulièrement sur son caractère rétroactif.

³⁹⁷ V. : AJDA, 9 février 2009, *op.cit.*, p.214-220

³⁹⁸ Conseil d'État français, 14 avril 2010, décision n° 329290, JurisData n° 2010-003887

³⁹⁹ En application de l'article 61-1 de la Constitution, dont les modalités de mise en œuvre ont été précisées par la loi organique du 10 décembre 2009 entrée en vigueur le 1er mars 2010, tout justiciable peut soutenir, à l'occasion d'une instance devant une juridiction administrative ou judiciaire, « qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit ». Cette question prioritaire de constitutionnalité peut être soulevée à tous les stades de l'instance, y compris directement devant le Conseil d'État et la Cour de Cassation. Dans une telle hypothèse, la question doit être renvoyée au Conseil constitutionnel si trois conditions cumulatives sont remplies : il faut que la disposition contestée soit applicable au litige ou à la procédure ; qu'elle n'ait pas déjà été déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel ; et que la question soit nouvelle ou présente un caractère sérieux. En application de ces règles, le Conseil d'État vient, par trois décisions du 14 avril 2010, de renvoyer au Conseil constitutionnel trois questions de constitutionnalité directement soulevées devant lui à l'occasion de litiges dont il est saisi.

Quant à l'affaire en question, le Conseil d'État s'est prononcé ainsi : « Dans l'affaire n° 329290, ce sont les dispositions introduites à l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles par le I de l'article 1er de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades qui font l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité. Ces dispositions interdisent à quiconque de « se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance » et limitent l'engagement de la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé du fait de la naissance d'un enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse aux préjudices des seuls parents et si une « faute caractérisée » peut être identifiée. Cette réforme visait à faire obstacle à la reconnaissance par le juge de la possibilité d'indemniser non seulement les parents mais aussi l'enfant né handicapé à la suite d'une erreur fautive dans le diagnostic prénatal ayant empêché sa mère d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse. C'est au regard, notamment, de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, qui fonde le principe de responsabilité, donc de la réparation d'un dommage causé à autrui, que la constitutionnalité de ces dispositions est contestée. En outre, ces dispositions ont été rendues applicables rétroactivement aux instances en cours au 7 mars 2002, date d'entrée en vigueur de la loi, et couvrent ainsi des préjudices résultant de fautes commises antérieurement à cette date. La constitutionnalité de cette rétroactivité est également contestée au regard du principe de séparation des pouvoirs et du droit à un recours juridictionnel effectif, qui découle de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Le Conseil d'État a estimé, là aussi, que les conditions commandant le renvoi de ces questions au Conseil Constitutionnel étaient remplies ».

Dans une décision du 11 juin 2010⁴⁰⁰, le Conseil constitutionnel a statué sur cette question.

Le Conseil a jugé les dispositions attaquées conformes à la Constitution. Il n'a censuré que les dispositions transitoires relatives à l'application de la loi du 4 mars 2002 aux personnes ayant engagé, antérieurement à celle-ci, une procédure en vue d'obtenir la réparation de leur préjudice, la loi n'est jugée contraire à la Constitution que dans la mesure où elle s'applique aux actions engagées avant le 7 mars⁴⁰¹. Il a en effet jugé qu'il n'existait pas, en l'espèce, un motif d'intérêt général suffisant pour modifier rétroactivement les règles applicables à un litige en cours devant une juridiction⁴⁰².

En premier lieu, le Conseil constitutionnel a examiné le premier alinéa de l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles. Selon la requérante, l'interdiction faite à l'enfant de réclamer la réparation d'un préjudice du fait de sa naissance, porterait atteinte au principe au vu duquel « un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ». D'autre part, ce régime, qui prive du droit d'agir en responsabilité l'enfant né handicapé à la suite d'une erreur de diagnostic prénatal, entraînerait une différence de traitement contraire à la Constitution⁴⁰³.

⁴⁰⁰ Conseil constitutionnel, 11 juin 2010, décision N° 2010-2 QPC, JCP G, n° hors-série, 1er Mai 2011, chro. BERTRAND MATHIEU, JurisData n° 2010-030572

⁴⁰¹ Il faut rappeler que les dispositions transitoires de la loi du 4 mars 2002, contestées devant le Conseil constitutionnel, n'étaient plus appliquées depuis que, du fait de deux arrêts de grande chambre de la Cour Européenne de droit de l'homme *Maurice c/ France et Draon c/ France* du 6 octobre 2005, l'application aux instances en cours a été jugée contraire au droit au respect des biens garanti par l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la Convention européenne de droits de l'homme, « *toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens* ». Pour les requérants qui n'avaient pas introduit une instance avant l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002, la loi était écartée et le régime jurisprudentiel antérieur demeurait applicable. Question prioritaire de constitutionnalité en responsabilité hospitalière, CHATIEL Florence, *op. cit.* p.9

⁴⁰² *Ibidem*

⁴⁰³ *La loi « anti-Perruche » au regard de la Constitution*, JCP A, n°25, 21 juin 2010, p.11
V. : HAMON Francis, *Le «droit de ne pas naître» devant le Conseil constitutionnel*, Petites affiches, 29 juillet 2010 n° 150, p. 4-9 ; PACTEAU Bernard, *Contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité : la loi anti-Perruche en ligne de mire !*, JCP A, n° 29, 18 juillet 2011, p. 29-3

Le Conseil Constitutionnel rappelle que l'action en responsabilité des professionnels et établissements de santé peut être recherchée lorsque la faute invoquée a eu pour seul effet de priver la mère de la faculté d'exercer la liberté d'interrompre sa grossesse. D'autre part, le « principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ». En l'espèce, la situation est différente de celle où la faute invoquée est à l'origine du handicap.

En deuxième lieu, le Conseil a examiné le troisième alinéa de l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles. Selon la requérante, l'exigence d'une faute caractérisée, pour que la responsabilité des professionnels et établissements de santé puisse être engagée, et l'exclusion de certains préjudices porteraient également atteinte au principe de responsabilité ainsi qu'au « droit à réparation intégrale du préjudice » et méconnaîtraient le principe d'égalité.

Le Conseil constitutionnel a rappelé sa jurisprudence suivant laquelle le législateur peut, pour un motif d'intérêt général, apporter des exclusions ou des limitations « à condition qu'il n'en résulte pas une atteinte disproportionnée aux droits des victimes d'actes fautifs ». Ainsi, au regard des connaissances et techniques relatives au diagnostic prénatal, le critère retenu de « faute caractérisée » n'est pas disproportionné.

En troisième lieu, il était soulevé que la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, était inconstitutionnelle. Le Conseil constitutionnel a considéré comme contraire à la Constitution la disposition législative permettant l'application immédiate du nouveau dispositif « aux

instances en cours à la date d'entrée en vigueur de la loi (...) à l'exception de celles où il a été irrévocablement statué sur le principe de l'indemnisation ».

La Haute Cour a estimé que « si les motifs d'intérêt général précités pouvaient justifier que les nouvelles règles fussent rendues applicables aux instances à venir relatives aux situations juridiques nées antérieurement, ils ne pouvaient justifier des modifications aussi importantes aux droits des personnes qui avaient, antérieurement à cette date, engagé une procédure en vue d'obtenir la réparation de leur préjudice ».

Les effets de cette décision ont été précisés par un arrêt du Conseil d'État, en date du 13 mai 2011⁴⁰⁴. Dans cet arrêt, le Conseil d'État considère que l'annulation par le Conseil constitutionnel des dispositions transitoires de la loi du 4 mars 2002 n'avait pas eu pour conséquence de rendre indemnisable le préjudice personnel subi par un enfant avant son entrée en vigueur, dans les termes de la jurisprudence antérieure. En effet, pour le Conseil d'État, «...il résulte de la décision du Conseil constitutionnel et des motifs qui en sont le support nécessaire qu'elle n'emporte abrogation, conformément au deuxième alinéa de l'article 62 de la Constitution, du 2 du II de l'article 2 de la loi du 11 février 2005 que dans la mesure où cette disposition rend les règles nouvelles applicables aux instances en cours au 7 mars 2002 ; (...) la décision du Conseil constitutionnel ne définit par ailleurs pas d'autres conditions et limites pour la remise en cause des effets que cette disposition avait produits avant cette date ». Il en résulte que les victimes pour lesquels une instance avait été engagée avant l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002 peuvent être indemnisées de leur préjudice personnel, sous réserve qu'une action en réparation ait été introduite auparavant. Dans le cas contraire, elles relèvent du dispositif de l'article L. 114-5 du Code de

⁴⁰⁴ Conseil d'État français, 5ème et 4ème sous-sections réunies, arrêt N° 329290 du 13 mai 2011, R. F. de droit constitutionnel 2011, n° 88, p. 869 ; Question prioritaire de constitutionnalité en responsabilité hospitalière, CHATIEL Florence, *op. cit* p.7-11 ; JurisData n° 2011-008423

l'action sociale et de la famille, issu de la loi Kouchner, qui interdit à quiconque de se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance.

Concernant le droit colombien, nous avons pu constater que ni la loi ni la jurisprudence n'attribuent un traitement particulier à la responsabilité suite à des erreurs des examens de diagnostic⁴⁰⁵. En revanche, ils sont intégrés dans le cadre général d'erreur de diagnostic.

Une décision du Conseil d'État colombien du 22 juin 2001⁴⁰⁶ illustre ce fait. En l'espèce, suite à des examens, une tuberculose a été diagnostiquée chez la patiente. Un traitement de streptomycine lui a été prescrit par le médecin qui s'est occupé de son cas. Suite aux réactions gravissimes (perte importante de poids, d'équilibre, vertiges, etc.) de la patiente face au traitement, celui-ci a été suspendu et la patiente a été transférée vers un autre hôpital. Un nouveau médecin a diagnostiqué des troubles importants associés à la streptomycine, néanmoins il a constaté une normalité de l'état des poumons qui laissait penser à un diagnostic négatif de la tuberculose.

La patiente sera transférée à nouveau vers un hôpital spécialisé où le premier diagnostic -tuberculose- a été totalement écarté et un syndrome vertigineux a été diagnostiqué.

Le Conseil d'État a estimé que « (...) Il a été établi à partir de preuves techniques que le diagnostic de la tuberculose a été erroné, si l'on prend en compte que l'Hôpital -*dernier à s'être occupé de la patiente*- a enregistré dans

⁴⁰⁵ Dans certaines occasions, le Conseil d'État colombien a associé les examens de laboratoire ou de radiologie à une obligation de résultat. Cependant, les dommages issus de ce type d'acte médical ne font pas l'objet d'un traitement particulier, ils s'intègrent à la notion générale d'erreur de diagnostic. Conseil d'État, Section III, décision n° 12655 du 7 Octobre 1999, *op. cit.*

⁴⁰⁶ Conseil d'État colombien, Section III, décision n° 12701 du 22 juin 2001, *op. cit.*
V. : Conseil d'État colombien, Section III, décision n° 16915 du 29 janvier 2009, Magistrat chargé de l'affaire : Ruth Estella CORREA PALACIOS ; Conseil d'État, section III, décision n° 27268 du 1er octobre 2008, Leonel CEBALLOS GALLO y otros c/ Instituto de Seguros Sociales y otro, Magistrat chargé de l'affaire : Erique GIL BOTERO

le dossier médical que les examens réalisés (...) par le spécialiste ont permis d'écarter la tuberculose pulmonaire (...) ».

L'intégration des examens de diagnostic à la notion générale de diagnostic est à notre avis le produit d'un vide juridique et non d'un défaut d'interprétation. Le diagnostic est une notion générique et les examens, un élément spécifique dans cette notion générale, il donc été impossible de les confondre. Les examens de diagnostic et le diagnostic, en plus d'être conceptuellement différents, ont un rapport à l'*aléa* très différent. Dans le premier cas, il existe une notion d'*aléa* qui est considérablement réduite par les apports techniques et scientifiques qui les rapprochent d'autant des sciences exactes. Dans le deuxième cas, il s'agit de l'homme seul face à ses connaissances et à sa capacité à appréhender les outils mis à sa disposition avec la faillibilité qui lui est inhérente.

Le diagnostic⁴⁰⁷ est soumis, en Colombie comme en France, à une simple obligation de moyens vu que la médecine n'est pas une science exacte et que le médecin ne peut en aucun cas garantir la guérison du malade.

Toutefois, même si « la médecine n'est pas une science exacte, elle impose aux professionnels le devoir concret d'agir avec dextérité, diligence et bienveillance conformément à leurs spécialités et leurs ressources »⁴⁰⁸.

Au-delà de nous permettre de constater qu'à aucun moment le Conseil d'État n'a fait la distinction entre l'erreur de diagnostic et l'erreur de l'examen de diagnostic lui-même, employant la formule générique d' « erreur de diagnostic », cette décision attire notre attention sur un point, s'agissant d'assurer la continuité dans la prise en charge d'un patient, il opère un

⁴⁰⁷ « Consiste à déterminer le caractère d'une maladie grâce à l'examen de ses signes », CE, Section III, décision n° 11878 du 10 février 2000, *op.cit.*

⁴⁰⁸ Conseil d'État colombien, Section III, décision n° 13675 du 26 avril 2002, Magistrat chargé de l'affaire : Jesús María CARRILLO BALLESTEROS.

partage de responsabilité du fait de l'acceptation « *tacite* » d'un diagnostic préalable.

Ce Haut tribunal a en effet considéré que « (...) Bien que le diagnostic initial et l'ordonnance pour la streptomycine aient été réalisés par un professionnel différent de l'organisme requis (...), le lendemain la patiente a été prise en charge par ce dernier qui lui a prescrit des examens et qui lui a attribué un arrêt maladie en partant du diagnostic et de la prescription faite par le Centre hospitalier –*premier à s'être occupé de la patiente*-. Ce faisant il a avalisé, approuvé, consenti et ratifié le traitement pour la tuberculose prescrit par le Centre hospitalier ».

Pour le Conseil d'État, dans le cas présent, étant donné les symptômes de la patiente, l'organisme requis a dû lui procurer l'attention nécessaire. Le fait que la malade ait eu une première consultation ne le dégage pas du devoir de le prendre en charge en vue d'un diagnostic et d'un traitement de la maladie. Ainsi, « si l'Hôpital requis a fait le choix d'adopter l'évaluation et le diagnostic du centre hospitalier, les risques qu'une telle manifestation de confiance comportent doivent être assumés par ce premier. Par conséquent, il est tenu comme co-auteur du diagnostic erroné ».

En relation à la confiance qui peut exister par rapport à un procédé déjà initié par une autre personne, qui ajouté à son propre agissement, provoque un dommage, la doctrine a précisé que la confiance doit être raisonnable et qu'elle empêche l'imputation du dommage toutes les fois qu'il existe une division dans les fonctions. Dans l'éventualité d'une division des fonctions, celui qui fait confiance au travail d'une tierce personne, tout en accomplissant ses devoirs et en effectuant les tâches à sa charge, ne sera pas responsable du dommage⁴⁰⁹.

⁴⁰⁹ DIEZ-PICAZO Luis, *Derecho de Daños*, éd. Civitas, Espagne 1999, p.341, cité par : CE, décision n° 12701 du 22 juin 2001, *op.cit.*

Dans le cas présent, il n'a pas existé de division des fonctions entre le Centre hospitalier et l'Hôpital, donc ce dernier n'a jamais été libéré de son devoir de prêter une attention adéquate à la patiente, au contraire, il aurait dû faire tout le nécessaire pour établir un diagnostic sérieux. La confiance attribuée au premier diagnostic et au traitement prescrit par le Centre a été infondée, de ce fait le dommage peut lui être imputé et de ce fait, il sera tenu comme responsable des faits qui lui sont attribués.

2.4. L'utilisation de moyens et de produits défectueux

En l'absence d'une définition du « produit défectueux » dans le droit colombien nous nous référerons à celle proposée par le code civil français qui dans son article 1386-4 énonce qu'un « produit » est considéré comme défectueux lorsqu'il n'offre pas la sécurité à laquelle le consommateur peut légitimement s'attendre.

Pour bien identifier la responsabilité dérivée de cette catégorie de produits, il est important de les distinguer des produits dangereux. En vue de protéger la vie et la santé des personnes, des médicaments présentant, paradoxalement, des dangers pour la santé de ces derniers sont mis en circulation. Tel est le cas par exemple de certaines catégories d'anti-inflammatoires ou d'antibiotiques⁴¹⁰. Cependant, lorsque le médicament respecte les normes de sécurité sanitaire en vigueur et que ses effets indésirables ou potentiellement dangereux ont été portés à la connaissance du public, le produit ne peut pas être considéré comme défectueux et de ce fait, le consommateur (le malade) assume le risque thérapeutique inhérent au produit qu'il consomme et le fabricant, pour sa part, est, en principe, libéré de sa responsabilité.

⁴¹⁰ TAMALLO JARAMILLO Javier, *Responsabilidad por medicamentos y exámenes de laboratorio*, in CASTANO de RESTREPO María Patricia, *Responsabilidad civil y patrimonial del Estado*, ed. TEMIS S.A., Bogotá, D.C 2003, p.33

De la sorte, la défectuosité d'un produit ne se détermine pas par rapport à sa dangerosité, mais par rapport à la « sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre ». Il s'en déduit qu'un produit dangereux ne présente pas nécessairement un défaut de sécurité. Ce n'est donc pas au regard des effets indésirables portés à la connaissance de l'utilisateur du produit que s'apprécie sa défectuosité, mais au regard de l'absence d'informations données dans la notice sur ses effets indésirables, ou les risques encourus par le patient, lorsque le laboratoire en avait connaissance lors de sa mise sur le marché⁴¹¹.

Les dommages provoqués par la défectuosité d'un médicament ou d'une fourniture médicale seront imputables au fabricant. Ainsi, la jurisprudence distingue l'acte de pose d'un appareil, comme par exemple lorsqu'il s'agit d'une prothèse, qui demeure un acte médical et relève de l'obligation de moyens, et la fourniture elle-même, dont la défectuosité entraîne la responsabilité du producteur.

En France, la loi du 4 mars 2002 avait prévu la responsabilité sans faute tant des médecins que des établissements de santé en cas de dommages causés par un produit de santé défectueux.

Aux termes de cette loi du 4 mars 2002, un patient victime d'un produit de santé défectueux pouvait engager la responsabilité du médecin ou de l'établissement de santé, sans qu'il soit nécessaire de rapporter la preuve d'une faute de leur part.

⁴¹¹ Cour de Cassation française, rapport annuel 2007, *op. cit.*

V. : Cour de cassation française, 1^{re} Civ., 24 janvier 2006, Bull. 2006, I, n° 33, p. 130, pourvoi n° 04-16.179 ; Cass, civ, 1^{er}, 5 avril 2005, Bull. 2005, I, n° 173, p. 146, pourvois n° 02-11.947 et 02-12.065 RTD. civ. juillet - septembre 2005, n° 3, p. 607-610, note P. Jourdain, JCP 2005, I, n° 149 note Viney, p. 1227.

Néanmoins, une loi du 5 avril 2006⁴¹², visant à mettre en conformité le droit français avec la directive européenne 85/374/CEE du 25 juillet 1985, va changer les choses. Cette loi revient largement sur le principe de la responsabilité sans faute du professionnel ou de l'établissement de santé en cas de défaut d'un produit de santé.

Désormais, avant de rechercher la responsabilité du médecin ou de l'établissement de santé, le patient victime devra en premier lieu rechercher la responsabilité du producteur du produit en question. Si le patient ne parvient pas à déterminer l'identité du producteur et agit à l'encontre du médecin ou de l'établissement de santé, ces derniers pourront s'exonérer de toute responsabilité en indiquant le nom du producteur ou de leur fournisseur.

Dans une décision du 4 octobre 2010⁴¹³, le Conseil d'État français a décidé de soumettre une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne pour que celle-ci se prononce sur la compatibilité de la responsabilité sans faute du service public hospitalier en raison des dommages causés par la défaillance des matériels et produits qu'il utilise avec les objectifs fixés par l'article 13 de la directive 85/374/CEE du 25 juillet 1985.

La question était de savoir si ladite directive permettait la mise en œuvre d'un régime de responsabilité fondé sur la situation particulière des patients des établissements publics de santé, en tant qu'il leur reconnaît

⁴¹² L'article 2 de la loi du 5 avril 2006 prévoit désormais que : « Si le producteur ne peut être identifié, le vendeur, le loueur, à l'exception du crédit-bailleur ou du loueur assimilable au crédit-bailleur, ou tout autre fournisseur professionnel, est responsable du défaut de sécurité du produit, dans les mêmes conditions que le producteur, à moins qu'il ne désigne son propre fournisseur ou le producteur, dans un délai de trois mois à compter de la date à laquelle la demande de la victime lui a été notifiée »

⁴¹³ Conseil d'État français, 5ème et 4ème sous-sections réunies, arrêt 327449 du 4 octobre 2010 Centre Hospitalier Universitaire de Besançon, JurisData n° 2010-017829
Voir aussi : CE, arrêt 333774 du 13 octobre 2010, Groupe Hospitalier Sud-Réunion, JurisData n° 2010-01841 ; CE, arrêt 324455 du 16 décembre 2010, Centre Hospitalier Universitaire de Bordeaux.

notamment le droit d'obtenir de ces établissements, en l'absence même de faute de ceux-ci, la réparation des dommages causés par la défaillance des produits et appareils qu'ils utilisent, sans préjudice de la possibilité pour l'établissement d'exercer un recours en garantie contre le producteur. Mais aussi si la directive limitait la possibilité pour les États membres de définir la responsabilité des personnes qui utilisent des appareils ou produits défectueux dans le cadre d'une prestation de services et causent, ce faisant, des dommages au bénéficiaire de la prestation.

Par un arrêt du 25 juillet 2013⁴¹⁴, le Conseil d'État précise le régime de responsabilité applicable aux établissements publics de santé en cas de défaillance des produits et appareils de santé utilisés.

Ainsi, il estime qu'il résulte de l'interprétation donnée par la Cour de justice de l'Union européenne dans l'arrêt n° C-495/10 du 21 décembre 2011 que la directive 85/374/CEE du 25 juillet 1985 ne fait pas obstacle à l'application du principe selon lequel le service public hospitalier est responsable, sans préjudice des actions susceptibles d'être exercées à l'encontre du producteur, même sans faute de sa part, des conséquences dommageables pour les usagers de la défaillance des produits et appareils de santé qu'il utilise, en l'occurrence une prothèse défectueuse.

Concernant le droit colombien, celui-ci ne dispose pas d'une législation spécifique en matière des produits défectueux. En l'absence d'autres normes particulières, l'article 78 de la Constitution régule la conformité des biens et des services commercialisés, imposant aux producteurs une obligation de sécurité vis-à-vis des usagers-consommateurs⁴¹⁵.

⁴¹⁴ Conseil d'État français, Sect, décision n° 339922 du 25 juillet 2013, Rapporteur : M. Falempin ; PEIGNE Jérôme, *La responsabilité hospitalière du fait de l'implantation d'une prothèse défectueuse*, RDSS n°5, Dalloz 2013, p. 88 ; JurisData n° 2013-015783

⁴¹⁵ Constitution colombienne, article 78 : « La loi régulera le contrôle de qualité des biens et des services proposés à la communauté, ainsi que l'information qui doit être donnée au public à ce sujet.

D'autre part, le décret 3466/1982 réglemente la conformité et la qualité des biens et des services et la responsabilité des producteurs. Il prévoit une responsabilité pour la non-conformité des produits avec les registres ou les licences, ou avec les normes techniques qui les régulent. S'agissant des produits non-registrés, la responsabilité des producteurs sera de type objectif, attendu que la seule preuve du dommage suffit à la déclencher⁴¹⁶.

Certains produits ou fournitures médicales sont fréquemment associés aux contentieux des produits défectueux, tel est le cas des vaccins et du sang.

Dans un souci de santé publique, l'État impose un certain nombre de vaccinations aux personnes, à raison de leur profession ; les dommages susceptibles d'intervenir à l'occasion de ces traitements peuvent engager sa responsabilité.

S'agissant des dommages provoqués par la vaccination obligatoire contre l'hépatite B, en application de l'article L. 3111-4 du code de la santé publique, le Conseil d'État français impose une présomption de faute. Alors même qu'un rapport d'expertise, sans l'exclure, n'établirait pas de lien de causalité entre la vaccination et l'affection, la responsabilité de l'État peut être engagée en raison des conséquences dommageables d'injections

Seront responsables (...) tous ceux qui, en produisant ou en commercialisant des biens et des services, porteront atteinte à la santé, à la sécurité (...) des consommateurs et des usagés (...) ».

⁴¹⁶ Décret 3466/1982, article 23 : « *Responsabilité des producteurs par l'aptitude et la qualité des biens et des services*. En ce qui concerne les biens et les services dont la qualité et l'aptitude ont été registrées aux termes du présent décret ou en relation à ceux dont le registre ou la licence est légalement obligatoire, ou dont la qualité et l'aptitude ont été légalement déterminées au moyen de l'officialisation d'une norme technique, la responsabilité des producteurs sera déterminée conformément aux termes et aux conditions indiqués dans le registre ou la licence ou dans la disposition qui a officialisée la norme technique en tenant compte des causes d'exonération prévues dans l'article 26.

Lorsque la qualité et l'aptitude des biens et des services n'ont pas fait l'objet d'un registre il suffira, pour établir la responsabilité pour la mauvaise qualité ou la défaillance, de prouver le dommage, sans préjudice des causes d'exonération de la responsabilité indiquées dans l'article 26. (...) »

vaccinales contre l'hépatite B réalisées dans le cadre d'une activité professionnelle eu égard, d'une part, au bref délai ayant séparé l'injection des premiers symptômes d'une pathologie identifiée comportant des atteintes démyélinisantes, éprouvés par l'intéressé et validés par les constatations de l'expertise médicale, et, d'autre part, à la bonne santé de la personne concernée et à l'absence, chez elle, de tous antécédents relatifs à cette pathologie antérieurement à sa vaccination⁴¹⁷.

Cette position a été aussi adoptée par la Cour de Cassation. En 2008 trois décisions⁴¹⁸ viennent prolonger l'évolution entreprise en 2006. Ce Haut tribunal civil estimait à cette occasion que « si l'action en responsabilité du fait d'un produit défectueux exige la preuve du dommage, du défaut et du lien de causalité entre le défaut et le dommage, une telle preuve peut résulter de présomptions, pourvu qu'elles soient graves, précises et concordantes »⁴¹⁹.

Ainsi, pour le Conseil d'État français et pour la Cour de cassation, s'agissant de la vaccination obligatoire contre l'hépatite B, le requérant, qui en principe, pour faire valoir ses prétentions, doit apporter la preuve du lien de causalité entre la vaccination et le dommage subi, peut profiter d'une présomption de faute toutes les fois que le dommage remplit les conditions

⁴¹⁷ Conseil d'État français, arrêt n° 267635 du 9 mars 2007, JCP G 2007, n° 31-35, II, 10142, p. 30 ; JCP A 2007, n° 19, 2108, p. 33 ; Conseil d'État français, arrêt 305685 du 11 juillet 2008 conclusions Mme. Catherine de Salins, JurisData n° 2008-073871 ; Conseil d'État français, arrêt 289763 du 11 juillet 2008, JurisData n° 2008-073863 ; Conseil d'État français, arrêt 305622 du 24 octobre 2008, conclusions M. Jean-Philippe THIELLAY, JurisData n° 2008-074403 ; Conseil d'État français, arrêt 324051, du 25 février 2011, conclusions Mme. LIEBER, [en ligne]. Disponible sur : <http://arianeinternet.conseilEtat.fr/arianeinternet/ViewRoot.asp?View=Html&DMode=Html&PushDirectUrl=1&Item=4&fond=DCE&texte=h%E9patite+B++scl%E9rose&Page=1&querytype=simple&NbEltPerPages=4&Pluriels=True> ;

⁴¹⁸ Cour de cassation, 1^{re} Civ., arrêt 06-14.952 du 22 mai 2008, Bulletin 2008, I, 147 ; JurisData n° 2008-044123 ; Cour de cassation, 1^{re} Civ., arrêt 06-10.967 du 22 mai 2008, JCP G 2008, I, 186, n° 6, Ph. Stoffel-Munck ; JCP G 2008, II, 10131, L. Grymbaum ; Resp. civ. et assur. 2008, comm. 8, C. Radé ; RTD civ. 2008, p. 492, note P. Jourdain ; Cour de cassation, 1^{re} Civ., arrêt 05-20.317 du 22 mai 2008, JurisData n° 2008-043969

⁴¹⁹ Cour de Cassation française, 1^{er} Civ., arrêt 02-16.648 du 24 janvier 2006, Bull. 2006, I, n° 35, p. 34. V. : Cour de cassation, 1^{er} Civ., arrêt 08-11.073 du 9 juillet 2009, Bull. 2009, I, 176 ; JurisData n° 2009-049060

de temporalité et de bonne santé préalable, demandées par le Conseil d'État, et de gravité et concordance, prévues par la Cour de cassation.

Aux termes de l'article L. 3111-9 du code de la santé publique, « (...)La réparation intégrale des préjudices directement imputables à une vaccination obligatoire pratiquée dans les conditions mentionnées au présent chapitre, est assurée par l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales(...) ».

L'article L. 1142-22 du code de la santé publique prévoit que l'indemnisation de victimes des contaminations par le VIH et par le VHC (virus de l'hépatite C) causées par une transfusion sanguine ou à une injection de médicaments dérivés du sang relève de la compétence de l'ONIAM⁴²⁰.

En revanche, les autres modes de contamination, notamment par voie chirurgicale ou endoscopique, relèvent de la seule compétence de l'EFS (Établissement Français du Sang).

Dans tous les cas, les victimes ou leurs ayants droit doivent justifier la contamination ainsi que le fait de la transfusion de produits sanguins ou des injections de médicaments dérivés du sang, la preuve contraire reposant sur le défendeur.

L'Établissement français du sang assume, même sans faute, la responsabilité des risques encourus par les donneurs à raison des opérations de prélèvement⁴²¹.

⁴²⁰ Conseil d'État, arrêt 326416 du 18 mai 2011, Rapporteur M DESPORTES, JurisData n° 2011-009805

⁴²¹ Code de la santé publique, article L1222-9.

En Colombie, il n'existe pas une législation spécifique dans ce domaine. La jurisprudence pour sa part ne s'est prononcée sur le sujet qu'à de très rares exceptions, sans jamais poser de règles strictes quant au régime de responsabilité applicable.

Cependant, dans une décision de 2004⁴²², qui représente une avancée importante en la matière, le Conseil d'État colombien statue sur une affaire de contamination transfusionnelle du VIH. Dans les faits, suite à une césarienne, une patiente a été transfusée dans une clinique avec du sang provenant d'une banque de sang privée. Les unités de sang en questions portaient la vignette nationale de qualité qui, normalement, garantit que l'organisme collecteur a effectué les analyses nécessaires imposées par la loi avant de les mettre en circulation. La requérante cherche alors la responsabilité des organismes publics chargés du contrôle du sang.

Le Conseil d'État déclare solidairement responsables le Ministère de la Protection Sociale et le Secrétariat de la santé, sur le fondement du manquement à leur mission de vigilance et de contrôle. Ainsi ce Haut tribunal administratif a constaté une *faute de service* pour défaut de surveillance et de contrôle des organismes concernés, sans se prononcer sur la responsabilité de la banque de sang –qui n'avait pas été appelée au procès par la victime-. Cette Haute Juridiction administrative a estimé que la fonction du Ministère et du Secrétariat en question était *d'ordre public* et que ceux-ci « (...) ne pouvaient se limiter à la formulation de recommandations à l'attention des banques de sang ou à l'élaboration de statistiques concernant le VIH. (...) Le Ministère de la Santé était dans l'obligation d'établir et de mettre en pratique les actions nécessaires à fin d'effectuer la vigilance et le contrôle des institutions publiques et privées chargées de les entreprendre

⁴²² Conseil d'État, Section III, décision n° 18273 du 29 janvier 2004, Mery Teresa COLMENARES TOVAR y otros c/ Nación- Ministerio de Salud Distrito Capital de Bogotá - Secretaría Distrital de Salud, Magistrat chargé de l'affaire : Alir Eduardo HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ

ainsi que d'adopter les mesures correctives nécessaires pour que ses instructions soient respectées».

De plus, il souligne qu'en matière de santé, cette mission de vigilance doit s'effectuer de manière active, en effectuant des visites d'inspection afin de vérifier que les démarches entreprises par les banques de sang sont conformes aux dispositions légales.

Dans cette affaire, le Conseil d'État s'est servi des preuves indiciaries pour établir le lien de causalité entre la contamination par le VIH et la transfusion sanguine. En effet, il n'a pas été prouvé au moyen d'une preuve directe que le sang transfusé ait été contaminé. Cependant, le dossier médical de la victime montrait qu'au moment de la césarienne, celle-ci n'était pas infectée. Au vu des antécédents médicaux et suite à plusieurs avis médicaux –parmi lesquels celui de son médecin traitant et du médecin qui l'avait assisté durant l'accouchement- montrant le bon état de santé de la victime au moment des faits, en plus du fait qu'il a été prouvé que la banque de sang ne pratiquait pas correctement les examens nécessaires et que, à la même période, des unités de sang provenant de cette banque ont montré des résultats positifs au VIH, le Conseil d'État a estimé que ces indices suffisaient à établir la faute.

Le Conseil d'État choisit dans cette affaire de faire application du régime de la *faute prouvée* en imposant ainsi au requérant d'établir la preuve de la faute, même au moyen d'indices. Une fois de plus, nous constatons l'intention du Haut Tribunal administratif de refaire de la faute l'axe central de la responsabilité. Néanmoins, dans des domaines tels que les contaminations transfusionnelles, un régime de présomption pourrait s'avérer nécessaire, afin d'un côté, de responsabiliser tous les intervenants de la chaîne du sang et d'un autre, d'améliorer le système d'indemnisation des victimes, relativement faible en Colombie.

Une question reste toujours en suspens dans cette affaire. En l'absence de demande de la requérante, le Conseil d'État ne s'est pas prononcé sur la responsabilité du fournisseur de sang. Cependant, au vu de la tendance jurisprudentielle actuelle, nous pouvons imaginer que s'il avait été saisi, il se serait également prononcé sur une responsabilité fondée sur la faute prouvée –particulièrement exigeante vis-à-vis des victimes-.

Nous pouvons penser que cet antécédent jurisprudentiel offre un nouvel axe de réflexion au droit de la responsabilité hospitalière qui, malheureusement, manque de spécificité dans le droit colombien. Il reste donc à savoir si le Conseil d'État donnera une continuité à l'application d'un régime de faute prouvée en matière de contamination transfusionnelle- ce qui paraît être le cas depuis 2006 pour l'ensemble du contentieux de la responsabilité hospitalière-⁴²³.

Pour sa part, dans une décision du 13 septembre 2013⁴²⁴, la Cour suprême de justice colombienne réitère sa position quant au devoir de sécurité du fournisseur : Les prestataires des services de santé, tout comme les autres intervenants du marché, « peuvent » être responsables des produits qu'ils utilisent dans leurs activités, considérés comme défectueux pour ne pas offrir la sécurité à laquelle les consommateurs ou les utilisateurs peuvent légitimement s'attendre. En ce domaine, en règle générale, ce devoir s'assimile à une obligation de résultat.

⁴²³ « Concernant les fautes de service, il existe une jurisprudence constante en matière de responsabilité pour la prestation du service de santé dans le sens où celle-ci est de nature subjective et le titre d'imputation est la faute du service prouvée. Ce type de responsabilité a eu une évolution importante, en passant par le régime subjectif de faute prouvée, la présomption de la faute, la charge dynamique de la preuve. Par décision du 31 août 2006 c'est la faute prouvée qui est le régime général, en tenant compte de la complexité de l'environnement médical et de la difficulté probatoire pour les organismes publics de santé, étant donné le volume de travail et le manque de temps, liés à leur activité ». Conseil d'État, Section III, sous-section C, décision n° 21344 du 19 octobre 2011, Blanca Rosa VEGA TORRES y otros c/ HOSPITAL MILITAR CENTRAL, Magistrat chargé de l'affaire : Olga Melida VALLE DE LA HOZ

⁴²⁴ CSJ. Civ., décision n° 11001-3103-027-1998-37459-01 du 13 septembre 2013, Magistrat chargé de l'affaire : Arturo SOLARTE RODRÍGUEZ ; CSJ. Civ., décision n° 14491 du 18 octobre 2005 ; CSJ. Civ., décision n° 00629 01 du 30 avril 2009.

Elle ajoute que dans le cas particulier des activités médicales, le devoir de sécurité, qui est un devoir légal générique qui se cumule avec les autres devoirs contractuels préétablis par les parties co-contractantes, se manifeste dans la nécessité d'empêcher le patient de souffrir des accidents ou des événements traumatisants dans le cadre des soins médicaux, mais aussi de veiller à ce que les différents outils, instruments, fournitures, médicaments ou matériaux qui sont utilisés pour le traitement de la maladie ne causent pas de dommages aux personnes qui en bénéficient ⁴²⁵.

⁴²⁵ *Ibidem*

Deuxième Partie :

La mise en œuvre de la responsabilité hospitalière et médicale

La première partie de notre étude a été dédiée au cadre général de la responsabilité. Cette analyse nous a conduit à nous questionner sur les fondements de la responsabilité en matière médicale et hospitalière et sur la nature des obligations issues de la relation soignant-patient. Nous avons pu explorer la genèse légale et jurisprudentielle du système de responsabilité en Colombie et en France, de manière à comprendre les différentes doctrines appliquées par le juge administratif, sans oublier les contributions du juge judiciaire.

La deuxième partie nous conduira à examiner la mise en œuvre de la responsabilité des prestataires publics de santé. Ainsi, il conviendra, dans un premier temps, de s'interroger sur l'obligation d'indemniser en matière de responsabilité hospitalière et médicale (*Titre I*). Dans ce cadre, nous nous intéresserons à la responsabilité qui incombe d'un côté aux organismes prestataires, et aux actes auxquels la faute est le plus souvent associée dans le milieu médical (*Chapitre 1*). Pour nous interroger ensuite sur la responsabilité civile des agents et sur les conséquences que la pratique de la médecine en équipe a sur l'analyse de la responsabilité (*Chapitre 2*).

En outre, il ne faut pas perdre de vue que l'action en responsabilité, qu'elle soit civile ou administrative, a avant tout une vocation réparatrice. C'est ainsi que par la suite, notre étude nous amènera à nous interroger sur la réparation du préjudice lié à la responsabilité médicale et hospitalière (*Titre III*). Afin de parvenir à la réparation, le juge, qu'il soit civil ou administratif, fait application des différents critères lui permettant d'apprécier la faute et d'évaluer le dommage. Le choix de l'un de ces critères

aura des conséquences importantes sur l'attribution de la responsabilité. Nous allons ainsi étudier les principaux critères d'évaluation –subjectifs et objectifs-utilisés par le juge en matière de responsabilité médicale (*Chapitre 1*). Nous terminerons notre analyse par l'étude des différents dispositifs de réclamation et d'indemnisation dont bénéficient les victimes, en tenant compte des particularités des deux systèmes auxquels cette thèse est consacrée –le système colombien et le système français- (*Chapitre 2*).

TITRE I. L'obligation d'indemniser en matière de responsabilité hospitalière et médical

La médecine peut se pratiquer sous différentes formes, et multiples sont les intervenants, directs et indirects, qui participent à la relation médicale. Cet énoncé est d'autant plus vrai dans un système de santé tel que le système Colombien, où la Constitution de 1991 a créé une organisation sanitaire complexe où il est parfois difficile d'établir la nature juridique des relations des participants (médecin, patient, hôpital, cliniques et autres divers prestataires) entre eux.

Il convient donc de distinguer les différentes manières d'exercer la médecine. Le médecin peut être salarié d'un hôpital ou en exercice libéral de sa profession. De même, la médecine peut être une pratique individuelle ou collective¹. La distinction entre ces différents cas de figure est importante, notamment au regard des conséquences en matière de responsabilité.

Si le praticien exerce sa profession au sein de l'hôpital, il peut avoir différents statuts. Le médecin peut ainsi être salarié de l'hôpital où exercer en tant que médecin libéral au sein de l'institution.

Lorsque il est salarié d'un l'hôpital public, l'établissement est, en principe, responsable des dommages causés par celui-ci dans le cadre de ses fonctions. Si les conditions de la responsabilité sont réunies, l'hôpital pourra être déclaré responsable devant les juridictions administratives. En tant qu'agent public, la responsabilité personnelle du médecin ne pourra pas se

¹ Traditionnellement, la responsabilité du médecin s'analyse selon les critères de la dénommée *médecine individuelle* liée à la relation médecin-patient qui caractérisait la pratique médicale durant le XIX siècle et la première moitié du XX siècle. Si le médecin causait un dommage à son patient, l'examen de responsabilité se faisait selon ce même critère. Aujourd'hui, ce type de pratique de la médecine s'avère être l'exception. L'activité médicale est, de plus en plus, une activité collective. ARRUBLA PAUCAR Jaime Alberto, *Novedades jurisprudenciales en materia de responsabilidad civil y patrimonial del Estado por prestación medico asistencial*, in, CASTAÑO DE RESTREPO María Patricia, *Derecho médico-sanitario (I)*, op. cit., p. 149

voir engagée, sauf certaines exceptions. Ce n'est que si le praticien hospitalier a commis une faute personnelle « détachable du service » que sa responsabilité personnelle pourra être mise en cause et ce devant la juridiction civile². Lorsqu'il y a lieu, sa responsabilité disciplinaire ou sa responsabilité pénale pourra également être engagée devant les juridictions concernées. Cela est la règle générale tant en droit colombien qu'en droit français.

Selon la théorie de la « faute de service » du droit français, qui sert de fondement à la responsabilité administrative, adoptée également par le droit colombien, il est considéré que la faute individuelle du fonctionnaire n'a pas été la seule à l'origine du dommage mais que c'est le service qui a mal fonctionné. La responsabilité individuelle laisse alors place à celle du service.

Toutefois, les responsables directs (partiellement ou intégralement) du dommage, doivent assumer leur part de responsabilité. C'est pourquoi, des actions telles que l'appel en garantie ou l'action récursoire existent.

Le médecin peut aussi exercer à l'hôpital à titre libéral. Dans cette hypothèse, il n'est pas salarié de l'établissement de soins et donc l'hôpital ne sera pas responsable des dommages causés par celui-ci. De ce fait, le médecin est personnellement responsable des actes commis au sein de l'établissement hospitalier et les contentieux en résultant relèveront de la compétence des juridictions judiciaires.

Cependant, si le dommage résulte d'un défaut d'organisation de l'établissement, la responsabilité de l'hôpital pourra être mise en cause.

Le médecin peut également être salarié d'un établissement de soins privé, ou médecin libéral dans ce même type de structure ou médecin libéral

² MEMETEAU Gérard, Cours de droit médical, *op. cit.* p.603

dans son propre cabinet, et dans ces éventualités, en cas de dommage, le juge judiciaire sera compétent pour connaître de ce litige.

Le médecin salarié d'un établissement de soins privé, comme pour le médecin du secteur public, ne sera personnellement responsable que s'il a excédé ses fonctions ou s'il a commis une faute grave.

En France, les organismes privés qui participent au service hospitalier³ sont de deux types : d'un côté, les établissements de santé privés et d'un autre côté, les établissements de santé privés d'intérêt collectif⁴. S'agissant de la première catégorie, les choses sont simples. Il s'agit d'une activité commerciale soumise à la juridiction judiciaire.

Concernant la seconde catégorie d'établissements, des problématiques autour du juge compétent se sont posées. De ce fait, la jurisprudence est venu préciser que le juge judiciaire était également compétent en cas de litige et que même s'il s'agit d'un établissement privé à but non lucratif participant au service public hospitalier, celui-ci n'est pas un établissement public et ne peut lui être assimilé⁵.

³ Les établissements privés peuvent, dans certaines conditions, participer au service public hospitalier. Le code de la santé publique (article L.6112-1 à 3, CSP) prévoit que ce service public est assuré par l'ensemble des établissements publics de santé et par les établissements privés lorsqu'ils remplissent certaines conditions et qu'ils passent un contrat avec l'Agence régionale de santé. MAUGÜE Christine, THIELLAY Jean Philippe, *La responsabilité du service public hospitalier*, L.G.D.J, 2010, p. 25

⁴ Il s'agit d'établissements de santé privés à but non lucratif chargés d'assurer une ou plusieurs missions de service public hospitalier. Ses employés sont en grande partie des salariés de droit privé mais il peut y avoir également du personnel hospitalier détaché (cliniciens hospitaliers). Cette nature particulière a participé à créer la confusion quant à la véritable nature de ses établissements et sur la juridiction compétente pour connaître les litiges les concernant.

⁵ Cour de Cassation française, Chambre sociale, Décision n° 88-20276 du 28 mars 1991. Rapporteur : M. BERTHÉAS, Bulletin 1989, V, n° 39, p. 23 ; JurisData : 1991-001022
S'agissant des établissements privés de soins, le juge administratif conserve sa compétence en deux circonstances. Premièrement, lorsque le dommage est provoqué par le mauvais fonctionnement d'un matériel administré par un hôpital public. Deuxièmement, lorsque le dommage a été provoqué par l'hôpital public où lorsque l'établissement privé a envoyé son patient pour y effectuer des examens ou des soins complémentaires. PENNEAU Jean, *La responsabilité du médecin*, Dalloz, 3^{ème} éd., Paris 2004, p.50

Dans le cas colombien, comme nous l'avons indiqué à plusieurs reprises, la structure du système de santé revêt une certaine complexité. Les prestataires de santé sont en grande majorité privés⁶. Comme en droit français, c'est la nature publique ou privée du prestataire qui déterminera le juge compétent pour statuer sur les litiges opposant le malade aux les prestataires.

Néanmoins, de par cette complexité même du système de santé en Colombie, l'identification du prestataire appelé à répondre du dommage n'est pas toujours aisée.

En Colombie, les usager -ou clients- du système de santé, appartiennent à l'un des deux régimes établis par la loi, le régime contributif ou le régime subventionné⁷.

Les patients du régime contributif peuvent accéder aux services de santé par le biais d'un EPS (Organismes de promotion de la santé) directement ou par celui d'une IPS (Institutions prestataires de services de santé) en contrat avec l'EPS auquel le patient a adhéré. De la sorte, le

⁶ L'organisation institutionnelle du système est composée de trois types d'organismes. Les agents fournisseurs de services (hôpitaux, cliniques, médecins, etc.) sont regroupés sous l'appellation d'Institutions prestataires de services de santé (IPS), ils sont gérés par EPS (Organismes de promotion de la santé) qui jouent le rôle d'assureurs : gestion des affiliations, recouvrement des cotisations. Ils jouent également un rôle d'intermédiaires entre les affiliés et les IPS avec lesquels ils établissent des conventions pour les prestations de services. Les EPS peuvent appartenir au secteur public ou au secteur privé. Néanmoins, actuellement seul un quart des EPS est public.

Les ARS (Administratrices du régime subventionné) sont les gestionnaires du régime subventionné.

La loi établit que c'est aux municipalités et aux départements de diriger et d'organiser les services de santé qui garantiront la santé publique grâce à l'action des institutions publiques ou privées avec lesquelles les directions locales (municipales ou départementales) de la santé passent contrat.

En dernier, une troisième catégorie d'organismes, ceux appartenant au dispositif public de modulation et de régulation du système : le ministère de la Protection Sociale, la Superintendence Nationale de la Santé (organisme de contrôle), le Conseil National de la Sécurité Sociale (CNSSS) et la Commission de Régulation en Santé (CRES).

⁷ Les personnes disposant d'une capacité financière suffisante vont adhérer au régime contributif soumis à une cotisation. La population dite « pauvre » et vulnérable, identifiée comme tel, appartiendra au régime subventionné. Articles 26 et 29 du Décret 806 du 30 avril 1998.

dommage occasionné au patient par une IPS concerne non seulement celle-ci mais également l'EPS qui a sous-traité le service de santé⁸.

L'EPS et le patient sont liés par un contrat de service par lequel le patient paie une cotisation mensuelle et le prestataire lui fournit un service de santé. La doctrine colombienne considère, de manière unanime⁹, que lorsque le patient-victime requiert directement la responsabilité de l'EPS, celui-ci est contractuellement responsable.

Concernant l'IPS, certains auteurs considèrent que, du fait de leur propre obligation de soins, il est possible que leur responsabilité soit engagée par le patient à titre extracontractuel. D'autres estiment que, même si la nature de la responsabilité des IPS n'est pas très claire, elle est, pour le moins solidairement responsable avec l'EPS¹⁰.

Toutefois, le patient ne pourra pas demander dans sa requête que ces deux responsabilités soient reconnues, à savoir la contractuelle de l'EPS et l'extra-contractuelle de l'IPS. Pour l'EPS, il sera toujours possible d'appeler en garantie l'IPS à l'origine du dommage.

Quant au personnel soignant impliqué dans la réalisation du dommage, sa responsabilité, vis-à-vis du patient, sera assumée par l'organisme qui l'emploie¹¹, sauf si le soignant impliqué a excédé ses fonctions ou s'il a commis une faute grave.

Lorsque la faute du médecin et la faute du service hospitalier ont contribué à la production du dommage, il se produit un cumul de fautes.

⁸ SERRANO ESCOBAR Luis Guillermo, *op. cit.*, p.221

⁹ FERNANDEZ Mónica, *op. cit.*, p 216; SERRANO ESCOBAR Luis Guillermo, *op. cit.*, p.221

¹⁰ *Ibidem*

¹¹ Code civil colombien, article 1738 : <La responsabilité du débiteur pour les actes des personnes à sa charge>. Dans le fait ou la faute du débiteur, s'intègre le fait ou la faute du personnel qui est à sa charge.

Nous nous sommes jusqu'ici intéressés à l'exercice individuel de la médecine. Il est cependant courant qu'elle s'exerce de manière collective. Tel est le cas, notamment dans le domaine chirurgical, où l'intervention requiert la participation de spécialistes.

En effet, aujourd'hui, la complexité des équipements médicaux et les progrès de la science obligent les professionnels de la médecine à travailler de manière complémentaire. Dans le cadre de cet exercice collectif-complémentaire de la médecine, il est possible que chaque professionnel exécute une fonction clairement identifiable et indépendante en fonction de sa spécialité. Dans ce cas, nous sommes face à une responsabilité « identifiable » vis-à-vis du patient. Tel est le cas du praticien qui en vue d'établir le diagnostic de son patient le soumet à des examens de radiologie qui se révéleraient erronés.

Toutefois, si l'acte médical s'accomplit grâce à l'intervention d'une équipe, comme très souvent en chirurgie, nous pouvons nous trouver face à un cas d'exercice collectif de la médecine. La participation de plusieurs intervenants à la réalisation de l'acte peut donc provoquer un concours de responsabilités.

Dans l'équipe médicale *stricto sensu*, il existe, en règle générale une relation hiérarchique qui crée une certaine coordination entre ses membres. C'est justement cette organisation qui va être déterminante pour l'étude de la responsabilité civile en cas de dommage¹².

Il est vrai que les interventions médicales, sous toutes leurs formes, sont susceptibles de provoquer des dommages qui engendrent l'obligation de les indemniser. Néanmoins, lorsqu'il s'agit d'effectuer une analyse de

¹² FERNANDEZ Mónica, *op. cit.*, p 245

responsabilité, il est parfois particulièrement difficile d'individualiser les charges.

À présent, notre analyse portera sur la responsabilité qui incombe aux établissements de soins publics et à leurs agents. Cependant, étant donné la complexité actuelle des systèmes de santé, en générale, et de l'interrelation existante entre les organismes publics et les organismes privés en matière de services médicaux, nous porterons un regard attentif aux apports du juge judiciaire.

Chapitre 1. La responsabilité des établissements prestataires. Bref récapitulatif d'actes constitutifs d'une faute

La théorie de la faute de service, introduite par la jurisprudence française¹³, a été évoquée, de manière très brève, par la jurisprudence colombienne en 1939. Mais ce n'est qu'en 1941 que la Cour Suprême de justice¹⁴ va se servir de cette théorie pour trouver le fondement de la responsabilité des personnes publiques, laissant ainsi de côté les théories de responsabilité indirecte pour opter pour une responsabilité directe¹⁵.

La faute devient le fondement de la responsabilité dans le secteur public. Elle évoluera au fil des temps en passant de la faute lourde à la faute

¹³ L'expression « *faute de service* » est apparue longtemps après que le principe de la responsabilité du pouvoir public ait été exposé par les arrêts *Rotschild et Blanco*.

Dans ses commentaires de l'arrêt *Tomaso –Grecco*, Maurice HAURIOU, attribue la paternité de cette notion de faute de service au Commissaire du Gouvernement ROMIEU, qui, dans ses conclusions sur l'arrêt *Cames*, déclare que *le service public est responsable*. Mais en vérité, il semble que ce soit TESSIER, qui dans ses conclusions sur l'arrêt *Le Berre*, ait été le premier à utiliser cette locution.

PAILLET Michel, *La Faute du service public en droit administratif français*, Paris, L.G.D.J., 1980, p. 18

¹⁴ En Colombie, la Cour Suprême de justice était, jusqu'en 1964, compétente pour connaître des contentieux de responsabilité contre l'État, d'ailleurs soumis à l'époque aux dispositions du droit civil.

¹⁵ SERRANO ESCOBAR Luis Guillermo, *op. cit.*, p.166

simple. Aujourd'hui, en droit colombien comme en droit français, une faute simple suffit à engager la responsabilité de l'administration¹⁶.

Dans certains cas précis, la loi et la jurisprudence admettront que, même en l'absence de faute, l'État doit indemniser les victimes pour les dommages qu'elles ont subis. Tel est le cas en France concernant les infections nosocomiales.

Le droit colombien, prévoit également, comme nous l'avons souligné dans la première partie de cette étude, que la responsabilité de l'État peut être engagée lorsque, par l'action ou l'inaction d'un organisme public, la victime subit un dommage anormal, dans la mesure où celle-ci n'est pas légalement obligée de le supporter. Il s'agit du principe constitutionnel de responsabilité pour dommage *anti-juridique*¹⁷.

La responsabilité médicale suit le principe général de la responsabilité des personnes publiques en adoptant la faute de service comme titre juridique d'imputation¹⁸, ce qui nous place devant un régime de responsabilité subjectif. La faute de service est définie comme la violation d'une obligation qui est à charge de l'État. Son application, en droit colombien, est liée à l'article 365 de la Constitution¹⁹, dans la mesure où celui-ci assigne à l'État le but essentiel d'assurer les services publics. Ceci

¹⁶ Cf. p. 78

¹⁷ Constitution Colombienne, article 90

¹⁸ Il va de même pour la responsabilité civile médicale du secteur privé. La Cour de Cassation a ainsi souligné que « la responsabilité civile des médecins (...) est une responsabilité fondée sur la démonstration de la faute, indépendamment du fait que la requête d'indemnisation ait des origines contractuelles ou extra-contractuelles ». Cour Suprême de Justice, Chambre de cassation civile, décision n° 5507 du 30 janvier 2001, *op. cit*

¹⁹ Constitution colombienne, article 365 : « Les services publics sont inhérents au but social de l'État. Il est du devoir de l'État d'assurer leur prestation efficace à tous les habitants du territoire national. Les services publics seront soumis au régime juridique fixé par la loi, ils pourront être assurés par l'État, directement ou indirectement, par des communautés organisées, ou par des particuliers. Dans tous les cas, l'État est chargé de la réglementation, du contrôle et de la surveillance de ces services. (...) ».

suppose qu'ils soient adéquatement prêtés et non d'une manière défectueuse qui finirait par provoquer des dommages aux particuliers²⁰.

Pour le Conseil d'État colombien, « si, comme conséquence, soit du mauvais fonctionnement du service, ou de son non-fonctionnement, ou de son fonctionnement tardif, il se produit un dommage, l'État est responsable et par suite, il sera obligé d'indemniser les préjudices occasionnés. Et cela en laissant de côté la faute personnelle de l'agent ou des agents chargés de la prestation du service, puisque (...) l'Administration doit répondre toutes les fois que le dommage est la conséquence d'une faute dans le service qu'elle était obligé d'assurer, car (...) la responsabilité trouve son origine, en dernier recours, dans le devoir premier de l'État de garantir aux administrés les moyens conduisant à l'efficacité des services, à l'obtention de ses fins, en d'autres termes, à la réalisation du bien commun »²¹.

En matière hospitalière, la faute de service ne répond pas à une structure fixe. Développée par la jurisprudence, elle s'est adaptée aux différentes conditions de l'univers hospitalier. De la sorte, la jurisprudence s'est chargée de distinguer, en Colombie de manière large²², et en France de manière plus précise, les fautes liées à l'organisation et au fonctionnement du service, et les erreurs de nature médicale.

Dans une décision de 2010, le Conseil d'État colombien souligne que « (...) La responsabilité patrimoniale pour faute médicale englobe non

²⁰ Circulaire 005 du 17 février 2006, portant sur le *renforcement de la défense judiciaire dans les procédures d'action de réparation directe contre les hôpitaux de district et la prévention des dommages anti-juridiques dans la prestation du service de santé*, Secrétariat général de la Mairie Majeur de Bogotá, [en ligne]. Disponible sur : <http://www.alcaldiaBogotá.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=19298>

²¹ Conseil d'État, Section III, 28 avril 1967, William BENDECK c/ État colombien, Magistrat chargé de l'affaire : Carlos PORTOCARRERO MUTIS

²² Conseil d'État, Section III, décision n° 11405, du 28 septembre 2000, Magistrat chargé de l'affaire : Alier Eduardo HERNANDEZ ENRRIQUEZ, Bogotá D.C ; Conseil d'État colombien, section III, décision n° 18574 du 28 avril 2010, Magistrat chargé de l'affaire : Ruth Stella CORREA PALACIOS. Bogotá D.C.

seulement l'acte médical proprement dit, qui fait référence à l'intervention du professionnel aux différents moments de l'acte, et qui comprend particulièrement le diagnostic et le traitement des maladies, y compris les interventions chirurgicales, mais également tous les actes préalables, concomitants et postérieurs à l'intervention, à la charge du personnel paramédical ou administratif (...)»²³.

Dans la catégorie des dommages produits par les erreurs ou les omissions dans les activités connexes à l'acte médical ou chirurgical proprement dit, cette jurisprudence répertorie : les lésions produites par un défaut de surveillance, le défaut de maintenance des équipements ou des instruments, l'omission ou la mauvaise administration des médicaments, d'autres lésions causées à l'intérieur de l'organisme hospitalier²⁴.

La responsabilité qui découle de la faute du service proprement dite (actes médicaux et paramédicaux) et celle relative au devoir de protection et de vigilance des patients durant leur séjour à l'hôpital doivent être distinguées car elles ont un fondement différent. La première soupèse une violation de la *lex artis* et des normes scientifiques, tant que la deuxième est associée à un devoir juridique de garantir la sécurité des patients²⁵.

En France, la jurisprudence a différencié de manière plus précise les diverses fautes associées à l'activité médicale. Dans la catégorie des fautes dites d'organisation et de fonctionnement du service, on distingue : les fautes dans les actes de soins courants, le défaut de surveillance, le mauvais

²³ Conseil d'État colombien, décision 18574 du 28 avril 2010, *loc. cit.* ; Conseil d'État, Section III, sous-section B, décision N° 20374 du 27 avril 2011, Luis Evelio OSPINA FRANCO y otros c/ Nacion- Ministerio de Salud y otros, Magistrat chargé de l'affaire : Ruth Stella CORREA PALACIO

²⁴ *Ibidem*

²⁵ Conseil d'État, Section III, sous-section C, décision n° 22304 du 9 mai 2012, Luis Felipe Lopez y otros c/ Hospital Regional Antonio Roldan Betancur E.S.E. y otros, Magistrat chargé de l'affaire : Enrique GIL BOTERO

entretien des locaux et du matériel, le mauvais fonctionnement du service et les fautes dans l'information du patient -traitées dans la première partie de cette étude.

Dans la catégorie des erreurs de nature médicale, on répertorie, d'un côté, les erreurs de diagnostic et les choix thérapeutiques erronés et, d'un autre côté, les actes médicaux à proprement parler²⁶.

Il est souvent difficile de suivre une classification par peur de se retrouver dans un schéma trop étroit, ce pour quoi, pour la suite de notre analyse, nous adopterons la catégorisation de la faute de service effectuée par le Conseil d'État colombien, mais ceci, sans laisser de côté les importants apports de la jurisprudence française qui, comme nous l'avons déjà indiqué, traite ce sujet d'une manière plus détaillée.

Ainsi, nous analyserons la faute de service selon deux critères. D'un côté, nous aborderons la faute dans l'organisation et le fonctionnement du service (*Section 1*), en suivant les différents critères employés par le Conseil d'État colombien et français. D'un autre côté, nous analyserons les fautes de nature médicale proprement dit (*Section 2*).

Section 1. La faute dans l'organisation et le fonctionnement du service

En dehors de leur activité médicale, la responsabilité des établissements publics de santé est susceptible d'être engagée en raison des fautes commises dans l'organisation et le fonctionnement du service. Elle peut également résulter, comme cela a été étudié auparavant, d'un fait non fautif mais dont l'établissement est néanmoins tenu de répondre. Dans

²⁶ MAUGÜE Christine, THIELLAY Jean Philipe, La responsabilité du service public hospitalier, *op.cit.* p. 65 et 81

certaines occasions, tel est le cas en France, à défaut de l'organisme hospitalier, c'est l'État qui, à travers des fonds de garantie publics, va assurer l'indemnisation d'une certaine catégorie de dommages.

Comme nous l'avons signalé auparavant, pour le Conseil d'État colombien, l'organisation et le fonctionnement du service médico-hospitalier peuvent dégager quatre type de fautes : le défaut de surveillance, le défaut de maintenance des équipements ou des instruments, l'omission ou la mauvaise administration des médicaments, d'autres lésions causées à l'intérieur de l'organisme hospitalier.

En plus des fautes de service répertoriées par le droit colombien – également développées par le droit français- en France, la jurisprudence distingue la notion de faute dans les actes de soins courants.

1.1. Le défaut de surveillance

Lorsque le patient est admis à l'hôpital, ainsi que tout au long de son séjour, il doit bénéficier d'une surveillance afin de garantir sa sécurité. Cela suppose non seulement une vigilance de la part du personnel mais aussi une véritable organisation du service.

Les défauts de surveillance de nature à engager la responsabilité de l'organisme prestataire peuvent survenir depuis l'admission du patient jusqu'aux soins post-opératoires.

La jurisprudence a développé de manière particulière l'obligation de sécurité à laquelle sont tenus les organismes hospitaliers. Le Conseil d'État a signalé que le devoir de sécurité des hôpitaux et des cliniques est de veiller à ce que le patient ne souffre aucun accident au cours ou à l'occasion de la prestation médicale. Ce devoir inclut, comme nous le verrons

postérieurement, ceux «de garde et de surveillance » lorsqu'il s'agit d'établissements pour malades mentaux.

Dans une décision du 11 avril 2002, le Conseil d'État colombien s'est prononcé sur une affaire concernant un défaut de surveillance caractérisé par une suite de faits qui ont contribué à la mort du patient.

Le patient présentait un traumatisme encéphalo-crânien, suite à un choc électrique avec un câble à haute tension suivi d'une chute de plus de deux mètres.

Étant donné le diagnostic du patient et les consignes du médecin, une contention physique mécanique devait être effectuée car des mouvements brusques et incontrôlés pouvaient survenir à tout moment. Cette consigne ayant été négligée, le patient est tombé d'un brancard, provoquant une nouvelle lésion crânienne et une aggravation de son état de santé. L'urgence d'un scanner cérébral avait été diagnostiquée par le neurologue, mais le Centre Hospitalier avait négligé cette appréciation. L'examen ne sera programmé que le deuxième jour suivant l'accident. Le retard de l'ambulance chargée de transporter le malade vers le Centre d'imagerie entraînera l'annulation du rendez-vous. Le malade décèdera deux jours plus tard, sans que le scanner cérébral ait été effectué.

Lors de l'autopsie, une fracture de la base antérieure du crâne a été décelée. Cependant celle-ci n'avait pas été diagnostiquée au scanner effectué lors de l'admission du patient.

Pour le Conseil d'État, deux fautes devaient être retenues contre le Centre hospitalier. Premièrement, celle du personnel paramédical, notamment les infirmières chargées de l'immobilisation mécanique du patient car le risque de chute était prévisible, et le fait qu'un tel incident ait pu se produire constitue une négligence et un défaut de surveillance.

Deuxièmement, celle de l'Administration du Centre de soins pour ce qui est du retard dans la réalisation du scanner cérébral.

En effet, dans cette affaire, étant donné les éléments du dossier, il est possible de penser qu'avec une surveillance adéquate, les dommages subis par le patient auraient pu être évités, et ce d'autant plus que ceux-ci ont été considérés comme la cause apparentée au décès.

Dans certaines hypothèses, le défaut de surveillance est plus difficile à apprécier. De la sorte, il est possible que le juge ait recours à certaines théories, telle que la perte de chance, afin d'apprécier au plus près de la réalité la chance d'échapper au dommage que la négligence du service a fait perdre à la victime. Ainsi, lorsqu'il n'est pas certain qu'une surveillance appropriée aurait permis d'éviter le dommage, le juge fixe l'indemnisation du dommage à hauteur de la chance perdue²⁷.

Dans cette affaire, il est possible d'identifier une véritable carence dans le fonctionnement du service public hospitalier. Cependant, face à la difficulté pour le juge d'établir une causalité entre la faute du service et le décès de l'enfant, par des moyens différents, il conclut que, tout au moins, le défaut de surveillance a provoqué une perte de chance de survie.

Le défaut de surveillance se configure également toutes les fois que le médecin ou le corps médical n'effectue pas un suivi adéquat du patient. Ce suivi passe, entre autres, par la réalisation et l'analyse opportune des examens nécessaires, selon la pathologie et l'urgence de chaque cas. De la sorte, lorsque le personnel médical tarde à faire la lecture des examens de diagnostic pratiqués sur une patiente présentant des douleurs abdominales, et que ce retard provoque l'aggravation des symptômes et empêche la réalisation, à temps, des interventions chirurgicales indispensables à la

²⁷ MAUGÛE Christine, THIELLAY Jean Philippe, La responsabilité du service public hospitalier, op.cit. p. 66

guérison, entraînant la mort, il y a un défaut de surveillance de nature à engager la responsabilité de l'hôpital concerné²⁸.

La faute de service pour défaut de surveillance comprend également le défaut de la protection physique des patients et cela d'autant plus lorsqu'il s'agit d'enfants ou de nouveau-nés.

Le Conseil d'État s'est prononcé sur la mort d'un mineur ayant été hospitalisé suite à des problèmes respiratoires. L'enfant a été soustrait de l'établissement de soins par une personne se faisant passer pour un membre de la famille. Il sera retrouvé mort.

Un défaut de surveillance sera constaté. Ce Haut tribunal souligne que « L'obligation médico-hospitalière trouve ses origines dans divers actes liés à la prestation médicale (...). Les événements condamnables tels que le non-respect de l'obligation de vigilance et de surveillance, se situent dans le champ des actes extra-médicaux, puisque l'environnement où ils se matérialisent n'est pas en rapport avec la pathologie. (...) Le devoir qui découle de cette relation juridique est d'éviter ou de limiter tous dommages au patient durant la période où il est sous la surveillance de l'organisme de soins »²⁹.

La transgression du principe de sécurité au sens large, c'est-à-dire, regroupant les obligations de soins, de surveillance et de protection, entre autres, constituera une faute de service. Pour cette raison, il sera toujours indispensable de constater, dans le cas concret, si les dommages trouvent

²⁸ Conseil d'État, section III, décision 16483 du 30 juillet 2008, Magistrat chargé de l'affaire : Eriq GIL BOTERO.

V. : Conseil d'État, section III, décision 19474 28 avril 2010, Magistrat chargé de l'affaire : Eriq GIL BOTERO.

²⁹ Conseil d'État, Section III, sous-section C, décision N° 22304 du 9 mai 2012, *op. cit.*

leur origine dans la violation du devoir objectif de soins, c'est-à-dire, s'ils proviennent d'une négligence, d'une impéritie, d'une d'imprudence ou d'une violation du règlement par le personnel administratif de la clinique ou de l'hôpital respectif³⁰.

Il y a également un défaut de surveillance lorsque le patient quitte l'établissement de soins sans que toutes les précautions aient été prises et lorsque les informations et consignes dont il pourrait avoir besoin en cas de problème, une fois sorti de l'établissement, n'ont pas été dûment transmises. Tel est le cas lorsqu'un patient ayant suivi une polychimiothérapie quitte l'hôpital sans être informé de la nécessité de s'hydrater et qu'il ne parvient pas à obtenir des indications sur la conduite à tenir malgré des troubles de santé sérieux. Ce défaut conduisant à la ré-hospitalisation du patient au service de néphrologie trois jours après sa sortie, en raison d'une déshydratation qui a provoqué une insuffisance rénale irréversible à la suite de laquelle le patient a dû subir la greffe d'un rein, constitue une faute de service de nature à engager la responsabilité de l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris³¹.

Le défaut de surveillance des malades mentaux est également une source de responsabilité des établissements de soins. Afin d'établir si le défaut de surveillance est de nature à engager la responsabilité du service hospitalier, les juges, français et colombiens, utilisent certains critères d'appréciation³² : le caractère prévisible du comportement du malade, la nature de la surveillance telle qu'elle ressort du dossier médical, et l'organisation matérielle du service et son adéquation aux missions de soins.

³⁰ *Ibidem*

³¹ Conseil d'État français, 5ème et 4ème sous-sections réunies, décision N° 283237 du 28 novembre 2008, Rapporteur : Jean de l'HERMITE, JurisData n° 2008-074573

³² MAUGÛE Christine, THIELLAY Jean Philipe, La responsabilité du service public hospitalier, op.cit. p. 67

Le Conseil d'État colombien, dans une affaire concernant le suicide d'une patiente mineure atteinte de troubles psychotiques aigus, a établi que s'agissant du suicide de patients psychiatriques, il est impossible d'évoquer l'autonomie personnelle de la victime comme cause d'exonération. Il a conclu que le devoir de vigilance visant à prévenir les dommages aux personnes au sein d'un centre de soins, est un devoir intrinsèque à tout établissement de soins, et que dans le cas d'organismes spécialisés dans les soins de malades mentaux, il comprend la garde et la surveillance des patients contre eux-mêmes ou contre les autres.

La Jurisprudence du Conseil d'État colombien et celle de la Cour suprême diffèrent sur la portée de l'obligation de « sécurité ». En effet pour le Haut tribunal administratif, l'obligation de sécurité suppose celle de vigilance et surveillance. Le Haut tribunal civil distingue quant à lui l'obligation de sécurité et celle de vigilance et surveillance. Il considère que l'obligation de sécurité concerne tous les établissements de soins, mais que l'obligation de vigilance et de surveillance est opposable seulement aux établissements psychiatriques ou gériatriques³³.

En plus de l'obligation de préserver la vie et l'intégrité personnelle du patient, comme devoir général de toute attention hospitalière, s'agissant d'un patient malade mental, l'Hôpital, outre le traitement des troubles psychiatriques, doit protéger sa sécurité individuelle en établissant une surveillance avec le degré de diligence que sa condition exige. Dans le cas présent, la conduite agressive, propre de la maladie dont souffrait la patiente, impliquait un risque certain de causer des dommages aux autres et à elle-même. Cependant, malgré les menaces de suicide et l'altération du comportement de la patiente, aucune mesure n'avait été prise, de sorte que

³³ Conseil d'État, Section III, sous-section C, décision N° 22304 du 9 mai 2012, *op. cit.*

les paramètres normaux de vigilance devant être observés dans un établissement de soins psychiatriques n'avaient pas été respectés³⁴.

Dans le même sens, le Conseil d'État français condamne le centre Hospitalier de Tarbes, pour un défaut de surveillance constitutif d'une faute de service lors d'une affaire concernant une patiente présentant des tendances suicidaires, traitées depuis plusieurs années dans l'établissement et de ce fait connues du personnel soignant. La patiente avait fait une première tentative de suicide quelques minutes après son arrivée dans le service. Dans ces circonstances et bien qu'elle ait subi, une heure environ avant l'accident, de fortes injections de calmant, le fait qu'elle ait été laissée sans surveillance dans une chambre dépourvue de tout système de fermeture et qu'elle ait pu se jeter dans la cage d'escalier par une porte de service qui devait normalement rester ouverte pour des raisons de sécurité, révèle un défaut d'organisation du service de nature à engager la responsabilité de l'établissement³⁵.

La surveillance dont il est question dans ce type d'établissements, comprend également celle devant être portée aux composantes matériels des locaux, notamment les portes, les fenêtres, les escaliers, les meubles et tout outil, qui, sans la surveillance requise, pourrait représenter un danger pour les patients, ou toute autre personne s'y trouvant.

³⁴ Conseil d'État, section III, décision 13122 du 11 avril 2002, Magistrat chargé de l'affaire : Alier Eduardo HERNÁNDEZ ENRIQUEZ.

³⁵ Conseil d'État français, 5ème et 3ème sous-sections réunies, décision N° 39069 48793 du 27 février 1985, Centre hospitalier de Tarbes, Rapporteur : M. WILTZER, [en ligne]. Disponible sur : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CÉTATEXT000007709507&fastReqId=1775794311&fastPos=1>

1.2. Le défaut de maintenance des locaux, des équipements ou des instruments

C'est, malheureusement, avec une relative fréquence que la responsabilité des organismes hospitaliers et des cliniques est mise en cause suite à des dommages résultants d'un défaut de maintenance des équipements, des locaux et des instruments.

Lorsque le patient est à l'hôpital, il doit y être en sécurité, non seulement en ce qui concerne les soins et les conditions de son séjour, mais il doit aussi pouvoir compter sur le bon entretien des locaux et sur le bon état de fonctionnement du matériel médical en général.

Ce défaut de maintenance du matériel et des locaux est traité par la jurisprudence française selon deux critères essentiels. D'un côté, les défauts d'asepsie, soumis à un régime très exigeant se rapprochant des obligations de résultat³⁶, et d'un autre côté, les défauts liés directement au matériel médical.

S'agissant du défaut d'asepsie, tel que nous l'avons évoqué lors d'un chapitre précédent, le droit français a traité et règlementé, notamment par la

³⁶ Le Conseil d'État a établi une jurisprudence sanctionnant le défaut d'asepsie, mais ce régime s'applique seulement aux faits antérieurs au 5 septembre 2001, date à laquelle la loi du 4 mars 2002 a produit ses premiers effets.

La Jurisprudence administrative en la matière impose aux services ce qui ressemble à une obligation de résultat en recourant à un mécanisme de présomption de faute.

Les autorités administratives, dans une circulaire du 29 décembre 2000, donnent une définition des infections nosocomiales englobant l'ensemble des maladies infectieuses pouvant être contractées à l'hôpital. Une distinction est établie entre les infections endogènes et les infections exogènes.

Le Conseil d'État en fait application et exclut toute faute lorsque l'infection est reconnue comme étant endogène, c'est-à-dire qu'elle résulte de germes déjà présents dans l'organisme du patient sans être pathogène au moment de l'intervention.

Cette nuance est parfois critiquée notamment par le juge judiciaire, qui n'en fait pas application : pour celui-ci, il suffit que l'infection soit intervenue au cours de la présence de la victime dans l'établissement pour que la responsabilité de ce dernier soit retenue, quel que soit la nature du germe.

La loi du 4 mars 2002, complétée par la loi 2002-557, du 30 décembre 2002, a substitué au régime jurisprudentiel de nouvelles règles qui reposent à la fois sur la responsabilité pour faute des établissements et, pour les dommages les plus graves, sur la solidarité nationale

MAUGÜE Christine, THIELLAY Jean Philipe, La responsabilité du service public hospitalier, *op.cit.* p. 68

loi du 4 mars 2002, de manière très précise, les questions liées aux infections nosocomiales et iatrogènes. Quant au droit colombien, dans le chapitre précité, nous avons eu l'occasion d'évoquer l'absence d'un traitement jurisprudentiel et d'une réglementation spécifique en la matière.

Dans de très rares occasions, le Conseil d'État colombien s'est manifesté sur la question des infections intra-hospitalières³⁷, et lorsque tel a été le cas, ce haut Tribunal administratif a estimé que celles-ci étaient constitutives d'une force majeure exonérant de sa responsabilité l'organisme hospitalier³⁸.

Le défaut de maintenance des équipements et des instruments, même en l'absence de faute du personnel médical qui les utilise, engage la responsabilité des organismes de soins dans la mesure où ceux-ci doivent garantir le bon fonctionnement technique du matériel³⁹. La bonne utilisation de ces équipements fait aussi partie de cette charge.

Le Conseil d'État colombien, aux termes d'une décision du 26 mars 2006, souligne que, s'agissant d'une certaine catégorie d'établissements de soins, notamment les hôpitaux départementaux, il est condamnable que des équipements essentiels à la survie du patient ne soient pas en état de marche, spécialement lorsque cette anomalie se présente sur plusieurs équipements à la fois. Il rappelle également que « Les EPS⁴⁰ se trouvent dans

³⁷ Conseil d'État, section III, décision 14432 du 26 mars 2008, Rosalba NARVAEZ MELLIZO y otros c/ Hospital Universitario del Valle -Evaristo García-, Magistrat chargé de l'affaire : Myriam GUERRERO DE ESCOBAR ; Conseil d'État, section III, décision 16701 du 20 mai 2009 ; Conseil d'État, section III, décision 19474 du 28 avril 2010, *op.cit.*

³⁸ Il faut rappeler, tel que nous l'avons étudié auparavant, qu'en Colombie, outre l'absence de législation en la matière, il n'existe pas de système d'indemnisation des victimes pour réparer les dommages en l'absence d'une déclaration de responsabilité, tel que celui assuré en France par l'ONIAM au titre de la solidarité nationale.

³⁹ Conseil d'État, section III, décision 6637 du 16 mars 1992, Maria Alexia ARANGO G y otros c/ Instituto de Seguros Sociales, Magistrat chargé de l'affaire : Daniel SUAREZ HERNANDEZ

⁴⁰ Organismes de promotion de la santé.

l'obligation constitutionnelle (article 11 de la Constitution) de fournir les moyens nécessaires pour que l'attention requise par les patients soit opportune et efficace, principalement dans les cas (...) où la vie de la personne dépend de la diligence et la rapidité employées pour mettre en œuvre le traitement indiqué ou pour procéder aux interventions chirurgicales nécessaires, (...). Pour obtenir ce résultat, les ressources scientifiques, physiques et technologiques disponibles, doivent être correctement affectées, mais lorsqu'on ne dispose pas de telles ressources, et étant prévisibles les complications qui pourraient les rendre nécessaires, le transfert du patient vers un endroit où il pourrait subir l'intervention et où les instruments médicaux fonctionneraient doit être envisagé. (...) Le sort de la vie d'une personne ne peut pas dépendre des ressources dont on dispose dans un centre des soins à un moment donné »⁴¹.

Ainsi, lorsqu'en cas de défaillance ou en l'absence d'un équipement spécifique, l'organisme de soins est dans l'impossibilité d'assurer lui-même certains examens ou interventions, et que ceux-ci se révèlent être urgents, il se doit d'assurer le transfert du patient vers un organisme dûment équipé ou tout au moins, il doit informer la famille sur la gravité des faits à fin de prendre, dans les meilleurs délais, les mesures nécessaires. Tel est le cas lorsque, par la négligence d'un centre de soins qui, dans l'impossibilité matérielle d'effectuer les examens nécessaires, n'a pas déployé les moyens dont il disposait pour transférer le patient vers un centre équipé et lorsque par la suite, le patient, présentant une lésion crânienne, décède, sans qu'une scannographie ayant permis de déceler un éventuel hématome, à l'origine de sa mort, n'ait été effectuée⁴².

⁴¹ Conseil d'État, section III, décision 14432 du 26 mars 2008, *op.cit*

⁴² Conseil d'État, section III, décision 11943 du 3 mai 1999, Fernando SOSA NAÑEZ y otros c/ MINSALUD, Departamento de Risaralda, Servicio seccional de salud, Hospital Universitario San Jorge, Universidad Tecnológica de Pereira, Magistrat chargé de l'affaire : Jesús María CARRILLO BALLESTEROS

En France, la responsabilité liée aux équipements s'étend à l'accident dû à un vice de conception du matériel. Alors même qu'aucune erreur de manipulation n'est imputable au service, un organisme de soins peut se voir reprocher un dommage subi par un patient sur le fondement de la responsabilité pour le fait des produits défectueux. Ainsi le fonctionnement défectueux d'un respirateur artificiel ayant entraîné un arrêt cardiaque et une anoxie du patient, engage, sans préjudice d'un éventuel recours en garantie contre le fabricant de cet appareil, la responsabilité de l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris, même en l'absence de faute de sa part⁴³.

Cependant, comme nous l'avons rappelé dans un chapitre précédent, depuis la loi N° 2006-406 du 5 avril 2006, visant à mettre en conformité le droit français avec la législation européenne, avant de rechercher la responsabilité du médecin ou de l'établissement de santé, le patient-victime devra, en premier lieu, rechercher la responsabilité du producteur du matériel défectueux⁴⁴.

1.3. L'omission ou la mauvaise administration des médicaments

L'administration des médicaments est un acte connexe à l'acte médical proprement dit, qui peut avoir des conséquences lourdes sur la santé du patient lorsqu'il est omis ou réalisé de manière défectueuse, entraînant ainsi la responsabilité des organismes de soins.

Pour le juge administratif, il ne s'agit pas, dans ce cas, de se questionner sur la pertinence de l'acte médical d'un point de vue scientifique, mais sur la mauvaise ou l'absence d'exécution d'un acte connexe lorsque celui-ci a des conséquences dommageables sur la santé du patient. De la sorte, le manque de dextérité de l'infirmière qui administre du *Dipyrone*,

⁴³ Conseil d'État français, 5ème et 7ème SSR, décision n° 220437 du 9 juillet 2003, *op. cit.*

⁴⁴ V. : AJDA, 13 avril 2009, p. 720-721

médicament prescrit dans de rares cas pour ses effets controversés, pouvant induire notamment une agranulocytose⁴⁵ susceptible de mettre rapidement en jeu le pronostic vital, à un enfant présentant des symptômes de déshydratation et fièvre, provoquant ainsi sa mort, engage la responsabilité de l'Hôpital⁴⁶.

Les conséquences dommageables liées à ce type de faute peuvent être gravissimes. C'est ce que nous montre une décision du Conseil d'État colombien du 1^{er} octobre 2008⁴⁷. En l'espèce, le retard important dans l'administration du sulfate de magnésium chez une patiente enceinte présentant des signes de pré-éclampsie, entraîne une éclampsie et un syndrome de *hepII* suivis de la mort de la mère et provoque des dommages neurologiques et physiques irréversibles chez l'enfant.

Pour le Conseil d'État, c'est le comportement passif, donc, le défaut dans l'administration du médicament qui est à l'origine du dommage. Le Haut tribunal a estimé que « Un des devoirs essentiels du corps médical et paramédical consiste à mettre à jour, continuellement, le cadre clinique du malade, de telle sorte qu'on puisse écarter, dans la mesure des possibilités et selon les ressources techniques disponibles, tout type de doute présent dans le diagnostic, pour que la médication soit faite de la manière la plus opportune et rapide possible, en vue de sauvegarder l'intégrité du patient ».

Pour le Conseil d'État français, le dommage produit par un défaut lié à l'administration des médicaments appartient à la catégorie des fautes dans les actes de soins courants, que nous traiterons ci-dessous, car comme nous

⁴⁵ **Agranulocytose** : Modification sanguine caractérisée par une grande diminution du nombre de granulocytes (basophiles, éosinophiles et neutrophiles) qui produit fièvre, malaise général, irritation pharyngale et ulcères sanglants en rectum, bouche et vagin. C'est une maladie aiguë qui peut être due à une réaction médicamenteuse ou à une radiothérapie. Diccionario de Medicina Océano Mosby, Editorial Océano, 4^a éd., p. 399

⁴⁶ Conseil d'État, section III, décision 14170 du 24 février 2005, *op. cit.*

⁴⁷ Conseil d'État, section III, décision 27268 du 1^{er} octobre 2008, *op. cit.*

le verrons, cette catégorie de faute comprend tous les actes exécutés par du personnel qualifié, autre que les médecins.

1.4. Autres lésions causées à l'intérieur de l'organisme hospitalier

Il est possible qu'à l'intérieur de l'organisme de soins, le patient soit victime d'autres dommages, non liés à l'acte de soins lui-même ni aux actes connexes, mais provoqués néanmoins par le personnel soignant durant le séjour du malade.

Cela évoque une situation complexe telle que les dommages corporels et/ou traumatismes psychiques subis par les patients suite à des actes de maltraitance.

Ces actes, d'ordinaire soumis à sanction disciplinaire et/ou pénale, peuvent, dès lors qu'ils sont constitutifs de dommages pour le patient, être traités suivant le régime de responsabilité applicable aux organismes de soins en cas de faute de service.

La distinction entre la faute personnelle de l'agent -ou l'abus de fonction, pour les salariés du privé-, donc, détachable du service, et la faute de service proprement dite, en plus des difficultés pour établir la causalité entre les dommages subis par le patient -généralement des personnes vulnérables, comme des enfants, des personnes âgées ou des malades psychiatriques- et le service, font que le juge, administratif n'a guère été sollicité pour se prononcer sur ce type d'affaire.

De la sorte, la responsabilité qui pourrait incomber au centre de soins peut s'écarter face à la qualification de « faute personnelle dépourvue de tout lien avec le service » -comme nous aurons l'occasion de l'évoquer de manière plus approfondie postérieurement- de l'acte fautif de son agent, tel est le cas en France.

Dans le système juridique français, lorsqu'il s'agit d'une faute d'une « gravité exceptionnelle », ou lorsque celui-ci constitue un manquement inexcusable à une obligation d'ordre professionnel et déontologique et, que de ce fait elle ne peut raisonnablement être rattachée au fonctionnement du service, on parle d'une faute dépourvue de tout lien avec celui-ci. Cette faute engage la responsabilité personnelle de celui qui l'exécute, sans que la responsabilité de l'organisme de soins puisse être inquiétée, sauf si la faute a été commise avec des moyens du service ⁴⁸ ou en raison de facilités procurées par le service⁴⁹. Dans ce dernier cas, la responsabilité de l'organisme de soins est engagée, et la victime disposera d'un double recours. La responsabilité de l'agent est jugée par les tribunaux de l'ordre judiciaire, celle de l'administration par la juridiction administrative, l'administration disposant d'une action récursoire contre l'agent pour la responsabilité qui lui incombe.

En revanche pour le droit colombien, la gravité de la faute n'a pas pour effet de la requalifier en « détachable du service » et de ce fait, elle n'est pas exonératoire vis-à-vis de la responsabilité qui incombe à l'organisme de soins. Lorsque l'acte fautif de l'agent est exceptionnellement grave, le droit colombien donne à l'administration seulement la possibilité d'intenter une action récursoire ou un appel en garantie contre son agent.

Cette particularité conceptuelle peut s'expliquer, en droit français, par l'absence d'action en responsabilité contre des organismes de soins en ce qui concerne les actes de maltraitance, mais pour ce qui est du droit colombien, même en l'absence d'exonération de la responsabilité de l'administration en cas de faute grave de son agent, il n'est répertorié que très peu de décisions dans ce sens, comme pour le cas français. Le plus souvent ce type d'affaires fait l'objet de procédures disciplinaires et/ou pénales.

⁴⁸ Conseil d'État français, 3ème et 5ème sous-sections réunies, décision N° 37090 du 23 décembre 1987, Époux BACHELIER, Rec. Lebon, 1987, p. 431

⁴⁹ Conseil d'État français, 3ème et 5ème sous-sections réunies, décision N° 74952 du 18 novembre 1988, Ministre de la Défense c/ Époux RASZEWSKI Rec. Lebon, 1988, p. 416

La Conseil d'État colombien s'est prononcé dans une affaire concernant un patient ayant subi des lésions à l'hôpital, suite à des actes pouvant être assimilés à des actes de maltraitance. En effet, le dossier médical montre que lors de son admission, le patient ne présentait pas les blessures qui constituent l'objet de la requête. Ce fait sera confirmé par plusieurs témoignages. Cependant, le fait à l'origine du dommage n'a pas été prouvé avec certitude. Le dossier médical ne permettait pas d'établir si le patient avait été victime de maltraitance ou d'un accident, comme l'affirme un des témoins. A défaut d'une preuve directe de maltraitance, le Conseil d'État retiendra une faute présumée de service pour conclure à la responsabilité de l'organisme de soins⁵⁰.

Pour éviter de pénaliser d'avantage la victime, suite à une faute jugée comme grave et/ou inexcusable mais, néanmoins, non dépourvue « matériellement », à notre avis, de tout lien avec le service, créant ainsi un cumul de responsabilités, en matière hospitalière, le juge français pourrait faire peser la faute personnelle de l'agent sur l'administration, comme le fait le juge colombien et comme le Haut tribunal administratif français l'a déjà fait, dans d'autres domaines que la responsabilité hospitalière⁵¹. L'appréciation portée sur la gravité de la faute personnelle ou son caractère inexcusable n'interviendrait alors que dans le cadre des actions récursoires exercées devant le juge administratif.

⁵⁰ Conseil d'État, section III, décision n° 11652 du 2 octobre 1997, Francisco Javier NARANJO PELAEZ y Otros. c/ La Nación - Ministerio De Salud y Otros, Magistrat chargé de l'affaire : Daniel SUÁREZ HERNÁNDEZ

⁵¹ Dans une décision du 2 mars 2007, le Conseil d'État français a opté pour cette solution, il a ainsi considéré que la gravité de la faute n'intervient qu'à ce seul stade de la qualification juridique des faits, et n'a aucune conséquence sur la détermination de la personne responsable. En effet, le Conseil d'État rappelle que même détachable du service, une faute personnelle peut conduire à l'engagement de la responsabilité de la personne publique, à condition toutefois qu'elle ne soit pas dépourvue de tout lien avec le service. Conseil d'État français, 3^{ème} et 8^{ème} SSR, 2 mars 2007, Banque Française Commerciale de l'Océan Indien, décision n° 283257, Bulletin Juridique de Contrats Publics N ° 5 3, juillet 2007, p. 314-316

1.5. La faute dans les actes de soins courants ou bénins

Cette catégorie de faute a été introduite dans la jurisprudence française par l'arrêt ROUZET⁵². Il s'agit de distinguer les différents actes médicaux⁵³, l'acte médical proprement dit et l'acte de soins, moins spécifique, qui peut être exécuté par des auxiliaires médicaux qualifiés et uniquement sur prescription du médecin mais en dehors de la présence de celui-ci⁵⁴. Cette distinction, qui a été longtemps à l'origine de deux régimes différents de responsabilité, est encore appliquée par le juge administratif pour différencier la faute médicale proprement dite de celle dans l'organisation et le fonctionnement du service, sans qu'il n'y attache de conséquences juridiques particulières⁵⁵, à se demander si cette distinction est toujours pertinente.

Pour le juge français, cette catégorie de faute comprend l'administration défectueuse de médicaments⁵⁶, les lésions provoquées au

⁵² Conseil d'État français, Section, 26 juin 1959, ROUZET, Recueil, p. 425, conclusions FOURNIER, A.J.D.A. 1959-11, p. 273

⁵³ Le droit fixe en effet les frontières de l'activité médicale, et encadre les modalités d'intervention des médecins. Un terme originellement propre au domaine médical peut ainsi voir sa signification se modifier par « l'onction » juridique. A ce titre, la distinction entre « acte médical »-« acte de soins » consacrée par le juge administratif n'est pas perçue de façon identique par le corps médical. Le commissaire du gouvernement Fournier opte pour un critère matériel, refusant de fait la qualification organique de l'acte. La nature de l'acte est ainsi prise en compte indépendamment de son auteur. Ainsi, en droit administratif, « l'acte médical » est celui dont l'accomplissement présente des difficultés sérieuses et requiert des connaissances spécifiques acquises au prix d'études prolongées. *A contrario*, l'acte de soins est un acte courant et de caractère bénin. SAINSON Johanne, Les mots à sens multiples en droit de la responsabilité médicale, *in*, VANDENDRIESSCHE Xavier, Études en l'honneur de Pierre SANDEVOIR, Service public, Services publics, Ed. L'Harmattan, 2000, p.274

⁵⁴ Cette distinction entre les différents actes médicaux sera règlementée par un arrêté du 6 janvier 1962, maintes fois modifié par la suite. La dernière modification date d'un arrêté du 13 avril 2007. MAUGÛE Christine, THIELLAY Jean Philippe, La responsabilité du service public hospitalier, *op.cit.* p. 65

⁵⁵ Conseil d'État, Section III, sous-section B, décision n° 20502 du 27 avril 2011, Mariela GIRALDO de MARIN y otros c/ Caprecom y Hospital de Caldas, Magistrat chargé de l'affaire : Ruth Stella CORREA PALACIO

⁵⁶ Conseil d'État français, 7 octobre 1955, Hôpital-Hospice de Bayeux c/ Vve Hervé, Recueil p. 470 ; Conseil d'État français, 3^{ème} et 5^{ème} SSR, arrêt n° 20419 du 5 mai 1982, Époux HOMBOURGER, Rec., 1982, p. 170

patient à l'occasion de manipulations mal effectuées⁵⁷, ainsi que d'autres actes bénins.

Par sa jurisprudence, le juge français a également établi que l'existence de la faute peut être présumée lorsque des actes de soins courants ont eu des conséquences hors de proportion avec leur caractère bénin⁵⁸.

Dans une décision du 21 octobre 2009, le Conseil d'État confirme le maintien d'un régime de présomption de faute aux conséquences anormales en matière d'actes de soins courants à l'encontre des établissements publics de santé, malgré un régime spécifique de réparation des accidents médicaux institué en 2002 par la loi du 4 mars⁵⁹.

Dans les faits, au cours d'une intubation réalisée en vue d'une anesthésie générale, la patiente perd une incisive. Imputant son dommage à une faute de l'établissement hospitalier, elle met en cause la responsabilité de ce dernier devant la juridiction administrative. Le Conseil d'État a considéré que l'intubation d'un patient en vue d'une anesthésie générale ne peut être regardée comme un geste courant à caractère bénin dont les conséquences dommageables, lorsqu'elles sont sans rapport avec l'état initial du patient, seraient présumées révéler une faute dans l'organisation ou le

⁵⁷ Conseil d'État français, 5ème et 3ème sous-sections réunies, décision N° 67420 du 25 juillet 1986, Centre Hospitalier de Sélestat, [en ligne]. Disponible sur : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CÉTATEXT000007702710&fastReqId=1333163178&fastPos=1>

⁵⁸ Conseil d'État français, décision n° 35778 du 23 février 1962, MEIER, Recueille p.122 ; Conseil d'État, 19 mars 1969, Assistance publique à Paris c/ Dameselle Bey, décision n° s 71682 et 71686, Rec. p.165

⁵⁹ Le maintien d'un régime de responsabilité fondé sur une présomption de faute après la loi du 4 mars 2002 peut générer des interrogations dans la mesure où il existe désormais une possibilité d'indemnisation, auprès de l'ONIAM (Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux), pour les accidents médicaux non fautifs.

Cependant, même si l'article L.1142-1 du code de la santé publique introduit le principe d'un régime de responsabilité pour faute en matière d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins, il ne précise pas si cette faute doit être prouvée ou peut être présumée. D'autre part, la procédure d'indemnisation des accidents médicaux non fautifs ne concerne que ceux dépassant un certain seuil de gravité. Nous pouvons donc penser que ces deux dispositions ne sont pas incompatibles.

fonctionnement du service. De la sorte, la responsabilité du service public hospitalier ne peut par suite être engagée que sur le terrain de la faute prouvée⁶⁰.

Section 2. La faute de nature médicale proprement dite

La faute médicale proprement dite, appelée aussi faute technique, est celle liée au manquement aux règles de l'art ou la *lex artis*, c'est-à-dire, au savoir-faire technique propre des professions médicales⁶¹. Ce savoir, il faut le souligner, nécessite une mise à jour régulière car, comme nous l'avons dit dans un chapitre précédent, la technicité du praticien se doit d'être en accord avec les avancées de la science, dans une limite raisonnable et suivant chaque spécialité médicale.

De par sa technicité, cette faute est difficile à apprécier par le juge qui ne possède pas les connaissances médicales propres au médecin, et c'est l'expert qui viendra combler souvent ce vide.

La faute médicale liée aux actes médicaux proprement dits comprend essentiellement l'erreur de diagnostic, le choix thérapeutique erroné et la faute dans des actes médicaux à proprement parler.

A ce propos, le Conseil d'État colombien a signalé que « les résultats manqués lors de la prestation du service médical, tant dans le diagnostic comme dans le traitement ou dans la chirurgie, ne constituent pas une faute de service quand ils seront imputables à des causes naturelles, comme pour les événements où le cours de la maladie n'a pas pu être interrompu par l'intervention médicale, ou parce que l'organisme du patient n'a pas réagi,

⁶⁰ Conseil d'État, 5ème et 4ème sous-sections réunies, décision n° 314759 du 21 octobre 2009, Mme. ALTET-CAUBISSENS, JurisData n° 2009-011682 ; JCP G n° 46, 9 Novembre 2009, p.427

⁶¹ Conseil d'État, section III, sous-section B, décision 26352 du 3 mai 2013, Guillermo León ARBOLEDA y otros c/ Hospital Salazar de Villeta, Magistrat chargé de l'affaire : Danilo ROJAS BETANCOURTH

comme l'on s'attendait, aux traitements, ou parce qu'à ce moment, on ne disposait pas encore des connaissances et des éléments scientifiques nécessaires pour trouver un remède ou un palliatif à ces maladies, ou parce que ces ressources ne sont pas à la portée des institutions médicales de l'État. Par conséquent, face à de tels échecs, la faute de service dérive de l'omission d'utiliser les moyens de diagnostic ou thérapeutiques conseillés par les protocoles médicaux ; pour ne pas avoir prévu, alors qu'ils étaient prévisibles, les effets secondaires d'un traitement ; pour ne pas avoir assuré le suivi qui correspond à l'évolution de la maladie afin de modifier le diagnostic ou le traitement, et enfin pour toutes ces activités qui démontrent que le service a été rendu de manière déficiente »⁶².

2.1. L'erreur de diagnostic

Le diagnostic est une instance aussi importante que délicate dans le processus de guérison du malade car de celui-ci dépendra la thérapeutique à adopter. Le diagnostic est en quelque sorte « le carrefour à partir duquel, au vu des antécédents et des symptômes (...) et de l'examen physique, une stratégie thérapeutique est choisie de préférence à une autre »⁶³.

De la sorte, il y a erreur de diagnostic lorsque le médecin effectue une évaluation défaillante des données dont il dispose et que cela le conduit à établir une conclusion erronée sur la pathologie du malade et/ou le traitement à suivre.

Pour savoir si une erreur de diagnostic a pu se produire, il est nécessaire de s'interroger sur les moyens déployés par le médecin afin d'établir si ceux-ci sont en accord avec ceux préconisés par la science

⁶² Conseil d'État, Section III, sous-section B, décision N° 20502 du 27 avril 2011, *op. cit.*

⁶³ MAUGÛE Christine, THIELLAY Jean Philippe, La responsabilité du service public hospitalier, *op.cit.* p. 81

médicale⁶⁴. De plus, comme pour tous les agissements du personnel médical, l'acte médical doit être soumis à la *lex artis*. De ce fait, l'intégralité de l'acte de diagnostic doit répondre aux critères de diligence propres à ce métier et il doit également respecter tous les protocoles établis pour chaque thérapeutique.

De par la difficulté qui lui est propre, le juge, qu'il soit colombien ou français, est très prudent lorsqu'il s'agit de mettre en cause la responsabilité du médecin sur le fondement d'une erreur de diagnostic. Lorsqu'il se prononce sur ce type d'erreur, son jugement ne porte qu'à de très rares exceptions sur l'interprétation intellectuelle du médecin. C'est l'analyse portant sur la mise en œuvre des moyens et les autres critères précités qui sera privilégiée.

En France, l'article R. 4127-33 du Code de la santé publique, énonce que « Le médecin doit toujours élaborer son diagnostic avec le plus grand soin, en y consacrant le temps nécessaire, en s'aidant dans toute la mesure du possible des méthodes scientifiques les mieux adaptées et, s'il y a lieu, de concours appropriés ». Le médecin doit donc mettre en œuvre ses connaissances et sa science, et non pas atteindre un résultat.

En règle générale, le juge tient compte des difficultés propres de l'acte de diagnostic, qu'elles soient liées à sa technicité, à la rareté de la pathologie ou à l'ambiguïté des symptômes. Cependant, il sanctionnera plus facilement tout manquement à l'obligation de moyens qui aurait pu conduire à un diagnostic erroné.

Pour établir le degré de responsabilité suite à une erreur de diagnostic –comme dans la plupart des cas liés à la prestation du service médical– la situation particulière à laquelle le professionnel de santé a dû faire face doit

⁶⁴ Conseil d'État, Section III, Décision N° 11878 du 10 Février 2000, *op. cit.*

être examinée dans son contexte. C'est ce qu'a rappelé la Cour Suprême de Justice colombienne dans une décision du 28 juin 2011⁶⁵. Selon ce Haut tribunal civil, une fois dépassées les difficultés et avec un regard rétrospectif des faits et en partant d'un résultat connu, avoir correctement agi paraîtra toujours une évidence.

Dans cette affaire, la Cour Suprême de Justice a écarté la responsabilité de la Clinique de Spécialistes d'Envigado suite au diagnostic erroné fait sur un patient souffrant d'un infarctus aigu du myocarde. Le requérant alléguait que sa fonction cardiaque s'était considérablement détériorée suite au traitement reçu pour l'hypertension. Toutefois, la Cour, s'appuyant sur l'avis des experts, a conclu que les symptômes et les signes que le patient présentait n'étaient pas indicatifs d'une affection coronaire et que la responsabilité de la clinique n'était pas mise en cause.

Par ce jugement la Cour réitère que *« seules les erreurs dérivées de l'imprudence, de l'impéritie, de la légèreté ou de la négligence des médecins donneront lieu à leur imposer l'obligation de réparer les dommages produits par un diagnostic erroné. (...) Les erreurs non fautives produites par l'ambiguïté de l'état du patient, ou celles dérivées des réactions imprévisibles de l'organisme, ou par la manifestation tardive ou incertaine des symptômes, entre beaucoup d'autres, qui peuvent être qualifiées comme des aléas de la médecine, n'engagent pas leur responsabilité »*⁶⁶.

⁶⁵ Cour Suprême de Justice, Chambre de cassation civile, décision No. 05001 3103 002 1998 00869 00 du 28 juin 2011, Raúl CORREA VELÁSQUEZ c/ Clínica de Especialistas Envigado Ltda, Magistrat chargé de l'affaire : Pedro Octavio MUNAR CADENA

⁶⁶ Dans une décision du 6 juin 2000, la Cour de cassation française se prononce dans un sens similaire. Cette Cour considère que l'obligation pesant sur un médecin est de donner à son patient des soins conformes aux données acquises de la science à la date de ses soins, ainsi le moyen qui se réfère à la notion, erronée, de données actuelles, invoqué par le plaignant, est dès lors, inopérant. Dans le cas concret, la Cour d'appel, se fondant sur des éléments résultant de rapports ou expertises, a constaté qu'en 1989, date des soins prodigués par les médecins, les données acquises de la science, tant en ce qui concerne la fracture de l'auriculaire que la disjonction scapho-lunaire, autorisaient le recours soit à une immobilisation plâtrée, soit à une intervention chirurgicale, sans que l'une de ces alternatives thérapeutiques puisse être privilégiée ou au contraire déconseillée quant à ses résultats espérés. La Cour d'appel a ainsi légalement justifié sa décision de ne pas retenir la responsabilité des médecins ayant successivement procédé à une immobilisation plâtrée de l'auriculaire et à une correction chirurgicale.

Dans un sens similaire, le Conseil d'État colombien a souligné que « ce qui doit être évalué, dans chaque cas, c'est si toutes les ressources ont été utilisées, c'est-à-dire si les procédures appropriées pour arriver à un diagnostic juste ont été appliquées. *Ce qui peut être reproché au médecin n'est pas l'erreur en elle-même, mais le comportement inexcusable qui l'a conduit à la commettre* »⁶⁷.

Dans l'affaire qui a motivé cette décision, il existait une différence substantielle entre le diagnostic fourni au patient et l'autopsie. Dans le premier, on a conclu que le patient souffrait d'une maladie diarrhéique aiguë, tandis que dans la seconde, on a estimé que la cause du décès avait été une insuffisance respiratoire provoquée par une pneumonie. Pour le Conseil d'État, ces faits sont constitutifs d'un diagnostic erroné puisque bien qu'il soit vrai que le patient souffrait de diarrhée, il est aussi vrai que de manière concomitante, il souffrait d'une pneumonie, et que c'est cette dernière qui a provoqué son décès. Pour ce Haut tribunal, le diagnostic erroné et le traitement qui a suivi constituent une faute de service. Le dossier médical présentait des failles et des contradictions qui ont conduit à un diagnostic incomplet ou erroné. C'est-à-dire que plus qu'une erreur dans le jugement fait sur l'évaluation clinique, il s'agit d'une erreur dérivée des omissions et dans l'évaluation des conditions de santé du patient⁶⁸.

Cour de Cassation française, 1^{ère} chambre civile, décision n° 98-19295 du 6 juin 2000. Rapporteur : M. SARGOS, Bulletin 2000 I N° 176 p. 114 ; JurisData n° 2000-002337

⁶⁷ Conseil d'État, Section III, décision n° 16147 du 12 février 2009, Jésus Antonio HERRAN ABRIL c/ NACION-Ministerio de Defensa - Policía Nacional, Magistrat chargé de l'affaire : Ramiro SAAVEDRA BECERRA

⁶⁸ Dans le même sens voir : Conseil d'État, Section III, décision n° 20654 du 12 février 2009, Jose Angelino ROJAS MORALES y otros c/ Instituto de Seguros Sociales, Magistrat chargé de l'affaire : Myriam GUERRERO DE ESCOBAR

Dans une autre décision postérieure, le Conseil d'État colombien s'est prononcé dans un sens similaire⁶⁹. Dans cette affaire, le médecin obstétricien avait diagnostiqué une grossesse arrivée à terme, procédant par la suite à une césarienne, alors qu'il s'agissait d'une grossesse multiple non constatée. Cette erreur de diagnostic a entraîné la mort de trois fœtus de 24 à 25 semaines.

Le Conseil d'État a estimé que pour le groupe de médecins qui a participé à la prise en charge de la patiente, « il existait une obligation claire d'adopter chacune des mesures appropriées pour établir la période de gestation, ainsi que le type de grossesse (...), ce qui aurait pu être établi par une échographie et/ou un monitoring fœtal durant son séjour aux urgences (...). Le fait de s'être limité à ausculter par stéthoscope la fréquence cardiaque fœtale et à constater la dilatation vaginale constitue une faute de service imputable à l'organisme requis.

Ce qui ressort de ce dossier, au-delà de la gravité du dommage, qui a conduit le juge à faire application de la théorie du *res ipsa loquitur*⁷⁰, tel que cela a été évoqué dans un chapitre précédent, c'est la négligence des médecins qui, en n'utilisant pas toutes les données acquises de la science pour arriver à un diagnostic correct, ont provoqué un dommage.

Comme pour l'affaire précédente, le juge ne met pas en question la technique médicale, ni l'avis du médecin proprement dit, mais le manque de diligence dont a fait preuve l'équipe médicale en procédant à une intervention sur le fondement d'un diagnostic erroné, malgré les moyens techniques, qui s'ils avaient été utilisés, auraient empêché le fait dommageable.

⁶⁹ Conseil d'État, Section III, décision n°18364 du 9 août 2009, Glueimar ECHEVERRY ALEGRIA y otros c/ INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, Magistrat chargé de l'affaire : Enrique GIL BOTERO, Bogotá D.C

⁷⁰ Cf. p.374

Ces affaires illustrent de manière claire nos précédents propos quant à l'approche du juge, administratif et judiciaire, lorsqu'il s'agit d'établir la responsabilité sur le fondement d'une faute de diagnostic. Ce qui est répréhensible, ce n'est pas l'erreur d'appréciation du médecin, mais la défaillance dans le déploiement des moyens techniques, scientifiques, humains, entre autres, mis à la disposition du corps médical, de même que tout autre comportement contraire à la *lex artis* pouvant conduire à un diagnostic erroné.

De plus, le Conseil d'État colombien, dans une décision du 10 février 2011⁷¹, rappelle les paramètres de la mise en cause de la responsabilité des Centres de soins dans le cadre des erreurs portées sur le diagnostic du VIH⁷².

Il souligne que le traitement des patients diagnostiqués comme étant atteints du VIH ou soupçonnés de contamination est établi par le Ministère de la Protection Sociale, qui fixe les protocoles pour son contrôle. Pour cette raison, la méconnaissance de ces protocoles, qui conduit à un diagnostic erroné, peut engager la responsabilité des organismes de soins, lorsqu'il s'en suit des dommages ou des préjudices pour le patient. Donc ce n'est pas le diagnostic erroné du VIH, mais le manque de diligence et le non-respect de protocoles qui ont conduit le Conseil de l'État à condamner l'Institut d'Assurances Sociales pour la défaillance de prestation du service en informant une patiente de sa contamination par le virus du VIH sur la base d'un résultat faussement positif et en négligeant les examens complémentaires.

⁷¹ Conseil d'État, Section III, sous-section B, décision N° 19040 du 10 février 2011, Ana Gladys NIETO y otros c/ Instituto de Seguros Sociales I.S.S., Magistrat chargé de l'affaire : Danilo ROJAS BETANCOURTH

⁷² Décret 559 du 22 février 1991, abrogé par le Décret 1543 du 12 juin 1997, Règlementant le contrôle des infections par le virus d'Immunodéficience Humaine (VIH), le Syndrome de l'Immunodéficience Acquise (SIDA) et les autres Maladies sexuellement Transmissibles (MST).

Une fois de plus, nous pouvons constater que la volonté du juge n'est pas de sanctionner l'erreur de diagnostic en soi, car il reconnaît la faillibilité du médecin, mais de condamner tout acte de négligence pouvant provoquer des dommages au patient.

Pour sa part, le Conseil d'État français s'est, lui aussi, prononcé à plusieurs reprises sur l'erreur de diagnostic⁷³.

Récemment, dans une décision du 18 décembre 2009⁷⁴, il a précisé le caractère fautif du retard et de l'erreur du diagnostic.

En l'espèce, un enfant, alors âgé de quatre ans, présentait, lorsqu'il a été admis à l'hôpital le 30 octobre 1998, les signes d'une infection. Cette infection n'ayant pas été diagnostiquée initialement comme une méningite bactérienne, le traitement spécifique n'a été commencé que le 1^{er} novembre 1998, provoquant une surdité partielle bilatérale qui impose à l'enfant le port d'une prothèse auditive. Le retard de diagnostic est ici, limité, compte tenu du retard relativement court, puisqu'il n'a été que de quarante-huit heures. Toutefois, les conséquences de celui-ci ont été extrêmement graves. Au vu des faits, le juge a estimé que l'erreur ou le retard constituent une faute dès lors qu'ils n'étaient pas insurmontables et qu'en les réalisant, ils avaient privé le patient d'une chance limitée, mais réelle, d'éviter les séquelles dont il reste atteint.

⁷³ Conseil d'État français, 5^{ème} et 4^{ème} sous-sections réunies, décision N° 10155 du 27 mars 1981 Madame B. c/ L'ADMINISTRATION GENERALE DE L'ASSISTANCE PUBLIQUE A PARIS, Rapporteur : LOSTE ; Conseil d'État français, 5^{ème} et 7^{ème} sous-sections réunies, décision N° 195007 du 19 mars 2003, CENTRE HOSPITALIER REGIONAL ET UNIVERSITAIRE DE CAEN c/ M. Ibrahim X, Rapporteur : Mme. LE BIHAN-GRAF, JurisData n° 2003-065117 ; Cour Administrative d'Appel de Paris, 8^{ème} Chambre, 6 octobre 2008, décision n° 07PA03630 - 07PA03717, *op.cit.*

⁷⁴ Conseil d'État français, 5^{ème} et 4^{ème} sous-sections réunies, décision N° 311604 du 18 décembre 2009, CENTRE HOSPITALIER DE VOIRON c/ M. et Mme. A, Rapporteur : M. Frédéric DESPORTES, JurisData n° 2009-016876

Comme cela a été le cas pour l'affaire précédente, le juge français évalue le dommage produit par l'erreur ou le retard de diagnostic, en fonction de la chance de guérison, de survie ou d'éviter le dommage, qu'ils ont fait perdre au patient.

Tout comme le juge colombien, le juge français reconnaît la difficulté de l'acte de diagnostic et tempère la force de l'obligation du médecin. Ainsi, dans un arrêt du 31 mai 2007⁷⁵, la Cour de Cassation française affirme que si les symptômes du patient rendent le diagnostic « particulièrement difficile à établir », l'erreur d'appréciation n'est pas nécessairement fautive.

2.1.1. Le choix thérapeutique erroné

Plus délicat à apprécier que l'erreur de diagnostic, le choix thérapeutique erroné se présente également comme une cause susceptible d'engager la responsabilité des organismes de soins.

Une fois encore, ce que le juge sanctionne, comme dans le cas précédent, ce n'est pas le choix thérapeutique en soi, mais la négligence du médecin qui « méconnaît gravement le diagnostic, néglige des recherches de contre-indication éventuelles, par exemple pour le choix des médicaments, (...) ne fait pas un choix conforme aux données acquises de la science ou

⁷⁵ Cour de Cassation française, 1^{er} chambre civile, décision N° 06-12641 du 31 mai 2007, Monsieur X. c/ Monsieur Jacques Y ; JurisData n° 2007-039061

L'erreur de diagnostic (à laquelle on assimilera le diagnostic tardif) n'engage la responsabilité hospitalière que si elle est fautive. Ainsi, le juge ne voit pas de faute dans l'absence de détection d'une fracture chez un sujet qui présentait les symptômes d'une pathologie neurologique (CE, 11 juill. 2008, n° 278279, CH Bourges : JurisData n° 2008-074008). Il n'y a pas non plus "imprudence fautive" dans le fait d'administrer à un enfant un médicament qui se révélera mortel, faute d'avoir pu déceler une maladie "extrêmement rare et difficile à diagnostiquer" dont il était atteint (CE, 9 déc. 2009, n° 308914, CPAM Yvelines). Avant l'arrêt "Époux V.", le juge ne voyait pas non plus de faute lourde dans la mauvaise interprétation de symptômes ambigus (CE, 29 juin 1990, n° 75486, CHR Caen : JurisData n° 1990-643388). La Cour de cassation reconnaît, de la même façon, une marge d'erreur quant au diagnostic (Cass. 1^{re} civ., 31 mai 2007, n° 06-12.641, Gérald B. : JurisData n° 2007-039061 – Cass. 1^{re} civ., 25 juin 2009, n° 08-15.560, Fondation hôpital St Joseph : JurisData n° 2009-048984).

MARKUS P., « Responsabilité des établissements publics de santé. Fondements », JCl. Adm., fasc. 906-10, § 31

encore fait courir au malade des risques que ni son état, ni l'urgence ne pouvaient justifier.⁷⁶».

Pour le Conseil d'État colombien⁷⁷, il y a faute de service quand dans une opération de la cataracte, le chirurgien, alors même que s'est présenté un accident opérationnel qui a donné lieu à une aphaquie ou perte du cristallin, n'a pas pris des mesures réparatrices adéquates pour récupérer l'acuité visuelle de l'œil droit du patient en lui implantant une lentille intraoculaire. Le chirurgien s'est limité à lui placer une lentille de contact qui n'a pas donné de résultats positifs dans la mesure où le patient voyait double, sans avoir adopté des mesures en accord avec le tableau clinique du malade.

Le Conseil d'État ne met pas en cause le comportement du chirurgien en tant que spécialiste de l'ophtalmologie, ni ne prétend nier la difficulté de l'intervention, il souligne cependant que devant les différentes instances, diverses questions sont restées sans réponse, malgré leur caractère décisif. L'attitude peu coopérative du chirurgien, en plus de sa négligence, permet au juge de confirmer le défaut dans la prestation du service.

Une des questions les plus souvent posées en termes de choix thérapeutique, est celle qui concerne l'accouchement⁷⁸. L'obstétricien peut opter pour un accouchement par voie naturelle ou par césarienne en fonction, en principe⁷⁹, du tableau médical de la mère.

⁷⁶ MAUGÛE Christine, THIELLAY Jean Philippe, La responsabilité du service public hospitalier, *op.cit.* p. 83

⁷⁷ Conseil d'État colombien, Section III, décision 8423 du 14 décembre 1993, Martin Bernardo TANGARIFE VELASQUEZ c/ Instituto de Seguros Sociales, Magistrat chargé de l'affaire: Daniel SUAREZ HERNANDEZ

⁷⁸ V. : Conseil d'État français, 5ème et 3ème sous-sections réunies, décision N° 185123 du 30 juin 1999, Centre Hospitalier General d'Aix-les-Bains c/ M. et Mme. X, Rapporteur : M. THIELLAY JurisData n° 1999-050689 ; Conseil d'État français, 5ème et 4ème sous-sections réunies, décision N° 289054 du 25 juillet 2007, Centre Hospitalier du Puy-en-Velay c/ M. et Mme. A, Rapporteur : M. BOTTEGHI, JurisData n° 2007-072285

⁷⁹ Des césariennes dites « de complaisance » sont de plus en plus courantes en Colombie, en France et dans un grand nombre de pays. Cette intervention, faussement banalisée, est plus courante dans les organismes de soins privés car la césarienne est vraisemblablement plus rentable pour les organismes prestataires qu'un accouchement par voie naturelle.

Dans une décision du 19 octobre 2007⁸⁰, le Conseil d'État colombien s'est prononcé dans une affaire concernant une césarienne réalisée tardivement provoquant une hypoxie cérébrale⁸¹ par broncho-aspiration du méconium, et par la suite une hydrocéphalie⁸² chez l'enfant.

Dans les faits, l'obstétricien avait méconnu le diagnostic de prééclampsie de la mère, considérée comme une patiente à risque, soumise à des conditions de vigilance particulières et, qui de ce fait, devait être accouchée par césarienne et non par voie naturelle, comme l'avait ordonné le médecin-obstétricien. Bien que la césarienne se soit finalement effectuée plus de douze heures après que le travail d'accouchement ait commencé, ce choix, infondé, du médecin-obstétricien a provoqué des lésions irréversibles graves chez l'enfant.

En ordonnant l'accouchement de la mère par voie naturelle, sans procéder préalablement à des examens permettant d'établir le bien-être fœtal, l'obstétricien et l'équipe médicale ont méconnu gravement le diagnostic de la patiente et ont violé les protocoles, et donc la *lex artis*. Pour le Conseil d'État, l'imprudence et la négligence dont ils ont fait preuve sont constitutives d'une faute de nature à engager la responsabilité de l'Hôpital.

Au-delà des problèmes de responsabilité pouvant être associés à toute intervention chirurgicale, ce choix thérapeutique pose d'importantes questions d'éthique, à savoir : l'alourdissement du risque encouru par la mère et l'enfant est-il justifié ? La médecine perdrait-elle sa mission sociale au profit de l'économie de marché ? (...).

⁸⁰ Conseil d'État colombien, Section III, décision 30871 du 19 octobre 2007, Ana Milady VILLAMIZAR UREÑA y otros c/ Hospital Erasmo Meoz de Cúcuta y otros, Magistrat chargé de l'affaire : Enrique GIL BOTERO.

⁸¹ L'Hypoxie cérébrale se produit quand il n'y a pas assez d'oxygène dans le cerveau (...). Dictionnaire médical, [en ligne]. Disponible sur : http://dictionnairemedical.net/415_Hypoxie-C%C3%A9r%C3%A9brale.html

⁸² Augmentation de la quantité de liquide cébrospinal, provoquant une dilatation des cavités de l'encéphale (...). Dictionnaire Larousse, [en ligne]. Disponible sur : <http://www.larousse.fr/encyclopedie/medical/hydroc%C3%A9phalie/13645>

En revanche, le choix thérapeutique n'est pas fautif lorsqu'il n'existe pas d'autre alternative au traitement, quels que soient ses inconvénients⁸³, ou lorsque malgré les inconvénients, il n'existait pas d'alternative thérapeutique moins risquée pour le patient⁸⁴, ou lorsqu'une autre thérapeutique n'aurait pas permis un meilleur résultat⁸⁵.

D'autre part, le choix thérapeutique doit être conforme aux données acquises de la médecine⁸⁶. Un traitement peut s'avérer pertinent à une époque déterminée, cependant, avec l'évolution constante de la science, il est possible qu'une thérapeutique soit désuète ou peu performante face aux avancées médicales. Dès lors, le médecin pourrait engager sa responsabilité en écartant une thérapeutique nouvelle au profit d'une plus ancienne et moins performante, si ce choix a réduit la chance de guérison du patient ou si la thérapeutique adoptée a provoqué des dommages que la nouvelle aurait pu éviter.

2.1.2. La faute dans des actes médicaux à proprement parler

Le médecin est tenu d'administrer aux patients des soins consciencieux, attentifs, et conformes aux données acquises de la science. Dès lors, son intervention doit répondre à certains critères, non exhaustifs. Certains, relèvent du bon sens, de la manière comme tout autre médecin

⁸³ Conseil d'État français, 5ème et 3ème sous-sections réunies, décision N° 05768 du 6 décembre 1978, M. X c/ Hôpital Édouard Herriot à Lyon, Rapporteur : M. PESTOURIE, [en ligne]. Disponible sur : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000007683141&fastReqId=1368276169&fastPos=1>

⁸⁴ Conseil d'État français, 5ème et 3ème sous-sections réunies, décision N° 310421 du 19 mars 2010, M. Robert A c/ Centre Hospitalier Régional de Bordeaux, Rapporteur : M. Xavier de LESQUEN, JurisData n° 2010-002746

⁸⁵ Conseil d'État français, 5ème et 3ème sous-sections réunies, décision N° 149983 du 11 décembre 1996, M. et Mme. Cousin c/ Centre Hospitalier Régional de Brest, Rapporteur : M. VIDAL, [en ligne]. Disponible sur : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000007897456&fastReqId=968355437&fastPos=2>

⁸⁶ Conseil d'État français, décision N° 149983 du 11 décembre 1996, *loc. cit.*

aurait exécuté l'acte ou l'intervention déterminée. D'autres, peuvent requérir une certaine technicité, en accord avec les standards de la science. C'est pourquoi, l'appréciation de la faute, s'agissant des actes médicaux proprement dits, est étroitement liée aux données acquises de la science au moment de la réalisation de l'acte.

Le regard du juge, administratif et judiciaire, vis-à-vis de ce type de faute, a évolué vers une responsabilité plus facilement engagée⁸⁷ concernant les actes chirurgicaux, obstétricaux, entre autres.

L'oubli d'objets du type compresses, outils chirurgicaux, dans le corps du patient⁸⁸, les erreurs liées à l'anesthésie⁸⁹, les gestes médicaux manqués, les erreurs sur la personne, l'intervention à effectuer ou le côté à opérer⁹⁰, les accidents opératoires⁹¹, sont, entre autres, des éléments notoires de ce type de faute.

⁸⁷ En France, l'évolution de la jurisprudence et l'abandon de la faute lourde ont produit leurs effets en ce domaine de la faute. Là où, avant 1992, le juge pouvait qualifier de faute lourde une erreur ou une maladresse, de telles erreurs médicales sont aujourd'hui la cause de condamnations d'établissements hospitaliers, en particulier pour des spécialités très exposées comme la chirurgie ou l'obstétrique. MAÜGÜE Christine, THIELLAY Jean Philipe, La responsabilité du service public hospitalier, *op.cit.* p. 84

⁸⁸ Conseil d'État, Section III, décision N° 7336 du 3 novembre 1992, Gloria Ines CADAVID DE VARGAS c/ Instituto de Seguros Sociales - I.S.S., Magistrat chargé de l'affaire : Daniel SUAREZ HERNANDEZ ; Conseil d'État, Section III, décision N° 11301 du 22 mai 1996, *op. cit.* ; Conseil d'État, Section III, décision N° 16451 du 8 juillet 2009, Hector Fabian FLOREZ MORALES y Alicia FLOREZ MORALES c/ Instituto de Seguros Sociales, Seccional Quindio y Corsalud S.A., Magistrat chargé de l'affaire : Enrique GIL BOTERO

⁸⁹ Conseil d'État, Section III, décision N° 17819 du 3 février 2010, Luis Carlos HENAO y otros c/ Hospital San Jose de Popayan, Magistrat chargé de l'affaire : Mauricio FAJARDO GOMEZ

⁹⁰ Conseil d'État, Section III, décision N° 10807 du 29 janvier 1998, Alba Miriam MOLANO c/ Instituto de Seguros Sociales, Magistrat chargé de l'affaire : Jesús María CARRILLO BALLESTEROS

⁹¹ Conseil d'État, Section III, décision N° 12287 du 21 février 2002, Gloria Elena MONTOYA DE BOTERO c/ Instituto de Seguros Sociales, Magistrat chargé de l'affaire : Alier Eduardo HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ ; Conseil d'État, Section III, décision N° 12706 du 24 janvier 2002, Alfredo SÁNCHEZ y otros c/ Hospital Militar Central, Magistrat chargé de l'affaire : Jesús María CARRILLO BALLESTEROS ; Conseil d'État, Section III, décision N° 11948 du 18 octobre 2000, Dinora Sofia VÁSQUEZ c/ Hospital San Marcos, Departamento de Sucre y Nación (Ministerio De Salud), Magistrat chargé de l'affaire : María Elena GIRALDO GÓMEZ

C'est en matière chirurgicale que ce type de faute a été le plus fréquemment évoqué par les juges, et notamment en ce qui concerne l'oubli d'objets dans le corps du patient.

Il faut souligner que la pratique médicale a intégré une série de protocoles cherchant à réduire ce type d'erreurs. Ceux-ci imposent au personnel médical des procédures préétablies adaptées à chaque situation. S'agissant des interventions chirurgicales, ces protocoles visent la pratique du comptage, avant l'incision, pendant l'intervention, et après le dernier point de suture, des instruments et des compresses utilisées.

Cependant, cette pratique, pourtant nécessaire, n'est pas toujours respectée. Dans certaines occasions, en raison de l'urgence, comme par exemple lorsque survient une hémorragie, le personnel peut oublier un corps étranger dans la plaie opératoire. Ces oublis peuvent être également la conséquence d'une erreur humaine dans le comptage ou d'une simple négligence, lorsque par exemple, on omet une étape.

Le Conseil d'État colombien a estimé que « (...) Il y a des cas où l'oubli (...) est indiscutablement un cas de responsabilité médicale de par l'impéritie, l'imprudence ou la négligence montrée par le médecin tant pendant l'intervention chirurgicale comme par la suite, pendant le suivi post-opératoire, face à la symptomatologie du patient progressivement aggravée sans cause apparente, et où l'ensemble provenait non seulement de l'existence d'une gaze ou compresse oubliée mais, et à un degré plus important encore, du fait de ne pas s'être préoccupé d'éclaircir les causes de l'évolution négative du patient et de ne pas avoir mené à bien, en dernier ressort, une nouvelle intervention pour clarifier la raison d'une telle évolution atypique »⁹².

⁹² Conseil d'État, Section III, décision n° 18348 du 23 juin 2010, Nilsa Milena ROSERO y otros c/ Nación-Ministerio de Salud; Departamento de Nariño; Instituto Departamental de Salud de Nariño y Hospital Eduardo Santos, Magistrat chargé de l'affaire : Gladys AGUDELO ORDOÑEZ

Ce Haut tribunal administratif a précisé que « dans ce type de scénario, il s'avère pertinent de s'arrêter à l'étude des différents dommages associés à l'*oblito*⁹³ chirurgical ; cela, dans la mesure où il sera possible, dans ces affaires, d'invoquer de manière autonome ou conjointe deux types de dommages ou de lésions *anti-juridiques* qui peuvent se présenter, ou pas, de manière autonome ou conjointe ; circonstance dont dépendra le type de régime de responsabilité applicable au cas concret.

En effet, si le dommage invoqué est le fait même de l'existence d'un corps étranger dans l'organisme du patient, sans qu'il y ait des dommages ou des préjudices additionnels, la responsabilité sera régie par le principe (...) *res ipsa loquitur*, ce qui produira un rapprochement (...) probatoire entre les dommages et l'imputation. A contrario, si dans la requête on (...) réclame des dommages provoqués par la chose elle-même (...) ayant produit des pathologies telles que des infections, des gangrènes, des occlusions, etc., la responsabilité de l'administration (...) sera soumise à un régime objectif dans lequel il n'est pas possible de s'exonérer de sa responsabilité en accréditant un comportement diligent et attentif. Ce type de situation est réglé par un régime de responsabilité objectif puisqu'il est peu intéressant de déterminer si le comportement de l'organisme a été diligent ou attentif, dans la mesure où c'est le corps étranger -et le risque associé à ce dernier- qui a produit, sur le plan des faits, les dommages *anti-juridiques* qui appuient la requête »⁹⁴.

De la sorte, lorsque le fait dommageable est l'oubli en soi, on pourrait requérir la responsabilité de l'organisme de soins sur le fondement d'une faute par négligence du praticien-chirurgien, tel que le Conseil d'État l'a aussi

⁹³ L'*oblito* chirurgical fait référence aux cas où, à l'occasion d'une intervention, des instruments ou matériels utilisés par les professionnels intervenants sont oubliés dans le corps du patient. En règle générale les éléments oubliés sont des instruments chirurgicaux (pincés, aiguilles, etc.) et, plus fréquemment, gazes ou compresses. Conseil d'État, Section III, décision n° 18348 du 23 juin 2010, *loc. cit.*

⁹⁴ Conseil d'État, Section III, décision N° 20836 du 24 mars 2011, William Humberto MELGUIZO MARQUEZ y otros c/ Instituto de Seguros Sociales, Magistrat chargé de l'affaire : Enrique GIL BOTERO

signalé s'agissant des différentes fautes traitées auparavant où ce qui est mis en cause n'est pas l'acte en soi mais le comportement négligent du soignant.

Cependant, lorsque l'oubli provoque des dommages collatéraux, autres que les désagréments liés à la réalisation d'une nouvelle intervention pour retirer l'objet oublié et d'éventuelles gênes et/ou douleurs, il est inutile de s'interroger sur le fond du comportement du praticien, car leur seule existence engage la responsabilité de l'organisme requis sur le fondement d'un dommage *anti-juridique*.

Pour sa part, le juge français estime que lorsqu'un objet a été oublié dans le corps d'un patient, même si l'objet oublié ou l'intervention effectuée pour le retirer ne provoquent ni préjudice physique, en l'absence d'incapacité permanente partielle résultant de cette faute, ni préjudice matériel, en l'absence d'augmentation de la durée de l'incapacité temporaire de travail, le patient doit toutefois être indemnisé pour les souffrances physiques et les préjudices moraux associés⁹⁵.

La chirurgie étant un acte médical effectué en équipe, il s'avère parfois difficile d'individualiser la responsabilité des différents professionnels ayant participé à l'opération.

Lors de l'intervention, chaque participant a un rôle à jouer. Cependant, comme nous le verrons ultérieurement, en fonction de la nature de l'acte⁹⁶, il peut exister une relation de subordination entre les membres de l'équipe et le chirurgien et, de ce fait, la responsabilité de ce dernier peut être engagée de manière plus importante en sa qualité de chef d'équipe.

⁹⁵ Conseil d'État français, 4^{ème} et 5^{ème} sous-sections réunies, décision N° 296686 du 21 mai 2008, M. Michel A. c/ Centre Hospitalier du Havre, Rapporteur : Damien BOTTEGHI, JurisData n° 2008-073723

⁹⁶ Cour de Cassation française, 1^{er} chambre civile, décision N° 83-14.759 du 11 décembre 1984, Bull. 1984, I, n° 333, D.1985, I.R. 464, obs J. PENNEAU ; Cour de Cassation française, 1^{er} chambre civile, arrêt WELTI du 18 octobre 1960, Bull. 1960, I, n° 442 ; D.P. 1961.I.125 ; Gaz. Pal. 1960, 2^o sem., J., 289 ; JCP 1961, II, 11846, obs. R. SAVATIER ; S. 1961.I.141 ; RTD. Civ. 1961, p. 120, n° 4, obs. A. TUNC

Lorsqu'une conséquence dommageable découle d'une intervention chirurgicale, le juge portera son analyse, en plus des critères techniques, sur le respect des protocoles, souvent à l'origine de ce type d'incident, ainsi que sur la diligence des médecins. De la sorte, lorsque, à l'occasion d'une intervention pour extraire une hernie inguinale de la cavité abdominale gauche d'une patiente, le chirurgien, sans avoir préalablement consulté son dossier médical, du fait que celui-ci n'était pas disponible dans la salle d'opération, opère la cavité abdominale droite, le Conseil d'État estime qu'il y a une faute de service, sur le fondement du non-respect des protocoles, en plus du dommage *anti-juridique* (une double opération, les cicatrices, les douleurs de la convalescence, etc.) lié à cette faute de service⁹⁷.

Comme pour les affaires précédentes, s'agissant d'accidents opératoires, le Conseil d'État colombien a estimé que le dommage subi par le patient est de nature *anti-juridique*, dans la mesure où il découle de « l'anormalité » de l'acte médical. De la sorte, c'est sur ce fondement que le Haut tribunal administratif a déclaré la responsabilité de l'Hôpital San Marcos, lorsqu'il a été saisi pour se prononcer sur une affaire concernant la perforation, suivie de l'ablation, de l'utérus d'une patiente suite à un accident survenu lors de son accouchement⁹⁸.

Le juge judiciaire français, plus ferme en matière de faute technique, s'est prononcé sur la responsabilité qui incombe au chirurgien.

En appliquant une « *présomption d'imputabilité du dommage à un manquement fautif* » du praticien⁹⁹, il précise que toute conséquence dommageable, même par maladresse, peut être fautive. De plus, il estime que

⁹⁷ Conseil d'État, Section III, décision N° 10807 du 29 janvier 1998, *op.cit.*

⁹⁸ Conseil d'État, Section III, décision N° 11948 du 18 octobre 2000, *op. cit.*

⁹⁹ Cour de Cassation française, 1^{er} chambre civile, décision N° 06-20.568 du 17 janvier 2008, JurisData n° 2008-042338

« seule une faute du patient peut exonérer, totalement ou partiellement, le praticien de sa responsabilité »¹⁰⁰.

Toutefois, si la maladresse dans le geste médical engage la responsabilité du praticien, celle-ci est écartée dans le cas où le dommage était inévitable, en raison, par exemple, d'une anomalie physique du patient¹⁰¹.

En matière d'anesthésie, les fautes les plus courantes sont liées également au non-respect des protocoles, et notamment au défaut ou à l'absence d'examens pré-anesthésiques, mais aussi au défaut de surveillance post-opératoire.

Dans ce sens, le Conseil d'État s'est prononcé sur une intervention chirurgicale réalisée sur une enfant âgée de deux ans, du fait de la non-réalisation des examens pré-anesthésiques, ayant conduit à lui administrer un barbiturique -agent inducteur de l'anesthésie- provoquant l'arythmie cardiaque, à l'origine de dommages neurologiques et fonctionnels permanents, tels que la perturbation fonctionnelle à caractère permanent du système nerveux central, la perte fonctionnelle des membres supérieurs et inférieurs, des difformités physiques permanentes, entre autres, soufferts par la patiente¹⁰².

Dans cette affaire, le Conseil d'État a retenu la faute de service de l'organisme de soins, d'une part pour le non-respect des protocoles et

¹⁰⁰ Cour de Cassation française, 1^{er} chambre civile, décision N° 06-20.107 du 17 janvier 2008, Bulletin 2008 I n° 14 p. 12

¹⁰¹ Cour d'appel de Nîmes, 1^{er} chambre civile, ct0007, décision n° 26R.Gdu, 16 février 2007, Madame Nathalie X c/ Docteur C ; [en ligne]. Disponible sur : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007627184&fastReqId=401320251&fastPos=2>

¹⁰² Conseil d'État, Section III, décision N° 16700 du 28 janvier 2009, German RIVEROS ZARATE y otros c/ Instituto de Seguros Sociales, Seccional Meta, Magistrat chargé de l'affaire : Mauricio FAJARDO GOMEZ

notamment l'omission des examens pré-anesthésiques et d'une autre part, pour les nombreux défauts –principalement par omission- constatés dans le dossier médical, qui n'ont pas permis à l'équipe médicale d'avoir accès aux données nécessaires, qui auraient pu éviter les dommages subis par la patiente.

Une fois encore, nous pouvons constater que ce n'est ni l'acte médical, ni le savoir-faire du médecin, qui sont mis en question, mais la négligence constatée par le juge vis-à-vis des devoirs que l'éthique et la loi imposent.

Tout au long de ce chapitre, nous nous sommes interrogé sur les différentes fautes médicales, qu'elles soient liées à l'organisation et au fonctionnement du service ou qu'elles soient proprement « médicales », pouvant engager la responsabilité des organismes de soins. Comme nous l'avons fait dans les chapitres précédents, nous nous sommes intéressé à la caractérisation de ce type de faute dans la jurisprudence et aux critères employés par les juges (administratif et civil, colombien et français) pour établir la responsabilité qui en découle.

Désormais, nous nous interrogerons, dans un premier temps, sur la responsabilité personnelle des agents hospitaliers et jusqu'à quel point cette responsabilité leur est directement imputable ainsi que sur les cas où la faute est considérée comme détachable du service et sur les effets de cette déclaration.

Dans un deuxième temps, c'est la responsabilité collective ou en équipe, évoquée auparavant de manière très large, qui sera l'objet d'une analyse plus approfondie, essentiellement en ce qui concerne le domaine de la chirurgie.

Chapitre 2. La responsabilité personnelle des agents et la responsabilité en équipe

La victime, ou ses ayants-droit pourront, selon les circonstances, engager la responsabilité de l'organisme de soins, devant la juridiction administrative ou civile, selon le cas, ou celle du praticien –pour sa responsabilité personnelle et ceci devant le juge judiciaire-, ou une responsabilité *in solidum*, lorsque il y a concours de fautes.

Le praticien, quelle que soit sa spécialité ou le secteur où il exerce, est, en principe, couvert par une immunité civile, sa responsabilité est ainsi prise en charge par l'établissement qui l'emploie.

En matière de responsabilité médicale, c'est donc l'organisme de soins qui sera, en principe, appelé à répondre des dommages causés aux patients ayant subi des dommages.

Cependant, la responsabilité civile du médecin ou du personnel médical peut dans certains cas et à certaines conditions être engagée (*Section 1*). Nous devons ainsi nous interroger sur les aspects qui conduisent à briser l'*immunité* civile des médecins.

Aujourd'hui, la prestation du service de santé se fait dans un environnement complexe. Cette complexité fait que le patient, lors d'un seul parcours médical, est souvent confronté à plusieurs intervenants. La médecine se spécialise et cela a des conséquences en matière de responsabilité. Ainsi, il est nécessaire de s'interroger également sur l'exercice collectif de la médecine, la responsabilité en équipe (*Section 2*).

Section 1. La responsabilité de l'agent hospitalier

L'organisme public est avant tout une personne morale, il s'agit d'une fiction juridique. De ce fait, il ne peut agir que par l'intermédiaire de ses agents. Le fait de l'administration est, en réalité, le fait de l'un de ses agents. Dès lors, la faute de l'agent public est, en principe, une faute de service. Elle engage de par là la responsabilité de l'administration.

En principe, s'agissant des établissements publics hospitaliers, la responsabilité est rattachée directement à l'organisme de soins, sans qu'il soit nécessaire de s'interroger sur la responsabilité *personnelle* des agents. La relation entre le médecin et son patient s'inscrit dans la notion de service public, et celle entre les agents hospitaliers et les établissements est de nature réglementaire ou statutaire, donc sous le régime de la responsabilité administrative extra-contractuelle¹⁰³.

En sa qualité d'agent hospitalier, le professionnel de la santé du secteur public est susceptible d'engager la responsabilité de l'établissement qui l'emploie sans pour autant engager sa propre responsabilité, sauf en cas de faute personnelle détachable du service –en ce qui concerne le droit français¹⁰⁴.

En conclusion, si le dommage se produit par la faute de l'agent, mais que cette faute a été commise dans le cadre de ses fonctions, on considère, en principe, que le service a mal fonctionné et de ce fait, c'est la responsabilité de l'organisme public qui sera engagée.

¹⁰³ MARKUS Jean-Paul, *Responsabilité des établissements publics de santé. - Fondements*, JCl. Adm., fasc. 906-10, 27 Janvier 2010

¹⁰⁴ À la différence du droit français, en droit colombien, la gravité de la faute n'a pas pour effet de la requalifier en faute «détachable du service » et de ce fait, elle n'est pas exonératoire pour l'organisme public. En revanche, en cas de faute personnelle, l'organisme de soins se doit d'intenter une action récursoire, pour une partie ou pour la totalité des sommes versées à la victime, contre le médecin fautif.

S'agissant des établissements de soins privés, les fautes commises par le personnel salarié engageant, comme dans le cadre public, la responsabilité de l'organisme prestataire, en vertu du contrat d'hospitalisation et de soins qui lie celui-ci au patient.

Comme nous l'avons indiqué à plusieurs reprises, dans le cadre de l'activité publique hospitalière, seule la responsabilité de l'hôpital peut être recherchée devant le juge administratif.

Toutefois, toutes les fautes commises par les agents n'ont pas vocation à engager la responsabilité de l'administration. Il existe des agissements qui peuvent être qualifiés de faute personnelle¹⁰⁵, de faute personnelle détachable du service ou sans lien avec celui-ci et, de ce fait, l'agent peut engager - totalement ou partiellement- sa propre responsabilité.

Le dommage peut aussi résulter à la fois d'une faute de service et d'une faute personnelle. Et lorsque cela se produit, la responsabilité de l'administration et celle de l'agent se trouvent engagées. Il y a une accumulation des fautes ou des responsabilités.

¹⁰⁵ L'arrêt Pelletier est à l'origine de la distinction entre faute personnelle et faute de service et fonde ainsi le partage de responsabilité entre l'administration et ses agents, en cas de faute causant des dommages aux tiers. C'est de cet arrêt que découle la distinction entre faute personnelle - le Tribunal des conflits utilise ici l'expression de "fait personnel" - et faute de service. La faute personnelle est celle qui se détache assez complètement du service pour que le juge judiciaire puisse en faire la constatation sans porter pour autant une appréciation sur la marche même de l'administration. La faute de service, en revanche, est le fait de l'agent qui est tellement lié au service que son appréciation implique nécessairement un jugement sur le fonctionnement de l'administration. Selon les formules de Laferrière, il y a faute de service "si l'acte dommageable est impersonnel, s'il révèle un administrateur plus ou moins sujet à erreur" ; il y a faute personnelle s'il révèle "l'homme avec ses faiblesses, ses passions, ses imprudences" (concl. sur T.C. 5 mai 1877, Laumonnier-Carriol, Rec. n°95 p. 437). La responsabilité pécuniaire de l'agent ne peut être mise en jeu qu'en cas de faute personnelle, et elle l'est alors devant le juge judiciaire. Toutefois, la jurisprudence a évolué dans un sens plus protecteur des victimes, confrontées à l'insolvabilité des agents publics, et de ces agents eux-mêmes, qui peuvent être l'objet de poursuites abusives : même en cas de faute personnelle, sauf si celle-ci est dépourvue de tout lien avec le service, la victime peut également, comme en cas de faute de service, poursuivre l'administration devant le juge administratif (voir 26 juillet 1918, Époux Lemonnier, p. 761). L'administration pourra cependant, dans une telle hypothèse, exercer une action récursoire à l'encontre de l'agent responsable (voir Ass. 28 juillet 1951, Laruelle, Delville, p. 464).

Tribunal des conflits, arrêt Pelletier, 30 juillet 1873, - 1er suppl - Rec. Lebon p. 117

C'est en général le rapprochement d'une faute personnelle et d'un défaut de surveillance de la part de l'administration, qui permet le plus souvent d'engager la responsabilité de l'administration, et non seulement celle du praticien, à fin d'obtenir une indemnisation. Selon le cas, la victime aura le choix entre une action devant le juge judiciaire (pour demander la responsabilité personnelle) ou devant le juge administratif (pour demander la responsabilité de l'hôpital). L'administration disposera toujours d'un droit d'action directe contre son agent, à savoir l'action récursoire.

En conclusion, le principe général qui régit la responsabilité du secteur public est donc celui de la responsabilité fondée sur la *faute de service*¹⁰⁶. Ce régime est commun aux deux législations qui nous occupent –à savoir la législation française et colombienne–.

En application de ce principe, les dommages causés dans le cadre du service public de santé provoquent une responsabilité directe de l'Administration de sorte que la faute perd son individualité, elle n'est pas reliée à l'agent en particulier, elle est imputable au service en général.

La faute individuelle de l'agent hospitalier est, en principe, remplacée par la faute de service. Par conséquent, la nécessité d'identifier l'action fautive de l'agent est reléguée à un deuxième plan¹⁰⁷, la preuve de la faute

¹⁰⁶ La responsabilité extra-contractuelle de l'État a un fondement multiple (faute de service, risque, et rupture de l'égalité devant les charges publiques), selon le régime de responsabilité qui correspond (régime général-subjectif- ou exceptionnel –objectif-). Le régime exceptionnel –objectif- dans lequel la notion de faute de service ne se présente pas en tant que facteur déterminant, comprend plusieurs hypothèses parmi lesquelles il faut souligner les théories du risque exceptionnel et celle du dommage spécial. Le système de responsabilité de l'État...s'est transformé en un système à fondements multiples. NAVIA F., *La responsabilidad extracontractual del estado a la luz del artículo 90 de la Constitución Política*, in, Revista de derecho privado, 2000, n° 6, p. 211-231, cité par FERNANDEZ Mónica, *op. cit.*, p. 76.

V. QUINTERO NAVAS Gustavo, *La responsabilidad civil de los funcionarios*, Biblioteca jurídica virtual del instituto de investigaciones jurídicas UNAM, [en ligne]. Disponible sur : <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2499/22.pdf>

¹⁰⁷ Même si la faute de service est anonyme, dans la mesure où il n'est pas nécessaire d'individualiser la personne étant à son origine, le fait générateur de la responsabilité doit cependant être clairement établi. Conseil d'État, section III, décision 12843 du 22 mars 2001, *op. cit.*

fonctionnelle ou organique étant suffisante pour établir l'élément de faute dans l'équation de la responsabilité.

Cependant, comme l'a précisé le Conseil d'État colombien, il convient de prendre en compte que même si la faute de service est anonyme, dans la mesure où il n'est pas nécessaire de l'individualiser, le fait générateur de la responsabilité patrimoniale de l'État, doit, quant à lui, être bien établi à chaque fois¹⁰⁸.

A plusieurs reprises nous avons évoqué le dualisme juridictionnel en France et en Colombie. Selon que l'acte médical a été effectué dans une institution publique ou privée, nous serons confronté à l'une ou l'autre juridiction. Ce même dualisme nous conduira à deux types de régulations différentes de la relation médecin-patient. Si le patient est soigné dans un organisme privé, il sera lié à son médecin (en règle générale, à l'institution qui l'emploie) par un contrat médical ou de soins, tandis que la relation médecin-patient dans l'environnement médical public sera de type statutaire, légal ou réglementaire¹⁰⁹.

S'agissant du secteur public, la victime peut uniquement engager la responsabilité de l'organisme de soins public devant le juge administratif, sur le fondement d'une faute de service.

Même si elle souhaite mettre en évidence la faute de l'agent, mais que cette faute est attachée au service, ce comportement sera considéré comme une faute de service. Si au contraire, la faute de l'agent est détachable du

De plus, cette individualisation de la faute sera nécessaire lorsque l'administration décide de se retourner contre son agent, lorsque l'on cherche à établir le lien de ladite faute avec le service.

¹⁰⁸ Conseil d'État, section III, décision 12843 du 22 mars 2001, *op. cit*

¹⁰⁹ PALEY-VINCENT Catherine, Responsabilité du médecin. Mode d'emploi, éd. Masson, Paris, 2002, p. 118 ; FERNANDEZ Mónica, *op. cit.*, p 47 et sqq.e, 77 et sq.

service¹¹⁰, elle peut être personnelle, et dans ce cas, c'est contre l'agent que la victime devra se retourner¹¹¹. C'est le juge judiciaire qui sera compétent pour connaître de la faute personnelle dans la mesure où c'est l'agissement de l'homme et ne pas du fonctionnaire qui sera mis en cause.

Lorsque l'acte fautif de l'agent est d'une exceptionnelle gravité¹¹², l'article 90 de la Constitution colombienne prévoit que l'administration « se doit » d'intenter une action récursoire contre son agent¹¹³ -à la différence du

¹¹⁰ La détachabilité de la faute peut être matérielle ou intellectuelle. Dans le premier cas, nous sommes face à des fautes commises en dehors du service dans le cadre d'une activité purement personnelle. Dans ce cas, la faute de l'agent sera personnelle et sans conséquence pour le service.

Cependant lorsque la détachabilité est dite « intellectuelle », celle-ci est plus nuancée, car c'est dans le service que l'agent a commis cette faute. C'est donc sur des faits subjectifs, tels que l'intentionnalité de l'agent ou la gravité, que la faute sera alors détachée du service.

V. : DARCY Gilles, La responsabilité de l'administration, *op.cit.* p.72

¹¹¹ En France l'arrêt Pelletier est à l'origine de la distinction entre faute personnelle et faute de service et fonde ainsi le partage de responsabilité entre l'administration et ses agents. Tribunal des conflits, arrêt Pelletier, 30 juillet 1873, *op. cit.*

¹¹² Avant la loi 678 du 3 août 2001, la réglementation de la faute grave et, en général, l'action récursoire et l'appel en garantie des agents était dispersée dans plusieurs dispositions législatives dont les articles 63 et 2341 du Code Civil et l'article 90 de la Constitution, mais cette loi va apporter une unité en la matière.

Les articles 5 et 6 de cette disposition vont intégrer de manière précise les comportements constitutifs de faute grave et de dol.

Cependant, les affaires antérieures à l'entrée en vigueur de cette loi restent soumises à la réglementation précédente.

¹¹³ La loi 678 du 3 août 2001, apporte des modifications importantes à l'action récursoire en lui imposant un caractère obligatoire et en la définissant comme une action « civile ». Quant à son caractère obligatoire, nous pouvons dire qu'il prétend résoudre le manque de réactivité des organismes publics qui, pour des raisons plus ou moins justifiées, ne requéraient pas la responsabilité de leurs agents lorsque cela était légalement possible et même souhaitable.

Néanmoins, la nouvelle nature « civile » d'une action typiquement administrative en droit colombien, a de quoi nous laisser perplexes. En principe, cette nature « civile » attribuée par le législateur à l'action récursoire, correspond à sa nature réparatrice, à l'instar des actions civiles, qui l'éloigne ainsi des actions pénales et disciplinaires de nature sanctionnatrices. En l'absence de répercussion sur la compétence juridictionnelle, ce choix linguistique est, pour le moins, étonnant. Par ailleurs, plusieurs raisons sont là pour témoigner du caractère « non civil » de cette action. Comme le signale le Professeur Leonardo TORRES CALDERÓN, les actions civiles sont par nature volontaires. Aucun particulier n'est obligé de défendre ses intérêts patrimoniaux, il peut renoncer à ses droits. L'action récursoire est, quant à elle, obligatoire, conformément à l'article 4 de la loi 678 de 2001. D'autant que le représentant légal de l'organisme public en cause dispose de 6 mois pour requérir la responsabilité de son agent sous peine d'une sanction disciplinaire. D'autre part, les actions civiles sont susceptibles d'un désistement. Cependant, l'article 9 de la loi 678 énonce explicitement l'impossibilité d'un désistement s'agissant de l'action récursoire.

Cette loi établit également que la faute grave ou dolosive doit être préalablement établie lorsqu'il y a lieu à un appel en garantie. De la sorte, l'administration ne peut pas tenter un appel en garantie sans que la faute ait été prouvée.

droit français, la gravité de la faute n'a pas pour effet de la requalifier en faute «détachable du service » et de ce fait, elle n'est pas exonératoire pour l'organisme public. Devant la juridiction contentieuse administrative, la responsabilité, vis-à-vis de la victime, sera dans tous les cas supportée par l'organisme de soins.

Ce même article dispose également que la réparation patrimoniale des dommages causés par les organismes publics incombe à l'État. Cependant, l'article 78¹¹⁴ de l'ancien Code contentieux administratif donnait à la victime la possibilité de diriger directement son action contre l'agent, et cela devant la juridiction administrative, même si l'organisme public seul pouvait être déclaré responsable.

Pour certains, l'article 78 contrevenait à cette disposition en faisant aussi peser cette responsabilité sur l'agent. Cette disposition, déclarée conforme à la Constitution à plusieurs reprises¹¹⁵, donne la possibilité de requérir la responsabilité du fonctionnaire mais sans que les conséquences pécuniaires lui soient directement applicables. C'est la Cour constitutionnelle qui viendra éclairer ce brouillard législatif¹¹⁶. Elle souligne que même si la

V.: TORRES CALDERÓN Leonardo, *¿Se justifica la acción de repetición? comentarios críticos a la ley 678 de 2001 y propuestas de reforma*, CIVILIZAR, Revue électronique de diffusion scientifique – Universidad Sergio Arboleda, juin 2005, Bogotá, [en ligne]. Disponible sur : http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/revista8/accion_repeticion.pdf

¹¹⁴ Code contentieux administratif (Décret 1 du 2 janvier 1984, article 78) : « JURIDICTION COMPÉTENTE POUR CONNAÎTRE DE LA RESPONSABILITÉ CONNEXE. Les victimes pourront attaquer, devant la juridiction contentieuse administrative, selon les règles générales, l'organisme, ou le fonctionnaire ou tous les deux. Si la requête est recevable contre l'organisme ou contre tous les deux et qu'on considère que le fonctionnaire doit répondre, entièrement ou partiellement, le jugement disposera que l'indemnisation des préjudices sera à la charge de l'organisme. Dans ce cas, l'organisme se retournera contre le fonctionnaire pour ce qui lui correspondra ».

¹¹⁵ Cour Constitutionnelle, décision N° D-3885 du 24 juillet 2002, Magistrat chargé de l'affaire : Rodrigo ESCOBAR GIL, Bogotá D.C. ; Cour Constitutionnelle, décision N° D-2585 du 12 avril 2000, Magistrat chargé de l'affaire : Antonio BARRERA CARBONELL, Bogotá D.C.

¹¹⁶ A ce propos, la Cour Constitutionnelle a signalé que « le sujet de l'imputation de responsabilité est l'État, c'est-à-dire qu'il n'y a pas de responsabilité subjective de l'agent public de manière directe vis-à-vis de la victime (...), mais une responsabilité institutionnelle qui comprend non seulement l'exercice de la fonction administrative, mais toutes les activités de toutes les autorités publiques sans distinction de la branche du pouvoir

responsabilité de l'agent peut être requise devant la juridiction contentieuse administrative, seul l'organisme public peut être condamné à la réparation des dommages, sans préjudice des actions récursoires ou en garantie pouvant avoir lieu par la suite.

Cette controverse entre ces deux dispositions sera écartée définitivement par le nouveau Code de Procédure Administrative et du Contentieux Administratif qui dans son article 140, énonce que l'État doit répondre des dommages causés par l'action ou l'inaction de ses agents, sans évoquer une quelconque action contre son agent, s'alignant ainsi avec l'article 90 de la Constitution.

Toutefois les dispositions imposant à l'État de récupérer les sommes dues par ses agents en cas de cumul de fautes, par le biais d'une action récursoire ou en garantie, restent inchangées.

Dans un sens similaire au droit colombien, en France, la Loi 83-634 du 13 juillet 1983, dans son article 11, prévoit que l'administration doit protéger ses agents en cas de poursuites pour des faits qui n'ont pas le caractère de faute personnelle. Cependant, dès lors que ces faits sont intentionnels ou lorsqu'ils sont contraires à la déontologie médicale, ils sont inexcusables et par conséquent, la faute peut se voir détachée du service et dès lors la responsabilité personnelle peut être pleinement engagée.

public à laquelle elles appartiennent, et il en va de même pour les organes autonomes et indépendants créés par la Constitution ou la loi pour l'accomplissement des autres fonctions de l'État. De la même manière, (...) l'article 90 (...), exige comme condition nécessaire à l'existence de la responsabilité patrimoniale de l'État que l'action ou l'omission des autorités publiques provoque des dommages *anti-juridiques*, et par conséquent (...) tous les dommages n'entraînent pas cette responsabilité (...). Suite au 1^{er} paragraphe de l'article 90 de la Constitution, qui établit la responsabilité patrimoniale de l'État, le Constituant de 1991 a complété, avec le deuxième paragraphe, le principe de la responsabilité des agents de l'État en disposant que «Dans l'éventualité que l'État soit condamné à la réparation patrimoniale d'un tel dommage causé par la conduite dolosive ou gravement fautive d'un de ses agents, il devra répéter contre celui-ci». La responsabilité patrimoniale des agents de l'État est orientée à garantir les principes de moralité et d'efficience dans la fonction publique, sans préjudice des fins de rétribution et de prévention qui lui sont inhérentes, ce pourquoi, (...) elle n'est pas un caractère sanctionnateur mais réparateur ». Cour Constitutionnelle, décision N° D-6017 du 3 mai 2006, Toutes les Chambres Réunies, Magistrat chargé de l'affaire : Clara Inés VARGAS HERNÁNDEZ, Bogotá D.C.

1.1. La faute personnelle détachable du service

Comme nous l'avons signalé précédemment, il s'agit en principe d'une faute commise dans le service mais sans lien direct avec celui-ci ou détachée de celui-ci en raison de sa gravité, ou de son caractère inexcusable ou dolosif. C'est une faute qui révèle un manquement volontaire et inexcusable à des obligations d'ordre professionnel et déontologique.

Dès lors que la faute personnelle n'est pas dépourvue de tout lien avec le service, l'agent pourra engager la responsabilité de l'administration hospitalière. Tel ne sera pas le cas si cette faute est dépourvue de tout lien avec le service. L'appréciation de ce lien est donc primordiale¹¹⁷.

Par cette appréciation de la faute, le juge ne cherche pas à déterminer la faute personnelle de l'agent en tant que telle, mais à donner une option au patient quant au choix de son action car, pour des raisons de solvabilité du débiteur, il est plus avantageux pour la victime de prétendre à une indemnisation auprès de l'organisme hospitalier que du soignant.

Il n'est pas surprenant que le juge judiciaire, concernant les professionnels de la santé du secteur privé, reconnaisse plus facilement que les juridictions administratives une faute personnelle, car la responsabilité civile des soignants est plus souvent couverte par une assurance de

¹¹⁷ La doctrine a dégagé deux principaux indices d'appréciation casuistique :

- En premier lieu, l'acte dommageable a eu lieu pendant l'exercice des fonctions. La question du temps pendant lequel a eu lieu le dommage constitue un premier indice permettant de reconnaître le lien avec le service. Cependant, le juge a pu considérer que le caractère inexcusable de la faute avait pour effet la non-prise en compte dudit lien.
- Le deuxième indice permettant de découvrir un lien avec le service est celui de l'utilisation des moyens du service.

VIALLA François, La faute personnelle détachable du service d'un agent public et responsabilité du service hospitalier *in* Les grandes décisions du droit médical, *op.cit.* p. 558

responsabilité civile¹¹⁸-en plus de celle de responsabilité professionnelle de l'employeur- ce qui, souvent, peut changer l'appréciation des juges.

Le juge administratif, qu'il soit colombien ou français, tranche très rarement pour une responsabilité exclusive de l'agent¹¹⁹.

Lorsque la faute, commise dans le cadre du service, revêt d'une exceptionnelle gravité, a un caractère inexcusable ou est dolosive, elle donne lieu à des poursuites personnelles. Comme nous l'avons signalé auparavant, pour le juge français, elle se détachera du service pour se transformer en faute personnelle, plaçant la charge indemnitaire sur le praticien. Pour le droit colombien, elle restera rattachée au service, mais ouvrira la possibilité

¹¹⁸ L'assurance de responsabilité civile est obligatoire en France pour les praticiens libéraux, en Colombie elle est optionnelle dans tous les cas.

Dans la mesure où les praticiens libéraux disposent d'une solvabilité moins élevée que celle des établissements, le recours à une assurance s'avère indispensable afin de garantir l'indemnisation des victimes.

¹¹⁹ Suite à la requête, tendant à un partage de responsabilités, interposée par l'assureur d'un médecin ayant été condamné à payer des dommages et intérêts par un jugement rendu par la justice pénale, le Conseil d'État a tranché pour une responsabilité personnelle imputable uniquement au manquement du chirurgien.

Il a estimé que le refus d'un médecin hospitalier de se rendre au chevet d'une patiente alors qu'il était de garde et qu'il avait été appelé à deux reprises par l'interne du service qui avait souligné l'état inquiétant de la malade pour pratiquer une intervention chirurgicale destinée à réparer les blessures causés par balle qui ont fini par provoquer son décès, constitue une faute personnelle détachable du service.

Le choix d'assurer la nuit le service de garde de chirurgie à domicile et non au sein de l'établissement ne constitue pas une faute dans l'organisation du service public hospitalier, aucune faute n'ayant été commise tant lors de l'admission de la patiente à l'hôpital que dans la surveillance et les soins lui ayant été donnés par l'interne de garde au service des urgences. Dès lors le dommage ne peut être imputable qu'au refus du médecin.

Conseil d'État français, 5ème sous-sections, décision N° 63930 du 4 juillet 1990, Société d'Assurances "Le Sou Médical" c/ Centre Hospitalier Général de Gap, Rapporteur : Mme. MITJAVILE, JurisData n° 1990-644996

Par une décision du 21 octobre 1994, le Conseil d'État colombien a qualifié de faute grave le comportement d'un chirurgien ayant oublié une sonde dans le corps d'une patiente.

Ce Haut tribunal a considéré que tout autre médecin dans les mêmes circonstances aurait agi différemment et que de ce fait le comportement du praticien pouvait être qualifié comme grave et que de la sorte, le dommage lui était entièrement imputable.

Il faut signaler cependant que s'agissant des oublis chirurgicaux, la position du conseil d'État a évolué dans les dernières années. En principe ce type de responsabilité sera régie, comme nous l'avons étudié précédemment, par le principe *res ipsa loquitur* ou celui du dommage *anti-juridique* et, en principe, c'est la faute de service qui sera retenue.

Conseil d'État, Section III, décision n° 9618 du 21 octobre 1994, Maritza PADILLA JOJOA c/ Caja Nacional de Previsión, Magistrat chargé de l'affaire : Julio César URIBE ACOSTA ; SERRANO ESCOBAR Luis Guillermo, *op. cit.*, p.365

d'une action récursoire ou d'un appel en garantie (dans la procédure en cours), en faveur de l'administration.

Dans une décision du 7 avril 2011¹²⁰, le Haut tribunal administratif colombien, a considéré que la faute d'un obstétricien qui a établi de manière erronée la date possible d'un accouchement, et ce malgré le fait que les informations apportées par la future mère et les données acquises de la science lui auraient permis de l'établir de manière relativement précise et que le retard ait provoqué la mort de l'enfant, n'est pas constitutive d'une faute personnelle.

Pour le Conseil d'État, malgré la gravité de la faute, celle-ci ne revêt pas un caractère exceptionnel ou inexcusable dans la mesure où il n'a pas été prouvé que le comportement fautif à l'origine du dommage était imputable de manière exclusive au médecin. Il apparaît dans le dossier médical que plusieurs spécialistes ont participé au suivi de la grossesse, l'intervention du médecin se limitait donc à une partie du suivi. Dès lors, l'erreur aurait pu être corrigée par l'un des autres médecins intervenants. Le juge a considéré que dans la mesure où le dommage n'a pu être imputé de manière précise à l'erreur du médecin, il devait être considéré que c'était le service qui avait mal fonctionné et que de ce fait, l'Hôpital en était tenu pour responsable.

Sur l'analyse de la faute -grave ou inexcusable- capable d'entraîner la responsabilité personnelle de l'agent, le Conseil d'État souligne que « pour déterminer l'existence de la faute grave ou du dol, le juge ne doit pas se contenter des définitions contenues dans le Code Civil, il doit tenir compte des caractéristiques particulières qui doivent être harmonisées avec les dispositions des articles 6 et 90 de la Constitution relatifs à la responsabilité des employés publics (...). Il est également nécessaire de tenir compte

¹²⁰ Conseil d'État, Section III, sous-section B, décision N° 19801 du 7 avril 2011, Alberto JARAMILLO CUARTAS y otros c/ Nación- Ministerio de Salud y otros, Magistrat chargé de l'affaire : Ruth Stella CORREA PALACIO

d'autres concepts comme ceux de la bonne et mauvaise foi (...). Pour établir la responsabilité personnelle des agents ou des ex-agents étatiques, l'analyse de ces actes dolosifs ou gravement fautifs comporte nécessairement l'étude de leur poste et de leurs fonctions et si une faute grave s'est présentée en ce qui les concerne. Également, il faut établir si cette faute correspond à un acte conscient et volontaire de l'agent, c'est-à-dire, avec connaissance de l'irrégularité de son comportement et avec l'intention de produire les conséquences nuisibles - acte dolosif -, ou si à son agissement, il a pu prévoir l'irrégularité de son acte et les dommages qu'il pouvait provoquer, et que cela ne l'a pas empêché d'agir, ou il pensait pouvoir les éviter - acte coupable-. Il est clair alors qu'il s'agit d'établir une responsabilité subjective qualifiée, où la conduite de l'agent joue un rôle décisif, de sorte que seules certaines fautes, certaines erreurs de jugement, certaines violations des dispositions juridiques permettent d'engager sa responsabilité, il s'avère nécessaire de vérifier la gravité de sa conduite »¹²¹.

Dans les deux précédentes décisions, le Conseil d'État évoque clairement la notion de gravité de la faute, donc du comportement fautif, qui est susceptible d'engager la responsabilité personnelle de l'agent. Ces arrêts, qui rejoignent les dispositions légales et constitutionnelles relatives à la responsabilité personnelle de l'agent, ne sont malheureusement pas le reflet d'une jurisprudence unifiée en la matière.

En effet, il ressort de la jurisprudence de ce Haut tribunal administratif que la gravité de la faute n'est pas toujours l'élément déclencheur d'une responsabilité personnelle. Dans certaines décisions, le Conseil d'État entend déduire une responsabilité personnelle de l'agent de la gravité exceptionnelle, non du comportement fautif, mais du dommage lui-même.

¹²¹ Conseil d'État, Section III, décision N°17483 du 23 septembre 2009, Jerson MEDINA NARVAEZ c/ INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO-INPEC-, Magistrat chargé de l'affaire : Myriam GUERRERO DE ESCOBAR

La gravité du dommage peut dans certaines éventualités aller de pair avec la gravité de la faute. Cependant des conséquences dommageables particulièrement graves ne supposent pas toujours, par elles-mêmes, un comportement fautif exceptionnellement grave.

Une décision du 4 décembre 2007¹²² illustre clairement cette approche, controversable, du Conseil d'État. Dans les faits, lors d'une intervention de routine, une infirmière, au lieu d'effectuer des soins à l'eau sur des brûlures au dos d'un enfant, a pris un récipient contenant du formol et l'a appliqué sur la tête de celui-ci. Cela conduira à la perte fonctionnelle de la vue du jeune patient provoquée par d'importantes brûlures et des lésions de la cornée et de la conjonctive qui ont conduit à une greffe, rejetée par le patient.

Pour le Conseil d'État, « Il est évident (...) que la situation à laquelle a participé l'infirmière (...) en ayant, par inattention et négligence, baigné la tête de l'enfant (...) avec du formol, suppose une anomalie claire dans la prestation du service de santé, étant donné qu'elle a conduit à la perte fonctionnelle de l'organe de la vue (...). Les preuves (...) sont fermes pour démontrer un défaut dans le service (...), puisque l'infirmière (...) dans les heures et à l'occasion du service s'est volontairement proposée à effectuer les soins et le bain demandé par l'enfant, (...) *et, pour des raisons inconnues*, lui a versé du formol sur la tête, produit qui est allé ensuite sur les yeux, en lui produisant de graves brûlures dans les deux cornées (...).

(...) Alors, selon les précédents éléments, (...) les dommages produits aux requérants, sont imputables à l'Hôpital et à l'infirmière puisque de par leur activité ils ont participé à une faute grave du service (...). Dans ce sens, il y aura lieu de modifier le jugement attaqué, en vue de spécifier que la

¹²² Conseil d'État, Section III, décision N°17918 du 4 décembre 2007, Carmen ROJAS TAPIERO y otros c/ MUNICIPIO DEL GUAMO y otros, Magistrat chargé de l'affaire : Enrique GIL BOTERO

responsabilité d'indemniser les dommages réclamés dans la requête, concerne de manière solidaire l'Hôpital et la collaboratrice d'infirmier, sous réserve que l'organisme public mentionné devra payer les sommes indiquées, pour se retourner ensuite, pour les valeurs respectives, contre son fonctionnaire (...). »

Cette interprétation est défavorable à l'agent hospitalier, car elle sert à qualifier une action en une faute personnelle, à partir de la gravité du dommage, et ceci même sans que les raisons du comportement dommageable aient été éclairées ou même explorées.

Le Conseil d'État a nettement identifié une défaillance du service fondée sur la négligence de son agent. Cependant, cette négligence, même très grave, ne peut pas être considérée comme une faute personnelle sur le seul fondement de la gravité du dommage. Une étude des circonstances particulières, telle qu'il a été à plusieurs reprises conseillé par ce Haut tribunal administratif, aurait été indispensable dans le cas présent.

De plus en décidant de la sorte, le Conseil d'État va à l'encontre des principes généraux promus par l'article 90 de la Constitution et les articles 5 et 6 de la loi 778, qui restreignent expressément la responsabilité des agents au seul *comportement dolosif ou gravement fautif*.

Pour sa part, le Conseil d'État français, plus clair en la matière, a dans une décision du 28 décembre 2001¹²³, qualifié de faute personnelle détachable du service, l'agissement d'un médecin-chef de service de radiologie, qui, *délibérément*, avait tardé à révéler une faute médicale commise dans son service.

¹²³ Conseil d'État français, 4ème et 6ème sous-sections réunies, décision N° 213931 du 28 décembre 2001, M. VALETTE Michel c/ Assistance publique-Hôpitaux de Paris, Rapporteur : M. STRUILLLOU, JurisData n° 2001-063348

Dans les faits, par une erreur de flacon, de l'eau souillée avait été injectée lors d'un scanner, au lieu du produit de contraste, entraînant un choc septique chez le patient. Le médecin, bien qu'il ait été constaté qu'il avait connaissance des faits et alors même qu'il ne pouvait pas ignorer la gravité de l'état de santé du patient et les recherches effectuées par les médecins du centre hospitalier pour trouver les causes de l'infection, n'avait informé le service de cette erreur que trois jours après les faits.

Pour le Conseil d'État, tenant compte du caractère inexcusable du comportement du praticien au regard de la déontologie de la profession, il y avait lieu de déclarer qu'il s'agissait d'une faute personnelle, et ce alors même que les faits reprochés avaient été commis dans le cadre du service.

Cette décision du Conseil d'État français met d'avantage en évidence le fait que la gravité de la faute, comme facteur déterminant pour qu'elle soit *détachable* et/ou *personnelle*, a comme but de sanctionner le caractère exceptionnellement grave du comportement de l'agent –en dépit de l'interprétation du Conseil d'État colombien-, sans que d'autres facteurs puissent suffire à la détacher du service, qui est, toutefois, à l'origine de la faute.

1.2. Le cumul de fautes

A la faute de service peut s'ajouter une faute personnelle ou une autre faute de service. Il se produit alors un cumul de fautes.

Lorsqu'un dommage trouve sa cause dans plusieurs fautes qui, commises par des personnes différentes ayant agi de façon indépendante, portaient chacune en elle normalement ce dommage au moment où elles se sont produites, la victime peut rechercher la réparation de son préjudice en demandant la condamnation de l'une de ces personnes ou de ces dernières

conjointement, sans préjudice des actions récursoires que les coauteurs du dommage pourraient former entre eux¹²⁴.

Dans une décision du 11 février 2011¹²⁵, le Conseil d'État colombien, s'est prononcé sur la responsabilité conjointe, par cumul de fautes, de la Clinique Villa Pilar pour une faute de service, et de celle des soignants pour une faute grave.

Le dossier médical d'une patiente, enceinte pour la première fois, a montré qu'une rupture de membrane avec expulsion du liquide amniotique, accompagnée de souffrance fœtale aigue, a été diagnostiquée et que, suite à ce constat, un ordre d'induction de l'accouchement a été donné, sans qu'il y ait eu un suivi par le médecin. Une césarienne ne sera effectuée que onze heures après, par un autre praticien que celui qui avait établi le diagnostic.

En s'appuyant sur la littérature médicale et l'avis des experts, le Conseil d'État a constaté que lorsqu'un tel diagnostic est posé, il est nécessaire de provoquer l'accouchement dans les délais les plus brefs. Dans le cas en question, la césarienne n'a eu lieu que onze heures plus tard, et cela malgré la présence d'un obstétricien de garde au sein de l'établissement. Le nouveau-né décèdera deux heures plus tard, suite à des complications

¹²⁴ Conseil d'État français, 5ème sous-section jugeant seule, décision N° 314870 du 26 juillet 2011, Centre Hospitalier d'Aunay-Sur-Odon, Rapporteur : Jean-Yves ROSSI ; JurisData n° 2011-017440

Par l'arrêt ANGUET le Conseil d'État français accepte pour la première fois le cumul d'une faute personnelle et d'une faute de service dans une même affaire. Avant cet arrêt, ce Haut tribunal administratif considérait qu'il ne pouvait y avoir dans le même temps faute personnelle et faute de service. En l'espèce, le sieur Anguet avait pénétré vers 8h30 dans un bureau de poste. Avant qu'il eût fini ses opérations, la porte de bureau fut fermée. A l'invitation du guichetier, il emprunta la sortie des employés, passant au travers des locaux fermés au public. Deux employés occupés à compter des valeurs, le prenant pour un malfaiteur, le mirent dehors brutalement, lui cassant la jambe. Sans la faute de service qu'a été la fermeture anticipée de la porte destinée au public, il n'y aurait eu point de faute personnelle possible. Quelle que soit la faute personnelle des agents, il y a bien faute de service. CE, arrêt n° 34922 du 3 février 1911, ANGUET, Rec. Lebon 1911, p. 446 ; Rappr. Lafaix, 1897-05-07, Rec. p. 551 ; Rappr. Arnault-Guibourgé, 1906-01-26, Rec. p. 71

¹²⁵ Conseil d'État, Section III, sous-section B, décision N°18515 du 28 février 2011, Luz Mary OSORIO MARTINEZ y otros c/ INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL, Magistrat chargé de l'affaire : Stella CONTO DIAZ DEL CASTILLO

provoquées par une accumulation très importante du méconium sur les voies respiratoires et digestives.

Plusieurs fautes seront retenues par le Conseil d'État. D'abord celle du service, fondée sur le non-respect des protocoles qui imposaient l'attention immédiate de la patiente vis-à-vis de son tableau clinique. De plus, de manière indirecte, ce Haut tribunal fera également peser sur la Clinique la responsabilité du médecin qui a établi le diagnostic et dont la responsabilité n'a pas été requise par la victime, car malgré l'urgence d'une intervention, celui-ci s'est limité à diagnostiquer la patiente, sans se préoccuper de son suivi, transgressant ainsi gravement ses obligations déontologiques.

D'autre part, le Conseil d'État a établi à hauteur de 25%, la responsabilité de l'obstétricien de garde au moment des faits, qui ne s'est rendu au chevet de la patiente à aucun moment¹²⁶, et cela malgré un diagnostic critique, manquant ainsi grièvement à ses obligations déontologiques et contractuelles vis-à-vis de l'hôpital. Il déclare également responsable, à hauteur de 15%, un troisième médecin qui, ayant participé au diagnostic initial de la patiente, n'interviendra que onze heures après, pour finalement effectuer une césarienne.

Dans cette affaire c'est certainement la présence de multiples intervenants qui a empêché le juge d'individualiser la faute et de conclure à une faute personnelle sans lien avec le service (de par sa gravité).

¹²⁶ Le Tribunal de conflits français, dans une décision du 15 décembre 1980 s'est prononcé dans une affaire semblable dans les faits à celle exposée précédemment. Il a considéré que le manquement à la déontologie professionnelle hospitalière d'un praticien revêtant un caractère d'une inexcusable gravité, constitue une faute détachable du service sans que dans le cas concret il y ait eu lieu un cumul de fautes ou encore de responsabilités. Il en va ainsi du décès d'un patient imputable au retard apporté par un médecin hospitalier à pratiquer l'intervention chirurgicale nécessaire à réparer les blessures justifiant l'hospitalisation. Le retard ayant pour unique cause le refus du médecin de se rendre au chevet du patient alors qu'il était de garde et informé à plusieurs reprises de l'état inquiétant du malade. Tribunal des conflits, 15 décembre 1980, n° 02177, Préfet de la Haute Corse, Rec. Lebon 1980 ; VIALLA François, La faute personnelle détachable du service d'un agent public et responsabilité du service hospitalier *in* Les grandes décisions du droit médical, *op.cit.* p. 551

Il faut cependant rappeler que selon les dispositions législatives colombiennes citées auparavant, dans ces conditions, la déclaration de responsabilité ne peut aboutir en aucun cas à une condamnation directe des soignants. En effet, c'est la clinique en question qui devra répondre pour la totalité des sommes dues à titre d'indemnisation, mais, elle « peut » par la suite se retourner à hauteur de 40% contre les agents ayant été reconnus fautifs.

Seule la faute personnelle commise en dehors de l'exercice des fonctions et dépourvue de lien avec celui-ci exclut toute possibilité de cumul.

En cas de faute personnelle « unique » commise dans le service mais jugée détachable des fonctions ou en cas de faute personnelle commise en dehors du service mais non dépourvue de lien avec celui-ci, il se produit un cumul de responsabilités¹²⁷.

Le régime du cumul de responsabilités permet d'engager la responsabilité de l'administration pour une faute commise par l'un de ses agents. Mais à la différence du cumul de fautes, le cumul de responsabilités n'induit qu'une seule faute à l'origine du dommage.

Face à l'insolvabilité de l'agent administratif, souvent courante lors des condamnations très importantes, le cumul de responsabilités permet aussi à

¹²⁷ Comme le souligne le professeur Gilles DARCY, une seule faute, la faute personnelle de l'agent est à l'origine du dommage. Mais comme elle a été commise dans le service, à l'occasion du service ou même en dehors du service, si elle n'est « pas dépourvue de tout lien avec lui », elle permettra néanmoins d'engager la responsabilité de l'administration devant la juridiction administrative.

Dans l'intérêt de la victime, on rattache au service ce qui d'abord et avant tout lui est considéré comme détaché. Une seule faute a été commise et c'est une faute personnelle. Or il y sera artificiellement et provisoirement « rattaché » dans le seul but de protéger les droits de la victime.

Seuls les effets indemnitaires de la faute changent, non sa qualification ou son statut potentiel. Rien n'aurait interdit à la victime d'assigner l'agent devant le juge judiciaire et rien n'interdira à l'administration de se retourner contre lui après avoir réparé le dommage.

DARCY Gilles, La responsabilité de l'administration, *op.cit.* p.79 et sq. ; Conclusions Léon BLUM sur la décision du Conseil d'État français, 26 juillet 1918, Époux LEMONNIER c/ Commune de Roquecourbe, Recueil Lebon p. 761

la victime de rechercher la responsabilité de l'administration pour un agissement ayant en principe vocation à être qualifié comme faute personnelle mais rattaché, tant bien que mal, au service. La logique du cumul de responsabilités est particulièrement subtile. Elle suppose qu'un même fait puisse être suffisamment détachable du service pour constituer une faute personnelle tout en conservant un certain lien avec l'administration.

En cas de cumul de fautes comme nous l'avons signalé, le droit colombien et le droit français divergent. Pour le premier, il ne peut exister une faute commise dans le cadre des fonctions qui puisse véritablement se détacher du service. Pour le droit français, la gravité, l'inexcusabilité ou le caractère dolosif de la faute, sont des facteurs provoquant le détachement de la faute du service pour la transformer en faute personnelle.

Le deuxième cas de figure de faute personnelle commise en dehors du service mais non dépourvue de lien avec celui-ci, est à notre connaissance, inexistant dans la jurisprudence en matière de responsabilité hospitalière.

A titre d'exemple, nous pouvons penser à la faute personnelle d'un agent hospitalier qui, en dehors de l'établissement, donne des soins, en particulier des soins urgents, par exemple lorsqu'il assiste à un accident de la circulation et intervient comme soignant en se servant des appareils de réanimation défectueux fournis par l'hôpital. Le médecin se doit ici d'intervenir, non en tant que médecin de l'hôpital mais par un devoir déontologique et légal -au risque de poursuites pénales pour non-assistance à personne en danger¹²⁸, en utilisant les moyens du service, même en dehors du service, dans un cadre privé, la responsabilité de l'organisme public pourrait se voir alors engagée, la faute n'étant pas dépourvue de tout lien avec le service.

¹²⁸ V. : VIALLA François, Non-assistance en personne en danger *in* Les grandes décisions du droit médical, *op.cit.* p. 369

En dehors des hypothèses décrites auparavant, il est nécessaire aussi de souligner que le praticien hospitalier qui exerce une activité libérale sort de ce fait du cadre du service public, et doit alors personnellement assumer les conséquences de ses actes médicaux ainsi que de ceux exécutés sous sa responsabilité et sa surveillance. Il en va de même pour les autres professionnels du secteur médical qui exercent de manière libérale. En cas de dommages indemnisables, c'est leur responsabilité civile personnelle qui sera engagée.

Lorsque le médecin ou d'autres professionnels soignants exercent dans le secteur privé, le juge judiciaire sera compétent pour connaître des actions de responsabilité civile à leur encontre et ceci, selon les règles de ce contentieux.

Section 2. La responsabilité collective ou en équipe

Lorsque l'exercice de la médecine se réalise en groupe, plusieurs questions se posent. Qui sera déclaré responsable des dommages causés au malade ? Chaque intervenant répond-t-il individuellement pour les fautes qu'il a commises, ou serait-il possible de rechercher la responsabilité du chef de l'équipe pour le fait fautif d'autrui¹²⁹ ? L'employeur doit-il répondre pour les fautes de son personnel et si oui, dans quelle mesure ?

Certaines relations médicales sont particulièrement soumises à ce type d'interrogation. C'est le cas des équipes chirurgicales. A titre d'exemple - mais sans être la seule concernée-, la relation du chirurgien et de l'anesthésiste est très difficile à déterminer. En cas de dommage, nous

¹²⁹ 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. AMBIALET Janine, *Responsabilité du fait d'autrui en droit médical*, Bibliothèque de droit privé, tome 54, LGDJ 1965, p. 13.

pouvons être amené à nous demander si le chirurgien peut être tenu comme responsable du fait de l'anesthésiste.

Une autre question complexe, s'agissant de l'exercice de la médecine en équipe, concerne l'obligation d'information vis-à-vis du patient. Là encore, il est important d'établir à qui revient la responsabilité en cas de défaut d'information.

Autant de questions que nous nous apprêtons à approfondir par la suite.

L'idée d'une responsabilité « en équipe » en droit médical est relativement récente et peu développée, surtout en ce qui concerne le droit colombien. En effet, le facteur d'apparition de cette responsabilité a été en grande partie la notion « d'équipe »¹³⁰, résultant de la transformation de la profession médicale dans la société moderne. Le médecin de famille est de moins en moins consulté, laissant ainsi la place à une « médecine de groupe » avec des intervenants multiples mettant en commun des moyens techniques et des connaissances scientifiques.

Il est cependant important de souligner la différence entre médecine de « groupe » et en « équipe ». Dans la première catégorie, nous trouvons le regroupement médical où plusieurs médecins ou spécialités médicales se réunissent pour proposer un service plus complet au patient. Chaque

¹³⁰ Pour certains, la notion de « médecine de groupe » ne se confond pas avec celle « d'équipe ». 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.

OBOEUF Odile, *Le devenir de la responsabilité médicale du fait d'autrui après la Loi du 4 mars 2002*, Mémoire DEA droit privé, Université de Lille II – Droit et Santé, 2003, p.4

médecin constitue une entité différente et la responsabilité de chacun est donc individuelle¹³¹.

Mais le cas qui nous occupe est celui de la médecine conçue comme pratique d'équipe où plusieurs savoir-faire sont complémentaires, et au sein de laquelle les limites de chaque participation peuvent s'avérer floues.

Dans le milieu médical, nous trouvons donc différentes relations qui parfois s'entremêlent ; celle médecin-médecin ou autres praticiens et celle médecin chef et équipe médicale. Ces rapports vont à leur tour avoir une incidence sur la relation médecin-institution ou médecin-patient. Autant de facteurs qui participent à la difficulté d'individualiser la faute.

Comme l'indique François VIALLA, « La responsabilité civile de l'équipe médicale a alternativement suivi deux courants. Elle s'est dans un premier temps analysée par référence au tandem pluridisciplinaire composé du chirurgien et de l'anesthésiste. (...) Un second temps, plus récent, conçoit la responsabilité de l'équipe médicale par référence au statut du professionnel de santé (...) »¹³².

La question de la responsabilité en équipe s'élucide alors selon les deux critères, l'un qui cherche à démêler la nature des relations entre différents intervenants, qu'ils aient agi de manière concomitante ou complémentaire, et, l'autre, qui s'interroge sur le mode (le statut) d'exercice de la profession médicale et donc du lien du médecin vis-à-vis de son employeur et son degré d'indépendance.

¹³¹ VAZQUEZ FERREYRA Roberto, *Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina*, Biblioteca Jurídica Diké, 1993, p. 31

¹³² VIALLA François, *Les grandes décisions du droit médical*, op.cit. p. 576

L'exercice de la médecine en équipe pose donc des problèmes spécifiques, liés essentiellement à la définition des rapports juridiques entre les divers intervenants. Si chaque médecin au sein de l'équipe est en principe responsable de ses fautes personnelles *-stricto sensu-*, lorsque la nature de la faute et/ou de l'acte est plus ambiguë et que plusieurs intervenants ont pu participer au dommage, les choses sont moins simples.

Si au sein de l'équipe nous pouvons estimer qu'il existe un médecin-chef, celui-ci répond, en principe, non seulement de ses fautes mais également de celles des personnes dont il a la charge¹³³. Cependant, lorsque les agissements sont indépendants même s'ils ont été coordonnés par le médecin-chef, chaque intervenant est individuellement responsable de ses fautes, sans préjudice d'une responsabilité solidaire¹³⁴.

La médecine et, en particulier, la chirurgie se développent dans un environnement complexe où plusieurs spécialités médicales et plusieurs types de relations se combinent.

Comme nous l'avons signalé à plusieurs reprises, c'est dans le domaine de la chirurgie que la confluence des savoir-faire se manifeste le plus souvent. De la même manière, le diagnostic est, de plus en plus, un des actes médicaux où le résultat est le produit de l'apport de diverses spécialités, et de ce fait, la pluralité d'intervenants acquiert une importance particulière lors de l'analyse de la responsabilité.

Comme nous avons pu le constater dans le titre précédent, lorsqu'il s'agit d'individualiser la responsabilité des agents hospitaliers ayant participé à la réalisation de l'acte dommageable, la tendance générale en matière de

¹³³ RUIZ OREJUELA Wilson, *Responsabilidad Medica Estatal*, op. cit., p. 166

¹³⁴ SANTOS BALLESTEROS Jorge, *Instituciones de responsabilidad civil*, Tome II, éd. Universidad Javeriana, Bogotá, 2004, p. 313

responsabilité est celle de la faute du service. Mis à part les éventualités où la faute de l'agent est, par son caractère dolosif ou gravement fautif, de nature à se détacher du service, le comportement de l'agent hospitalier est recouvert par le service et donc, en principe¹³⁵, ce qui est recherché ce n'est pas la détermination du degré de participation de chaque individu mais plutôt si le service a bien fonctionné dans son intégralité. Par ailleurs, le juge administratif n'hésite pas à déclarer une responsabilité sur le fondement d'une faute de service lorsqu'il lui est impossible de déterminer avec certitude que le dommage est lié à la faute « personnelle » d'un ou de plusieurs agents.

Toutefois, le Conseil d'État colombien a souligné la difficulté du juge à établir la causalité dans la médecine dite de groupe. Qu'il s'agisse des actes complémentaires ou d'une succession d'actes, le juge se trouve toujours confronté à la même question : quel ou quels actes ont provoqué ou participé au dommage ?

Face à cette difficulté, le juge « (...) adopte des critères qui allègent la situation de la victime, d'autant plus si l'on considère la difficulté d'établir une causalité raisonnable permettant d'imputer les faits, cela ressort particulièrement dans la pratique de la médecine en groupe, qui particulièrement, empêche d'établir ledit élément par l'anonymat qui peut se présenter (...) De ce fait, il s'avère presque impossible de désigner un comportement déterminé comme étant la cause du dommage (...) »¹³⁶.

¹³⁵ Comme nous avons pu le souligner dans le titre précédent, le juge administratif colombien, dans un but d'*économie procédurale*, procède dans ses décisions, lorsqu'un cumul de fautes est retenu, au calcul du pourcentage de responsabilité qui incombe à chaque participant, et cela même si la charge pécuniaire, face à la victime, pèse sur l'organisme de soins.

Cette *comptabilisation* de la responsabilité servira ensuite à l'institution condamnée à la réparation des dommages pour se retourner contre son agent.

¹³⁶ Conseil d'État, Section III, décision n° 12548 du 15 juin 2000, *op. cit.*

L'analyse du juge judiciaire contraste avec celle du juge administratif. Lorsque l'acte médical s'effectue à l'intérieur d'un organisme de soins privé, la responsabilité du médecin salarié, en principe couverte par son employeur car, comme pour les médecins du secteur public, ils bénéficie d'une immunité civile, est plus souvent engagée. Le cadre de ses fonctions étant de type contractuel, il est plus courant que le juge civil se prononce sur la responsabilité individuelle, non sans créer de polémiques, de la part du ou des personnes ayant participé à la réalisation du dommage.

En effet, le praticien salarié du secteur privé n'engage sa responsabilité personnelle que s'il excède les limites de sa mission¹³⁷, fixée pour l'essentiel par un contrat. Dès lors, les comportements fautifs en dehors du cadre de ses fonctions et/ou pour son compte personnel lui seront personnellement reprochés. Cependant, en partie, grâce à l'indépendance dont bénéficie la profession médicale, le juge se prononce sur la responsabilité professionnelle des chirurgiens salariés et ou de leur équipe¹³⁸.

Comme pour les praticiens du secteur public, les médecins du secteur privé sont également responsables, personnellement, en cas de faute grave et intentionnelle. Les cas les plus courants dans ce domaine sont ceux liés aux manquements au devoir déontologique.

¹³⁷ Par le célèbre arrêt Costedoat du 25 février 2000, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a décidé que « n'engage pas sa responsabilité à l'égard des tiers le préposé qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui a été impartie par son commettant ». Ainsi, le médecin salarié, qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui est impartie par un établissement de santé privé, n'engage pas sa responsabilité à l'égard du patient. Cour de Cassation, Assemblée Plénière, arrêt n° 97-17.378, 97-20.152 du 25 février 2000 Costedoat, Bull., no 2 p.3 ; GAJC, 11^{ème} éd., n° 217 ; Responsabilité civile et assurances 2000, septembre, n° 9 p.4, Note H GROUTEL ; JCP G, 2000, -04-26, n° 17, p. 743 ; JurisData n° 2000-000650

¹³⁸ En France, le débat entre le statut de salarié du chirurgien et une responsabilité civile professionnelle du praticien semble avoir été réglé par un arrêt de la Cour de Cassation du 9 novembre 2004, confirmé ensuite par une décision de 2007. En effet, au visa des articles 1382 et 1384 alinéa 5, ce Haut tribunal civil a affirmé que le médecin salarié « qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui est impartie par l'établissement de santé privé, n'engage pas sa responsabilité à l'égard du patient ». Cour de Cassation, 1^{re} chambre civile, arrêt 01-17908 du 9 novembre 2004, Bulletin 2004, I, N° 262 p. 219 ; Cour de Cassation, 1^{re} chambre civile, arrêt 06-12624 06-13790 du 12 juillet 2007, Bulletin 2007, I, N° 270 ; VIALLA François, Subordination ou indépendance, Revue Droit & Santé, n°4, mars 2005, p.103

Les relations médicales dans le secteur privé étant en principe régies par un contrat, lorsque l'acte médical s'effectue en équipe, l'un des premiers éléments d'analyse pour le juge sera l'étendue des obligations contractuelles de chaque intervenant. Les obligations des parties (médecin-institution, médecin-patient) étant définies par le contrat, tout manquement à ces obligations peut être de nature à engager leur responsabilité.

Lorsqu'un acte s'effectue en équipe, le rôle de chaque intervenant est défini d'une manière plus ou moins précise et nous pouvons penser que l'imputation du dommage découle d'elle-même, mais la réalité est toute autre.

Par ailleurs, cette difficulté explique, en partie, l'implantation en droit civil, comme en droit administratif, d'une responsabilité institutionnelle qui cherche à garantir une indemnisation à la victime. En effet le juge a connu des situations où face à l'impossibilité d'imputer le fait dommageable à l'agissement d'un des intervenants, la victime était privée d'indemnisation¹³⁹.

La médecine en équipe peut donc donner lieu à une responsabilité pour le fait d'autrui¹⁴⁰ ou à une responsabilité *in solidum*, selon la relation existant entre les participants.

¹³⁹ Dans les faits, la requérante imputait les conséquences d'un abcès provoqué par des injections intramusculaires ayant été pratiquées par un des médecins.

La Cour de Cassation a considéré que le médecin, dont la responsabilité était recherchée, n'était intervenu qu'en remplacement du médecin traitant pour effectuer une seule piqure de cortisone, alors que la plaignante avait subi au moins trois piqures, dont l'une avait touché le nerf sciatique.

Le juge a estimé qu'étant donné les circonstances de l'affaire, il était pratiquement impossible de rattacher l'abcès dont a souffert la patiente à une erreur ou à une négligence du praticien ou à celle d'un autre praticien ou auxiliaire médical.

Cour de Cassation, 1^{ère} Chambre civile, 30 mai 1969, Dame X c/ Docteur Z, Bull. civ. I, n.202

¹⁴⁰ L'obligation de réparer un dommage causé par la faute ou la négligence d'un tiers, est exigible selon l'article 4347 du Code Civil colombien, non seulement pour les actions ou les inactions propres, mais aussi pour le fait des personnes dont on a la garde. C'est à partir de ce précepte que la doctrine et la jurisprudence ont développé la notion de responsabilité pour le fait d'autrui.

En effet, dans le cas le plus courant d'équipe médicale, la chirurgie, il est supposé qu'il existe une relation hiérarchique au sein du groupe dont le chirurgien est en principe considéré comme le *chef*¹⁴¹.

Dans ce sens, la jurisprudence civile a élaboré un régime de responsabilité applicable au *chef d'équipe* à partir d'une distinction entre deux situations de fait.

Premièrement, lorsque le consentement du patient a été recueilli par le chef d'équipe¹⁴² et que le patient n'a eu de relation qu'avec celui-ci, c'est le chef d'équipe qui est responsable des dommages causés au patient, même lorsque l'acte fautif ne lui est pas imputable, ayant été commis par un autre membre de son équipe¹⁴³. Le chef d'équipe est tenu d'une obligation de vigilance à l'égard de son équipe¹⁴⁴.

A ce propos la Cour de Cassation française, a par un arrêt du 13 mars 2001, précisé qu'« en vertu de l'indépendance professionnelle dont le

¹⁴¹ Lorsque plusieurs médecins et auxiliaires médicaux mettent en œuvre un traitement ou accomplissent ensemble un même acte médical sur un patient, formant ainsi une équipe médicale, le chef, -le plus souvent il s'agit d'un chirurgien- a une responsabilité particulière.

BERGOIGNAN-ESPER Claudine, SARGOS Pierre, *Les grands arrêts du droit de la santé*, Dalloz, 1^{ère} édition, 2010, p. 220

¹⁴² Une partie de la doctrine suggère que le patient qui a effectué une démarche en vue d'une hospitalisation ne contracte pas directement avec le médecin opérant, salarié de l'établissement. Le contrat médical est conclu en général avec la clinique employeur, les obligations réciproques ne concernent donc que deux parties, la clinique et le patient.

RIOT Cédric, *L'exercice " subordonné " de l'art médical*, Dalloz, 2006, Doctrine, Chr. p. 111 à 114

¹⁴³ Lorsqu'au travers d'un contrat particulier, le médecin s'engage à la réalisation d'un acte et que, s'agissant de certaines activités et soins, il délègue à un membre du personnel auxiliaire -par exemple, les infirmières-, le médecin sera responsable de la qualité de ces interventions, car il est considéré que c'est le médecin lui-même qui ne respecte pas le contrat sur le fondement d'un défaut de surveillance.

FERNANDEZ Mónica, *op. cit.*, p 255

¹⁴⁴ Code civil colombien, article 2347 : RESPONSABILITÉ DU FAIT PROPRE ET DU FAIT DES PERSONNES À SA CHARGE. Chacun est responsable, non seulement de ses propres actes, aux fins d'indemnisation, mais aussi de ceux des personnes à sa charge.

(...) Mais la responsabilité de ces personnes cesse, si avec l'autorité et l'attention que leur statut respectif leur confère, elles n'auraient pas pu empêcher le fait.

médecin bénéficie dans l'exercice de son art, il répond des fautes commises au préjudice des patients par les personnes qui l'assistent lors d'un acte médical d'intervention ou de soin, alors même que ces personnes seraient les préposés de l'établissement de santé où il exerce »¹⁴⁵, pourvu que soient remplies les conditions de choix et de subordination qui créent entre toutes personnes un lien de préposition¹⁴⁶.

Pour l'auteur colombien SERRANO ESCOBAR¹⁴⁷, il est très important d'établir si l'organisme de soins a été choisi par le patient¹⁴⁸. Car dans cette

¹⁴⁵ Cour de Cassation 1^{er} Chambre Civile, décision n° 99-16.093 du 13 mars 2001, Bull. 2001, I, n° 72, p. 46 ; Rapport annuel.2001, p. 430 ; RTD. civ., p 599, note P. JOURDAIN ; Dr.et patr. 2001, p. 93, note F. CHABAS ; Rapport annuelle 2007.

Cette affaire concerne un médecin exerçant son activité libérale de gynécologue-obstétricien dans une clinique qui mettait à la disposition des membres de son personnel le local et le matériel nécessaire aux examens gynécologiques, et en particulier une table d'opération à éléments mobiles dont le maniement était assuré par un membre du personnel de la clinique.

Lors d'une intervention sur une patiente, une partie de la table, mal manipulée par la panseuse préposée de la clinique, a écrasé un pied du médecin, qui a engagé une action en réparation de son préjudice contre la clinique, prise en sa qualité de civilement responsable.

La singularité de cette affaire est que le dommage a été subi par le médecin lui-même et non par sa patiente, mais il a permis à la Cour de cassation de donner un fondement déontologique (article R. 4127-5 du code de la santé publique) à la responsabilité du médecin du fait des personnes non médecins l'assistant lors d'un acte médical, c'est-à-dire l'indépendance professionnelle. L'arrêt énonce qu'un médecin répond des fautes commises au préjudice des patients par les personnes qui l'assistent lors d'un acte médical, alors même que ces personnes seraient les préposés de l'établissement de santé où il exerce. Cette personne ne devient pas le préposé du médecin, au sens de l'article 1384 du code civil, mais sa faute devient celle du praticien.

Toutefois, s'agissant du dommage subi non par le patient mais par le médecin lui-même du fait d'une faute d'un préposé de l'établissement de santé, le droit commun de la responsabilité des commettants du fait de leur préposé s'applique et, ainsi que le précise cet arrêt, le praticien peut rechercher la responsabilité de la clinique pour les fautes commises à son préjudice par un préposé de cette dernière. (Cour de Cassation, rapport annuel 2007).

V. : Trib. civ. Grenoble, 16 mars, 1956, M...c/ Dlle R., JCP G 1966, n° 9456, note R. SAVATIER ; Cas 1^{re} civ., 18 octobre 1960, Bull. civ. I, n° 442 ; RTD civ. 1961,p. 120, obs. A. TUNC

¹⁴⁶ SAVATIER R., AUBY J-M., PEQUIGNOT J., *Traité de droit médical, op. cit.* p. 322

La jurisprudence française reconnaît aujourd'hui que l'indépendance nécessaire à la profession de médecin ne fait pas obstacle au fait qu'un praticien puisse être salarié.

Seule la question du fondement contractuel ou délictuel de la responsabilité se posait encore. La doctrine a alors découvert deux types de préposés : le préposé «*exécutant, de condition indépendante*» et le préposé «*indépendant*» (Civ. 1^{re}, 18 oct. 1960).

Monsieur Sargos (*La responsabilité civile en matière d'exercice médical pluridisciplinaire*, Médecine & Droit, n° 17 mars avril 1996 p.16) remarque que l'arrêt du 18 octobre 1960 a posé « les bases d'une doctrine hardie instituant une certaine forme de responsabilité du fait d'autrui sans lien de subordination. [...] La nature du contrat médical [...] implique nécessairement, outre la responsabilité personnelle stricto sensu, les formes particulières de responsabilité du fait d'autrui même sans lien de subordination [...] ».

VIALLA François, *Les grandes décisions du droit médical, op.cit.* p. 578 et 579

¹⁴⁷ SERRANO ESCOBAR Luis Guillermo, *op. cit.*, p.162

éventualité, c'est l'institution qui sera contractuellement responsable vis-à-vis du patient. Alors que lorsque c'est l'organisme de soins qui a contracté avec le médecin qui, à son tour, a contracté avec le patient, les prestations de chacun doivent être différenciées. De la sorte, le médecin est responsable de ses propres actes et de ceux de son équipe, mais seulement si ladite équipe est sous ses ordres et étrangère à l'institution. Au contraire, si elle est constituée par du personnel propre à l'organisme et mis à la disposition du chirurgien, l'organisme de soins peut voir engager sa responsabilité en cas de dommage.

Néanmoins, la responsabilité du fait d'autrui n'écarte pas la responsabilité personnelle extra-contractuelle de l'auteur du dommage, lorsque celui-ci a pu être défini¹⁴⁹.

En revanche, si le patient a échangé son consentement avec plusieurs intervenants pour les actes médicaux le concernant, chacun des médecins peut voir engagée sa propre responsabilité personnelle. L'échange des consentements donnant naissance à plusieurs contrats médicaux sur des objets complémentaires -anesthésie, intervention chirurgicale-, la responsabilité de chacun des médecins peut être recherchée pour les obligations qui lui incombent¹⁵⁰.

Pour déterminer la responsabilité à l'intérieur de l'équipe il faut donc d'abord déterminer le lien existant entre les membres de l'équipe entre eux, et entre eux et le patient.

¹⁴⁸ Etant donné la structure du système de santé colombien, évoqué dans la première partie de ce travail, le patient n'a pas toujours le choix de l'établissement de soins devant le prendre en charge. Celui-ci est désigné par les EPS (Organismes de promotion de la santé).

¹⁴⁹ *Loc. cit.*, p.160

¹⁵⁰ *Ibidem*

Quant à la responsabilité du chef d'équipe, elle suppose un certain degré de subordination vis-à-vis des autres membres, cela suppose une obligation de contrôle et de surveillance. Toutefois, s'agissant de certains spécialistes, une autonomie peut être constatée. Cela impliquerait l'exclusion de certains actes de la surveillance du chef. De ce fait, il ne saurait être tenu comme responsable en cas de dommage ou, tout au moins, sa responsabilité serait amoindrie au profit de la responsabilité du spécialiste à l'origine du dommage.

En France, la jurisprudence civile penche progressivement vers une responsabilité *in solidum*. Ainsi, la qualification juridique découlant d'une prise en charge collective est contractuelle, que le patient soit pris en charge par un ou par plusieurs praticiens. Il se forme toujours un contrat, le plus souvent tacite. Le fait même que des médecins se constituent en équipe pour soigner le patient présuppose qu'ils donnent leur mandat à celui qui contracte avec le malade¹⁵¹.

Le juge colombien s'est prononcé en de rares occasions sur ce type de responsabilité. De la même manière que le juge français, le juge civil colombien penche pour la responsabilité *in solidum* de l'équipe, ou une partie de celle-ci. La Cour Suprême de justice colombienne a souligné le fait que dans l'équipe, chaque membre possède une mission de vigilance vis-à-vis du patient et de ce fait lorsque le dommage se produit, la responsabilité de tous les intervenants peut se voir engagée. Toutefois, la mission de contrôle et de vigilance du chef d'équipe et du « premier auxiliaire » va plus loin, elle s'étend aux autres membres de l'équipe, ce qui augmente leur degré de responsabilité¹⁵².

¹⁵¹ TGI de la Seine, 3 mars 1965, Consorts MASSIMI et autres c/ D... et autres, JCP G 1966, II, 14582, note R. SAVATIER ; RTD civ. 1963, p. 330 ; Cas. 1^{re} civile, arrêt n° 02-16.400 du 26 octobre 2004, JurisData n° 2004-025399 ; Cas. 1^{re} civile, arrêt n° 01-16.739 du 9 novembre 2004, Bulletin 2004, I, N° 261 p. 218 ; JurisData n° 2004-025556

¹⁵² Cour Suprême de Justice, Chambre de cassation civile, décision 6143 du 27 septembre 2002, Ligia RENDON MUÑOZ c/ Comunidad Hermanas Dominicanas de la Presentacion de la Santisima Virgen de Tour Providencia de

De la sorte, vis-à-vis de la victime, chaque praticien fautif serait, en principe¹⁵³, responsable de l'intégralité de l'indemnisation due, sans préjudice d'une éventuelle action récursoire à l'encontre du ou des autres médecins fautifs.

Une grande partie de la doctrine colombienne est d'accord pour considérer que le chef d'équipe, du fait de son rôle de direction et d'orientation, doit répondre des conséquences dommageables du comportement des autres membres de son équipe sur le fondement d'un défaut de surveillance. Il est considéré que c'est son comportement négligent qui est à l'origine du dommage, sauf preuve d'une cause d'exonération ou d'une cause particulière l'ayant empêché d'exercer son devoir de vigilance¹⁵⁴.

De la même manière, concernant l'information du patient, une question se pose : à l'intérieur de l'équipe médicale, à qui revient l'obligation d'information ? Si l'on s'attache à une notion de hiérarchie au sein de l'équipe médicale, situation courante s'agissant de la chirurgie, il est possible de conclure, en principe, qu'en tant que tel, le médecin-chef choisit lui-même les autres intervenants, sans que le patient en soit informé et sans qu'il ait donné son accord. C'est donc lui-même, interface avec le patient, qui, en quelque sorte, se constitue garant du personnel qu'il a choisi¹⁵⁵ et qui doit informer le patient et s'assurer que les autres intervenants le fassent.

Medellin, Magistrat chargé de l'affaire : Nicolas BECHARA SIMANCAS ; Cour Suprême, cassation civile, n° 14415 du 18 mai 2005, Clínica Nuestra Señora del Pilar Ltda. y Armando ARDILA CUÉLLAR c/ Florencio SÁENZ PEÑA y otros, Magistrat chargé de l'affaire : Jaime Alberto ARRUBLA PAUCAR

¹⁵³ En France, le décret n° 2006-1585 du 13 décembre 2006, modifiant le code de la santé, relatif au médecin collaborateur libéral et au collaborateur salarié, est venu créer une nouveauté en matière médicale. Désormais, un médecin peut être le salarié d'un autre médecin libéral. Par conséquent, au niveau de la responsabilité professionnelle, le médecin salarié dispose, en principe, d'une immunité civile, comme c'est le cas pour les autres médecins salariés. Ainsi, le médecin chef d'équipe employant des confrères sera responsable de leurs fautes.

¹⁵⁴ SERRANO ESCOBAR Luis Guillermo, *op. cit.*, p.159 et sq. ; FERNANDEZ Mónica, *op. cit.*, p 256

¹⁵⁵ V. : Cour de Cassation française, 1ère chambre civile, 18 octobre 1960, décision Welti c/ Murat, *loc. cit.*

Néanmoins, s'agissant d'actes successifs, chaque médecin doit assurer l'information de son patient et ce, même si l'acte est réalisé à la demande d'un autre médecin¹⁵⁶.

D'autre part, les médecins qui concourent aux soins sont tenus de s'informer mutuellement de l'état du patient ainsi que des éventuelles évolutions de la maladie et du traitement¹⁵⁷.

Cette notion d'équipe et la responsabilité qui en découle s'étend également aux actes de soins successifs qui ont été accomplis par différents médecins dans le même cas clinique. Il en est ainsi lorsque la prise en charge d'un seul et même patient a requis de multiples actes pouvant s'étaler dans le temps.

Une décision de la Cour Suprême de Justice colombienne illustre, dans les faits, cette idée de succession d'actes ayant tous contribué à la réalisation du dommage.

En l'espèce, un patient subit une chirurgie maxillo-faciale, cherchant à harmoniser son visage, et décède suite à une hémorragie. Après avoir été opéré et une fois réveillé, le malade a été conduit dans une chambre où une hémorragie est survenue. Les infirmières font appel au médecin de garde qui évacue le sang, lui administrant un coagulant, puisqu'au vu de son dossier médical, le patient présentait des risques hémorragiques, et puis le met sous *valium*. Le patient reste dans un état stationnaire.

¹⁵⁶ BERGOIGNAN-ESPER Claudine, SARGOS Pierre, *Les grands arrêts du droit de la santé*, op. cit. p. 48 ; Cour de Cassation française, 1^{ère} civ., arrêt n° 95-19.609 14 octobre 1997, op. cit.

¹⁵⁷ Le Code de français de la santé publique, dans son article R4127-64, stipule que « Lorsque plusieurs médecins collaborent à l'examen ou au traitement d'un malade, ils doivent se tenir mutuellement informés ; chacun des praticiens assume ses responsabilités personnelles et veille à l'information du malade. (...) »

Deux heures plus tard, le patient s'agite, l'hémorragie se déclare à nouveau, le sang se déplace à l'estomac provoquant de violents vomissements. Le médecin de garde ayant été requis par les infirmières mais occupé par un autre patient, donne l'ordre d'appeler le médecin traitant qui arrivera plus tard au chevet du malade, accompagné du médecin anesthésiste. Malgré leurs tentatives, le patient décèdera.

Plusieurs fautes seront retenues par le juge. Premièrement, malgré les examens préopératoires révélant déjà des risques hémorragiques, le chirurgien a négligé de prendre en compte le dossier médical du patient et de faire appel à un hématologue, ce qui aurait évité ou diminué les risques et les complications pré- et post-opératoires. De plus, il lui est rapproché de ne pas avoir surveillé son patient après l'opération. Pour le juge, la réussite de l'intervention n'exonère pas le chirurgien de son devoir de vigilance, celui-ci s'étend à l'étape post-opératoire¹⁵⁸.

Le médecin de garde, pour sa part s'est raisonnablement rapporté au dossier médical du patient et de ce fait lui a prescrit un coagulant. Cependant, en prescrivant du *valium* à un patient présentant des signes hémorragiques, le médecin lui a ôté toute possibilité d'expulser naturellement le sang qui arrivait dans l'estomac, puis dans les poumons. Le malade décèdera suite à une asphyxie. Pour le juge, en agissant de la sorte, le médecin a commis une faute, il a considéré que le médecin aurait dû savoir qu'une telle médication était inappropriée. En décidant ainsi, il a été à l'encontre du savoir-faire qui lui est propre. Les juges lui reprocheront également d'avoir négligé l'appel des infirmières, étant donné l'état du patient.

¹⁵⁸ Dans ce même sens, la Cour de cassation française a précisé que la surveillance post-opératoire concerne le médecin anesthésiste pour ce qui est de sa spécialité. Cependant le chirurgien n'est pas moins tenu, à cet égard, à une obligation de prudence et de surveillance.

BERGOIGNAN-ESPER Claudine, SARGOS Pierre, *Les grands arrêts du droit de la santé*, op. cit. p. 217 ; Cour de Cassation française, 1^{ère} chambre civile, 18 octobre 1960, décision *Walti c/ Murat*, loc. cit.

Quant aux infirmières, le juge a estimé que celles-ci ont manqué à leur devoir de vigilance et d'attention en laissant sans surveillance le patient, sous prétexte que celui-ci avait été stabilisé et qu'il dormait.

Pour le juge, ce sont les fautes réunies de tous les participants qui ont conduit à la regrettable issue de cette affaire. Chaque acte ayant participé, de manière successive, au dommage, force est pour le juge, de constater que l'intervention diligente d'un de ses intervenants aurait pu changer l'issue des faits. De ce fait, ils sont solidairement responsables des dommages.

Un courant plus récent de la doctrine et de la jurisprudence conçoit la responsabilité de l'équipe médicale par référence au statut du professionnel de santé. En effet le statut du médecin vis-à-vis de l'organisme de soins nous amène nécessairement à nous interroger sur le type de relation juridique qui le lie à son patient.

Comme nous l'avons déjà signalé, lorsque le patient consulte un médecin salarié dans un établissement de soins privé, il conclut, en principe, un contrat de soins. Néanmoins, il est possible de supposer que le médecin conclut ce contrat au nom de son employeur et que c'est donc l'établissement, et non le médecin, qui serait contractuellement responsable à l'égard du patient, le médecin n'étant responsable qu'en cas d'excès dans ses fonctions ou de faute grave.

Toutefois, la Cour Suprême de justice colombienne a souligné que la responsabilité du médecin salarié, qui prend en charge un patient, soit par la volonté même du patient, soit par désignation, n'était pas de type contractuel. Néanmoins, pour des raisons d'équité et en vue d'une meilleure protection de la victime, la responsabilité du médecin salarié peut se voir assimilée à une responsabilité contractuelle.

Évoquant les mots du professeur TAMAYO JARAMILLO, elle souligne que « (...) le créancier contractuel a une action nécessairement contractuelle contre le sous-traitant avec qui le débiteur contractuel initial avait conclu l'exécution du contrat. Il est considéré que, étant donné que la prestation est la même dans les deux contrats, le créancier initial peut parfaitement requérir la responsabilité contractuelle de n'importe lequel des deux débiteurs »¹⁵⁹.

De la sorte, le médecin, en raison du contrat qui le lie à son employeur, serait investi d'une responsabilité accessoire, car de par ce contrat, il s'engage à effectuer auprès du débiteur principal (l'organisme de soins) la prestation qui lie l'établissement de santé au patient. Il se crée, entre le médecin et l'établissement de soins, une solidarité tacite.

Pour la Cour, c'est l'unité dans l'objet de la prestation et la relation entre les deux codébiteurs eux-mêmes, et entre ceux-ci et le patient, qui, associées au dommage, créent la solidarité, ceci en application de l'article article 2344 du Code civil colombien.

Le titre d'imputation serait alors le contrat passé entre la clinique et le patient. La responsabilité solidaire se produit par l'unité dans l'objet de la prestation entre le contrat médecin-clinique et celui patient-clinique. Le praticien se substitue à la clinique dans le contrat qui la lie au patient. De la sorte, la faute du médecin est la faute de la clinique. Il s'agit d'une même prestation qui lèse un même intérêt et qui produit un même dommage.

Le juge administratif semble pour sa part s'être rangé du côté de l'immunité civile des soignants, en imposant la charge de l'indemnisation aux organismes de soins et en limitant la responsabilité personnelle des

¹⁵⁹ Cour Suprême de Justice, Chambre de cassation civile, décision n°6430 du 11 septembre 2002 Jorge Enrique PARRA RODRIGUEZ c/ OFTALMOS S.A. y Alejandro ARCINIEGAS CASTILLA., Magistrat chargé de l'affaire : José Fernando RAMÍREZ GÓMEZ

soignants aux seuls cas de faute grave ou d'excès dans les limites de sa mission.

Tel ne sera pas le cas s'agissant du médecin libéral qui exerce dans un établissement de soins public ou privé. Dans ce cas de figure, le praticien sera responsable de ses actes.

Néanmoins, l'établissement de soins qui « héberge » le médecin a également des responsabilités à l'égard de ses patients. Il s'engage, entre autres, à garantir le bon fonctionnement des équipements et des locaux, la qualité des soins. Il a également une obligation de vigilance vis-à-vis du personnel paramédical et médical salarié, entre autres.

Malgré une évolution vers une responsabilité *in solidum*, le juge judiciaire, qu'il soit français ou colombien, semble ne pas avoir consolidé de position sur la question. L'analyse va se faire le plus souvent au cas par cas et en fonction du rôle de chaque intervenant, de la portée de leurs fautes et la possibilité d'individualisation de leur responsabilité.

TITRE II. La réparation du préjudice dans le cadre de la responsabilité hospitalière et médicale

Dans le chapitre précédent, nous avons étudié la responsabilité qui incombe aux organismes prestataires et à leurs agents, la portée de leur responsabilité vis-à-vis de la victime, et la charge indemnitaire.

Pour que l'équation de la responsabilité soit complète, nous devons étudier la réparation du préjudice, à savoir, d'un côté les critères qui permettront au juge de transformer un préjudice en un préjudice réparable, et d'un autre côté, les voies -contentieuses et non contentieuses- qui permettront d'aboutir à l'indemnisation.

C'est ainsi que par la suite nous nous intéresserons aux différents critères d'appréciation de la responsabilité utilisés par les juges, français et colombien (*Chapitre 1*). Dans un premier temps, nous étudierons la faute et ses critères d'appréciation (*Section 1*) pour nous intéresser, dans un deuxième temps, au dommage et ses critères d'appréciation (*Section 2*).

Après nous être interrogé sur les différents critères utilisés pour aboutir à une déclaration de responsabilité, il est nécessaire d'étudier les différents dispositifs de réclamation et d'indemnisation prévus dans les deux systèmes juridiques qui nous occupent, à savoir le colombien et le français (*Chapitre 2*). Nous verrons qu'il existe un dispositif de réclamation par voie contentieuse commun aux systèmes juridiques français et colombien (*Section 1*) et que la France dispose d'un régime de financement et d'indemnisation propre aux dommages médicaux et risque médical par la solidarité nationale (*Section 2*).

Chapitre 1. Les principaux critères d'évaluation subjectifs et objectifs utilisés par le juge en matière de responsabilité

Traditionnellement, en matière de responsabilité extra-contractuelle, l'attention du juge va se porter sur l'élément faute. Cette faute suppose une charge probatoire qui, en fonction de la nature des faits, sera supportée par le requérant ou le défendeur (*Section 1*).

Néanmoins, des critères plus objectifs d'évaluation de la responsabilité, qui ont comme axe central non pas la faute mais le dommage, sont utilisés également par le juge. Ainsi, dans certains cas, c'est l'élément dommage qui va être analysé. La nature du dommage subi par la victime sera, dans certains cas, déterminante pour le juge lors de l'étude de la responsabilité et, en particulier, lors de l'attribution de l'indemnisation (*Section 2*).

Section 1. La faute : critères d'appréciation

Le dommage peut résulter, de manière générale, d'une mauvaise organisation ou d'un fonctionnement défectueux du service, qui est détaché de l'action particulière de l'agent. Donc, on peut dire que le service à mal fonctionné.

Il se peut également que ce dommage soit imputable à l'action d'un ou de plusieurs agents clairement déterminés et identifiables, c'est ce qu'on appelle des « *fautes signées*¹⁶⁰ ». Si la faute ne se détache pas du service, on sera en face d'une faute de service, par opposition à la faute personnelle, cette dernière relevant de la responsabilité civile.

Il existe, deux grandes sources de responsabilité de l'administration dont la frontière est fragile et pas toujours aisée à établir, d'un côté, le

¹⁶⁰ DARCY Gilles, La responsabilité de l'administration, *op.cit.* p.69

fonctionnement défectueux du service, dans notre cas précis, celui des soins et assistance hospitalière, et d'un autre côté, la faute de service de l'agent, médecin, personnel soignant, etc.

La faute de service a toujours été le fondement principal de la responsabilité de l'Administration dans la jurisprudence du Conseil d'État colombien. Il en va de même pour le Conseil d'État français¹⁶¹.

En règle générale, celui qui demande réparation a la charge de la preuve des faits qu'il avance. Néanmoins, en matière médicale, cette règle s'avère particulièrement difficile pour la victime, qui, entre autres, ne possède pas de connaissances en matière médicale.

C'est dans cette logique que durant les dernières décennies, les juges adopteront des critères qui vont déplacer le fardeau de la preuve¹⁶² de la faute vers le défendeur - au profit de la victime-. Tel est le fondement des critères tel que celui de la faute présumée ou de la faute virtuelle, ce dernier fondée sur le principe *res ipsa loquitur* ou « les choses parlent d'elles-mêmes », permettant de déduire l'existence de la faute¹⁶³.

¹⁶¹ Dans la notion de faute de service introduite par le droit français, le juge administratif ignore volontairement l'agent auteur de l'acte, considérant ainsi que c'est le service public même qui a commis la faute dont la victime réclame réparation. Cette protection des agents se justifie par la volonté étatique d'éviter qu'une mise en cause systématique de leur responsabilité aboutisse à paralyser leur action et cela pour un motif d'intérêt général. Cette idée de protection des agents de l'administration à travers l'utilisation de la notion de faute de service trouve sa raison d'être dans le fait que la responsabilité sous-entend une certaine liberté. Toutefois, l'agent se trouve dans une relation statutaire appelée « légale ou réglementaire ». Il se trouve soumis à un lien de subordination étroit. Et même si le droit de l'administration lui reconnaît certains droits, il est soumis à des obligations très importantes du fait même de sa mission de service public. Ainsi, une telle perte d'autonomie de l'agent public a comme conséquence un assouplissement de sa responsabilité. De la sorte, la notion de faute de service joue un rôle d'écran pour le fonctionnaire. BERMUDEZ M., *La prueba de la responsabilidad estatal derivada de la prestación de servicios médicos*, revista de derecho procesal, N° 21-22, 199, p.164

¹⁶² L'article 177 du Code de procédure civile établit : « CHARGE DE LA PREUVE. Il incombe aux parties de prouver l'hypothèse de fait des normes qui consacrent l'effet juridique qu'elles poursuivent. Les faits notoires et les affirmations ou les négations indéfinies ne requièrent pas de preuve ».

¹⁶³ Certains auteurs assimilent la faute virtuelle et la faute présumée, nous ne partageons pas cet avis. Nous adhérons à la distinction faite par le Conseil d'État colombien concernant les deux types de faute, ainsi il considère que : « (...) la règle « *res ipsa loquitur* » (faute virtuelle ou *prima facie*) ne fonctionne pas comme une présomption (...), car il ne s'agit pas d'une inversion de la charge de la preuve. Ce système opère chaque fois que l'éloquence des faits décharge le juge du fardeau d'analyser le parcours de causalité et la faute de service

1.1 La faute présumée du service

Dans une décision du 24 octobre 1990,¹⁶⁴ le Conseil d'État colombien prend le chemin de l'implantation de la théorie de *la faute présumée du service médical de l'État*. Cette décision introduit le principe de présomption de la faute dans les services médicaux. Dans des décisions postérieures, ledit principe sera adopté - puis abandonné et puis réintégré¹⁶⁵ - par le Conseil d'État, même s'il est l'objet d'innombrables questionnements car celui-ci trouve son appui dans des normes et des critères propres au droit civil.

En outre, il a été affirmé que la faute était un élément axiologique ou essentiel à la responsabilité extra-contractuelle et que, en conséquence, les différences conceptuelles entre la doctrine et la jurisprudence étaient liées à sa preuve et à la personne qui avait la charge probatoire mais en aucun cas à son exigibilité.

Par la même occasion, le Conseil d'État met en question les critères traditionnels qui jusque-là avaient été appliqués en matière de responsabilité. Ainsi, l'inversion du fardeau de la preuve se présente comme un besoin puisque l'on commence à considérer que ce n'est pas à la victime de démontrer le manque de diligence et de bienveillance des agents publics mais au contraire, que c'est à ceux-ci de démontrer qu'ils ont agi en toute diligence car il apparaît plus facile pour l'impliqué d'apporter ladite preuve grâce à ses connaissances et à sa proximité des faits.

étant donné la connotation du dommage anti-juridique ». Conseil d'État, Section III, décision n°18364 du 9 août 2009, *op. cit.*

Voir aussi : PANNEAU J, *La responsabilité du médecin*, Dalloz, Paris, 2044, p.81

¹⁶⁴ Conseil d'État colombien, décision 5902 du 24 octobre 1990, *op. cit.*

¹⁶⁵ Cf. p. 204

Cette décision questionne également les concepts de la doctrine et de la jurisprudence qui faisaient une interprétation « *erronée*¹⁶⁶ » de l'article 2356 du Code Civil¹⁶⁷ en déduisant une présomption de culpabilité dans l'exercice des activités dangereuses, car ledit article avait lui-même un fondement erroné étant donné qu'il affirmait que l'élément « *faute* » exigé par l'article 2341¹⁶⁸, *ibidem*, devait être prouvé par la victime. De plus « Dans les éventualités prévues par l'article 2356, *ibidem*, comme dans les cas de responsabilité générale établis par l'article 2341, *ibidem*, il incombe à celui qui exécute l'action de prouver son agissement diligent et attentif ».

« (...) Toutes les normes précitées en partant de l'article 2341, gardent une admirable cohérence sans qu'on puisse penser qu'elles énoncent une présomption de faute exonérant ainsi la victime du fardeau de la preuve tandis que la norme générale -article 2341- impose à celui-ci une charge ».

Pareillement, le Conseil d'État colombien explique qu'étant donné que la faute est démontrable seulement par sa manifestation externe, c'est-à-dire que celle-ci est présumée à partir de l'acte à l'origine du dommage, il appartient à son auteur de démontrer que même en ayant agi avec la diligence et la prudence nécessaires pour éviter le dommage, celui-ci est la conséquence de causes étrangères.

Le Magistrat M. Gustavo de GREIFF RESTREPO chargé de l'affaire considère que la polémique pouvait être résolue en appliquant les principes exposés par les juristes URIBE HOLGUIN et HINESTROSA :

¹⁶⁶ Formule employée par le Conseil d'État colombien

¹⁶⁷ Code Civil, article 2356 : « Responsabilité pour malveillance ou négligence : En règle générale, tout dommage qui peut être imputé à la malveillance ou à la négligence d'une tierce personne, doit être réparé par celle-ci... »

¹⁶⁸ Code Civil, article 2341 : « Responsabilité extra-contractuelle : Celui qui a commis un délit ou une faute provoquant ainsi un dommage à autrui, est obligé d'indemniser, sans préjudice de la peine principale imposée par la loi pour le délit commis ».

a) Le fait à l'origine du dommage doit être un *fait humain* ou bien il doit être dérivé d'un fait produit par l'homme.

b) Le dommage doit être *anti-juridique* ou illicite, c'est-à-dire, contraire à la loi.

c) La faute est un élément axiologique de la responsabilité- bien qu'elle puisse être présumée.

d) Ces critères seront tous applicables à la responsabilité de l'État. Pour le Conseil d'État, « Dans certain cas, cette faute de l'administration est présumée (...) grâce au devoir premier de l'État de garantir les services publics pour la collectivité. De ce fait, il suffira à la victime de démontrer la faute et le dommage (...)»

e) Il est nécessaire de préciser que du point de vue probatoire, la différence entre la responsabilité pour faute de service et la responsabilité présumée tient au fait que dans la première, la victime doit démontrer l'existence d'un service qui devait être garanti et qui ne l'a pas été ou qui l'a été défectueusement, produisant ainsi un dommage ; dans le deuxième cas, la preuve du dommage causé avec un instrument appartenant au service ou sous le contrôle de celui-ci suffit.

f) L'article 1604¹⁶⁹ du Code Civil doit être appliqué dans le cadre de la responsabilité contractuelle ainsi que dans celui de la responsabilité extra-contractuelle. Les circonstances atténuantes (...) seront à la charge du défendeur.

g) En fonction de la nature des obligations convenues, le débiteur peut être exonéré de la preuve de la diligence et de la bienveillance ou bien, il lui appartiendra, en plus, de démontrer le cas fortuit ou la force majeure.

¹⁶⁹ Code Civil Colombien, Article 1604, *op. cit*

Ainsi, si le débiteur doit atteindre une fin précise, il ne lui suffira pas d'être diligent et judicieux.

Ainsi, en matière de responsabilité hospitalière et médicale, lorsque les circonstances spéciales déterminées par le haut contenu scientifique et technique qui entoure certains actes médicaux, sont un frein à la démonstration du dommage pour la victime, le juge colombien –civil et administratif– allège le fardeau de la preuve par le biais d'une présomption de faute.

Le Conseil de l'État colombien souligne : « En considération du degré de difficulté qui représente pour la victime la preuve de la relation de causalité entre l'action de l'agent et le dommage, non seulement par la complexité des connaissances scientifiques et technologiques qu'elles nécessitent mais aussi par le manque de preuves matérielles et de documents qui prouvent cette relation causale, « le juge peut se satisfaire de la probabilité de son existence », c'est-à-dire que la relation de causalité est prouvée « quand les éléments de jugement fournis conduiront « à un degré suffisant de probabilité »¹⁷⁰.

Dans une décision postérieure, ce Haut tribunal ajoute : « La présomption de la causalité ne peut jamais exister. L'accepter impliquerait encourir une contradiction évidente, dans la mesure où cela supposerait l'application, s'agissant de la responsabilité par la prestation des services médicaux, d'un régime plus lourd pour le défendeur que celui de la responsabilité objective, puisque même si dans celui-ci il la faute de service ne constitue pas un élément structurel de l'obligation d'indemniser, le lien

¹⁷⁰ Conseil d'État colombien, Section III, décision n° 11169 du 3 de mai 1999, Magistrat chargé de l'affaire : Ricardo HOYOS DUQUE, Bogotá D.C ; Conseil d'État colombien, Section III, décision n° 14078 du 23 octobre 2003, Bogotá D.C

causal est toujours présent et la charge de sa démonstration incombe dans tous les cas au demandeur »¹⁷¹.

En France, l'article L.1142-1 du code de la santé publique pose le principe d'un régime de responsabilité par faute en matière d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins, il ne précise pas si cette faute doit être prouvée ou si elle peut être présumée.

Néanmoins, il ressort de la jurisprudence du Conseil d'État français qu'il peut y avoir une présomption de faute lorsqu'un défaut d'information du patient a été constaté¹⁷². Ce fondement permet une indemnisation plus large des patients pour qui rapporter la preuve d'une faute médicale reste très difficile. L'obligation d'information sert alors de fondement à l'indemnisation.

Également, quand les conséquences dommageables d'un acte de soins sont disproportionnées par rapport au caractère courant et bénin de celui-ci¹⁷³, il procède d'une présomption de faute.

S'agissant d'un dommage inexplicable, la faute est aussi présumée. On présume alors qu'il a existé un fonctionnement défectueux du service public¹⁷⁴.

¹⁷¹ Conseil d'État colombien, Section III, décision n° 14696 du 1^{er} août 2004, Magistrat chargé de l'affaire : Alíer Eduardo HERNANDEZ ENRIQUEZ, Bogotá D.C.

¹⁷² Conseil d'État français 5^{ème} et 7^{ème} SSR, arrêt n° 184009 du 27 février 2002, Assistance Publique de Marseille ; Fonds d'Indemnisation des Transfusés et Hémophiles, JurisData n° 2002-063658

¹⁷³ Conseil d'État français, 5^{ème} et 3^{ème} SSR, arrêt n° 51467 du 16 octobre 1987, Centre Hospitalier de Roanne, Commissaire du gouvernement M. STIRN, [en ligne]. Disponible sur :

[http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CÉTATEXT000007742110&fastReqId=1004478920&fastPos=1](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CÉTATEXT000007742110&fastReqId=1004478920&fastPos=1;);

V. : Conseil d'État français, décision n° 314759 du 21 octobre 2009, Commissaire du gouvernement M. THIELLAY, JurisData n° 2009-011682 ; CAA de Lyon, décision n° 09LY01798 du 18 mai 2010, Hospices Civils de Lyon, commissaire du gouvernement Mme MARGINEAN-FAURE, [en ligne]. Disponible sur :

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CÉTATEXT000022328587&fastReqId=284724586&fastPos=1>;

1.2. La faute virtuelle ou le principe *res ipsa loquitur*

Lorsque le traitement et l'intervention provoquent un résultat dommageable qui n'était pas inhérent à ce traitement ou à cette intervention, le seul constat de ce résultat dommageable suffit à établir la faute du praticien, sans que la démonstration de cette faute par la victime ne soit nécessaire. Nous sommes alors face à ce que la doctrine et la jurisprudence appellent la « faute virtuelle ¹⁷⁵ ».

Cette notion de faute virtuelle, utilisée par la jurisprudence, française et colombienne, en matière de responsabilité médicale, entraîne une obligation plus exigeante que la typique obligation de moyens, se rapprochant ostensiblement de celle de résultat. De ce fait, à partir de la preuve du dommage nous pouvons constater la *faute* -car elle y est incluse-. Il se produit par le même biais une objectivisation de la responsabilité.

Le Conseil d'État colombien, par une décision du 19 août 2009¹⁷⁶, s'est prononcé sur une affaire concernant une erreur de diagnostic.

Dans les faits, le médecin obstétricien, faisant preuve d'un manque total de diligence et de bienveillance, s'était limité à une simple auscultation pour donner un diagnostic -sans avoir prescrit l'examen nécessaire pour le confirmer- de « grossesse arrivée à terme avec fœtus en *présentation*

¹⁷⁴ Conseil d'État français décision n° 7238 du 9 juillet 1969, époux PECH, rapporteur M.QUERRIEN, revue trimestrielle de droit sanitaire, 1970 p. 81 ; Conseil d'État français, décision n° 67255 du 1 mars 1989, époux PEYRES, JCP G n° 24, 14 Juin 1989, 101645

¹⁷⁵ « (...) Elle cherche à déduire la relation de causalité et/ou la faute du service public médico-hospitalier à partir de la constatation d'un dommage et de l'application de règles issues de la pratique selon lesquelles on peut conclure qu'il existe un lien de causalité entre le fait dommageable et la prestation médicale, vis-à-vis de règles de la pratique scientifique, objective et statistique, lorsque le dommage, par son anormalité ou son exceptionnalité, peut être expliqué seulement par le comportement négligent du médecin (...) ». Conseil d'État colombien, section III, décision 15003 du 13 mai 2009, Magistrat chargé de l'affaire : Ruth Stella CORREA PALACIOS. Bogotá D.C.

¹⁷⁶ Conseil d'État, Section III, décision 18364 du 9 août 2009, *op. cit.*

*transverse*¹⁷⁷ », et avait procédé par la suite à une césarienne, entraînant de ce fait le décès de trois fœtus de 24 à 25 semaines, puisqu'en réalité il s'agissait d'une « *grossesse multiple* » non constatée.

Dans cette affaire le Conseil d'État colombien fait application de la théorie de la « *faute virtuelle* »¹⁷⁸. Le Conseil estime que: « Nous ne devons pas oublier qu'au-delà de l'existence ou non de la faute présumée du service, (...) en relation avec la responsabilité de l'administration sanitaire, il est possible que les juges fassent appel -suivant les particularités de chaque cas-, à certaines figures en vue d'alléger le fardeau de la preuve lors de l'imputation des faits. En conséquence, on admet la possibilité d'employer le système d'atténuation probatoire « *res ipsa loquitur* » -les faits parlent d'eux-mêmes- ou « *faute virtuelle* », dans les éventualités où le dommage subi est d'une telle proportion et se déduit des circonstances si particulières que le chemin probatoire se réduit et la faute est considérée comme prouvée. De plus, il se crée un indice de faute s'il a été démontré que la grossesse se développe dans des conditions normales et que le dommage se produit au moment de l'accouchement¹⁷⁹.

(...) Dans cette perspective, dans le cas analysé, il s'est présenté un fait *res ipsa loquitur*, attendu que les médecins se sont abstenus d'éliminer tout autre type de diagnostic en se limitant à vérifier superficiellement la

¹⁷⁷ La présentation transverse, ou par l'épaule : « (...) Le fœtus est placé en travers ou en oblique dans l'utérus (...) », Encyclopédie médicale LAROUSSE.FR [en ligne]. Disponible sur : http://www.larousse.fr/encyclopedia/medical/pr%C3%A9sentation_f%C5%93tale/15515

¹⁷⁸ DÍAZ REGAÑÓN - GARCÍA – ALCALÁ, Calixto, *Responsabilidad objetiva y nexo causal en el ámbito sanitario*, Ed. Comares, Granada, 2006, p. 122, 128. : « Au moment de développer la signification de cette théorie, certains auteurs ont exposé de façon claire que la « disproportion du dommage » ne réside pas en la survenance d'un dommage très grave, significatif ou catastrophique, mais qu'il est nécessaire qu'il produise un résultat anormal conformément à ce qui est usuel... L'utilisation de la *praesumptio hominis* sous le masque de l'une de ces figures [l'auteur fait référence à la faute virtuelle, à la preuve *prima facie* entre autres] –la doctrine du « dommage démesuré » y compris-, servira à ce que le juge, dans beaucoup de cas, soit convaincu en même-temps de l'existence de la faute et du lien de causalité (...) ».

¹⁷⁹ ÁLVAREZ SANCHEZ de MOVELLAN, Pedro, *La prueba por presunciones. Particular referencia a su aplicación judicial en supuestos de responsabilidad extracontractual*, Ed. Comares, Madrid, 2007, p. 80.

symptomatologie de la patiente, sans même se demander quand ses dernières règles avait eu lieu, et si effectivement celle-ci avait réalisé des échographies et des monitorings fœtaux. Par conséquent, le dommage, considéré en lui-même, comporte une exceptionnalité et une anormalité qui permettent de considérer comme configuré un supposé rapprochement probatoire dans l'imputation de celui-ci (le dommage), d'autant qu'il n'existe pas d'autre façon d'expliquer la production du préjudice si ce n'est la conduite de l'institution concernée, qui de manière précipitée, a ordonné une césarienne considérant qu'il s'agissait d'une grossesse à terme. La seule circonstance d'avoir effectué une césarienne avec la pleine conviction qu'il s'agissait de la présence d'un *fœtus transverse* arrivé à terme, pour réaliser ensuite que la patiente attendait des triplés ayant approximativement entre 24 et 25 semaines de gestation, reflète la dimension du dommage anti-juridique provoqué. Cela nous permet d'affirmer qu'il s'agit d'un cas de figure dans lequel *les choses parlent d'elles-mêmes*, étant donné qu'il est évident qu'il y a eu une faute flagrante dans l'étape d'attention, d'évaluation et de diagnostic de la grossesse.

(...) En conséquence, la règle res « ipsa loquitur » (faute virtuelle ou prima facie) ne fonctionne pas comme une présomption (...), car il ne s'agit pas d'une inversion de la charge de la preuve. Ce système opère chaque fois que l'éloquence des faits décharge le juge du fardeau d'analyser le parcours de causalité et la faute de service, étant donné la connotation du dommage anti-juridique ».

Après la lecture et l'analyse de cette décision, restent plusieurs questions sur le bien-fondé de l'application de cette théorie au cas présent. Certes, le dommage était d'une exceptionnelle gravité, de plus, il n'y a aucun doute sur la négligence du médecin. Cependant, la doctrine de la faute virtuelle n'est-elle pas conçue pour remédier à des situations où il se produit un résultat anormal, par rapport au résultat attendu habituellement pour la même catégorie d'actes ?

Il est alors possible que le Conseil d'État ait fait une mauvaise application de la doctrine « *res ipsa loquitur* ». En effet, pour les défenseurs de cette théorie, la disproportion du dommage ne réside pas en la survenance d'un dommage très grave ou significatif, mais il est nécessaire qu'il engendre un résultat anormal conformément à ce qui est usuel.

Le Conseil d'État semble, dans cette décision, s'être écarté du critère de normalité propre à la faute virtuelle. Dans l'affaire en question, il s'est présenté, à notre avis, une faute « *classique* », car le fait d'avoir omis les examens qui auraient permis de déceler une grossesse multiple n'ont pas été réalisés, mais sommes-nous face un déroulement inhabituel de l'acte médical ?

Il semblerait que l'anormalité dont il est question ici est celle qui se déduit de l'acte lui-même. De ce fait, seul un trouble lié directement à l'accouchement aurait peut-être été considéré comme tel, un faux diagnostic, conduisant à une mauvaise intervention médicale, ne peut, à notre avis, être considéré comme inhérent à l'acte principal –donc l'accouchement–.

La difficulté de cette théorie réside dans la notion même d'anormalité. Qu'est-ce qui fait qu'un résultat soit anormal par rapport aux normes usuelles ; la gravité du dommage est-elle détachable de la notion d'anormalité. À notre avis, les réponses à ces questions ne sont pas toujours aisées. Cependant, si l'intention du Conseil d'État, face à la gravité des faits, était d'alléger le fardeau probatoire de la victime, il aurait été plus adéquat de faire valoir une présomption de faute.

Enfin, cette décision montre probablement l'attachement du Conseil d'État colombien à l'idée d'une obligation médicale plus exigeante, dans certains domaines médicaux. Néanmoins, force est de constater que ce Haut Tribunal cherche à abandonner la notion d'« obligation de résultat » utilisée dans sa jurisprudence durant des décennies, et qu'il emprunte des chemins

parallèles. Faute virtuelle, présomption de faute, nous pouvons changer la dénomination. Toujours est-il qu'elle traduit une exigence renforcée de l'obligation du médecin.

En ce qui concerne la position de la Cour Suprême dans le domaine de l'obstétrique, celle-ci reste fidèle au principe général de responsabilité pour faute utilisé dans la jurisprudence de ce Haut Tribunal civil en matière médicale.

Néanmoins, il est très intéressant de signaler que cette jurisprudence estime que le corps médical est responsable de la *faute très légère*. Ainsi dans une décision du 26 avril 2007¹⁸⁰, s'agissant d'une faute liée à un dommage consécutif à un diagnostic incomplet provoquant l'impossibilité de connaître l'état de *bien-être fœtal*¹⁸¹ et retardant ainsi de plusieurs heures l'accouchement, et provoquant par la suite le décès de celui qui devait naître, cette Cour, en reprenant les dires du Tribunal d'instance, estime que : « (...) c'est dans l'exercice de l'activité médicale que les facteurs qui s'attachent à la diligence et à la bienveillance propres de ce travail d'application de moyens, trouvent leur plus haute sensibilité, étant donné que dans ce domaine, il n'existe pas d'erreurs pouvant être qualifiées comme « mineures » ou de « petit montant ». Toute imprudence ou relâchement des protocoles cliniques, (...) peut être potentiellement dangereux pour le patient (...). C'est pour cette raison que la Chambre conclut que dans le cadre de la prestation des services médicaux, les EPS¹⁸² sont responsables de la faute même très légère, définie par l'article 63 du Code civil comme « la carence de cette

¹⁸⁰ Cour Suprême de Justice colombienne, Chambre de cassation sociale. Décision du 26 avril 2007. Magistrat chargé de l'affaire : Luis Javier OSORIO LOPEZ, Bogotá D.C

¹⁸¹ Bien-être fœtal : cette notion relativement récente est utilisée pour la surveillance fœtale dans le cas de grossesse pathologique ou dans les grossesses à haut risque. Le bien-être fœtal est apprécié par un certain nombre d'explorations. Le but de l'évaluation est de diminuer la morbidité néonatale et la mortalité néonatale, [en ligne]. Disponible sur : http://www.encyclopedia-enligne.com/b/bi/bien-etre_f_tal.html

¹⁸² Cf. p. 44

diligence soignée qu'utilise un homme judicieux pour administrer ses affaires les plus importantes ».

(...) Quant à la preuve de la faute, (...) en matière de responsabilité médicale, il doit y avoir un équilibre pour les deux parties, nonobstant le principe général du droit processuel et du droit de la preuve selon lequel les parties doivent prouver les faits (...) dans ce type d'activité où l'aptitude à exercer est présumée, le prestataire doit élucider tous les doutes portant sur son agissement, apportant tous les éléments nécessaires afin de déterminer que les résultats, particulièrement complexes et délicats, sortaient du champ de ses fonctions et de sa diligence technique et académique. D'autant qu'il est spécialement difficile de mettre tout le fardeau de la preuve sur le requérant, lorsque, normalement, celui-ci ou son mandataire, n'a pas la formation professionnelle qui lui permettrait de démontrer la négligence du personnel (...) »

Dans la lecture de cette décision, deux choses nous interpellent tout particulièrement. Premièrement, la sujétion des actes d'obstétrique à une « *faute très légère* » et deuxièmement, cette présomption de la « *compétence* » -entendu comme le savoir-faire- qui peut paraître évidente mais qui à notre avis -d'un point de vue juridique- comprend des effets importants.

Suivant l'analyse de ce Haut tribunal civil, le praticien serait tenu comme responsable chaque fois que son comportement se traduit par l'omission du soin le plus exact, tel que l'aurait eu le père de famille le plus diligent.

Cela signifie que dans le cas précis, le comportement attendu n'est pas celui d'un bon père de famille avec un degré de diligence *normal* -comme c'est généralement le cas en matière de responsabilité-, mais celui d'un père de famille le *plus diligent, soigné et judicieux*.

Parallèlement, lorsque cette jurisprudence fait état d'une présomption de « compétence », celle-ci semble se rapprocher de l'exigence d'un résultat d'autant plus lorsque il est dit que : « *le prestataire doit élucider tous les doutes portant sur son agissement, apportant tous les éléments nécessaires afin de déterminer que les résultats, particulièrement complexes et délicats, sortaient du champ de ses fonctions et de sa diligence technique et académique* ».

Si pour écarter sa responsabilité, le praticien doit démontrer que le comportement qu'on lui demande sort de ses compétences techniques et académiques, serait-ce parce que tout ce qui rentre dans son champ d'expertise doit être effectivement et efficacement effectué, donc soumis à une obligation de résultat ?

Nous constatons ici que la jurisprudence du Conseil d'État, et celle de la Cour Suprême –dans certains domaines relatifs à la responsabilité médicale, tels que l'obstétrique- présente une certaine ressemblance non sur la forme ni sur le cheminement conceptuel adopté par l'une et par l'autre, car nous l'avons constaté, ils sont différents, mais, pour ainsi dire, sur un fondement moral, qui veut que les actes médicaux soient soumis à des critères de qualité dignes du *bien humain* qu'ils traitent.

Dès le début du dix-neuvième siècle, de manière épisodique, la jurisprudence française a déclaré que la faute pouvait être rapportée par la seule preuve de l'accident. La théorie des « faits fautifs » permettait à la victime d'obtenir réparation, dans des situations de fait où il lui était difficile, voire impossible, de rapporter la preuve d'une faute. Elle déplaçait le fardeau de la preuve, puisque la présomption de faute dérivait de la situation accidentelle¹⁸³.

¹⁸³ André SCHNEIDER, *Le principe de virtualité de la faute : Une conséquence de l'emprise du collectif dans le droit de la responsabilité civile extra-contractuelle*, Journal des accidents et des catastrophes, [en ligne]. Disponible sur :

<http://www.jac.cerdacc.uha.fr/internet/recherche/Jcerdacc.nsf/NomUnique/JLAE-5LMCCS>

Dans les années 1960, les tribunaux français ont redonné vigueur à cette théorie sous le vocable de « *faute virtuelle* ». La virtualité de la faute était un moyen de plus pour satisfaire aux besoins de réparation de la victime. *Le caractère potentiel de la faute était révélé par le dommage dans la situation de fait.*

En France, la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades, ne statue pas à cet égard, mais par deux arrêts du 23 mai 2000¹⁸⁴ et un arrêt du 18 juillet 2000¹⁸⁵, la Cour de Cassation applique également la théorie de la « *faute virtuelle* » ou de la *res ipsa loquitur*, déjà admise dans les pays de Common Law¹⁸⁶.

Dans la première affaire, un stomatologue avait, en procédant à l'extraction d'une dent de sagesse, provoqué un traumatisme du nerf sublingual. La Cour d'Appel avait retenu sa responsabilité. Le pourvoi formé par le médecin reprochait à l'arrêt d'avoir statué ainsi, la faute n'ayant pas été établie. La Cour de Cassation rejette le pourvoi au motif que « *dès lors que la réalisation de l'extraction n'impliquait pas l'atteinte du nerf et qu'il n'était pas établi que le trajet de ce nerf présentait une anomalie, rendant son atteinte inévitable, la Cour d'Appel a pu décider que le praticien avait commis une faute dans l'exécution du contrat le liant à sa patiente* ».

¹⁸⁴ Cour de Cassation française, 1ère civ., arrêt n° 98-20440 du 23 mai 2000. Rapporteur : M.SARGOS, Bulletin 2000 I N° 153 p. 100 ; JurisData n° 2000-002111

Cour de Cassation française, 1ère civ., Décision n° 98-19869 du 23 mai 2000. Rapporteur : M.SARGOS, Bulletin civil 2000, I, n° 153, p. 100 ; JurisData n° 2000-002108

¹⁸⁵ Cour de Cassation française, 1ère civ., Décision n° 98-22032 du 18 juillet 2000. Précédent. M. LEMONTEY, JurisData n° 2000-003057

¹⁸⁶ Cour d'Appel anglaise : 15 février 1951, Cassidy c/ Ministry of Health, All England Reports, 1951, vol. 1, pp. 574 à 586 ; Cour Suprême de la République d'Irlande : 18 décembre 1992, Beatrice Lindsay c/ Mid-Western Health Board, The Irish Reports, 1993, pp. 147 à 185.

Dans la seconde espèce, un chirurgien avait, à l'occasion d'une ligamentoplastie¹⁸⁷ du ligament croisé antéro-externe du genou droit, sectionné l'artère poplitée moyenne. Sa responsabilité n'avait pas été retenue par la Cour d'Appel qui estimait qu'il avait mis en œuvre tous les moyens et que la complication résultait d'un acte médical non fautif. La Cour de Cassation casse cette décision en estimant que : « La réalisation de la ligamentoplastie n'impliquait pas le sectionnement de l'artère poplitée, de sorte que la Cour d'Appel ne pouvait exclure une faute du chirurgien, sans relever que cette artère présentait une anomalie rendant son atteinte inévitable ».

Dans la troisième espèce, les médecins avaient, à l'occasion d'une intervention chirurgicale consistant en une exérèse de la glande sous-maxillaire droite, atteint le nerf grand hypoglosse et le nerf lingual, ce qui avait provoqué chez leur patiente une paralysie et des névralgies avec des troubles de l'élocution et de la déglutition. La Cour d'appel de Lyon avait retenu la responsabilité des praticiens. La Cour de Cassation rejette le pourvoi au motif que même si la seule absence de réussite d'un acte ne suffit pas à engager sa responsabilité, de sorte que la Cour d'appel ne pouvait retenir l'existence d'une faute par maladresse des praticiens sans rechercher si ceux-ci avaient négligé de prendre les précautions nécessaires et sans préciser en quoi ils auraient manqué à leur obligation de prudence et de diligence, dès lors que la réalisation de l'exérèse n'impliquait pas l'atteinte du nerf grand hypoglosse et du nerf lingual et qu'il n'était pas établi que le trajet de ces nerfs aurait présenté chez la patiente une anomalie rendant leur atteinte inévitable, la cour d'appel a pu décider que les deux praticiens avaient commis une faute dans l'exécution du contrat les liant à leur patiente.

¹⁸⁷ La ligamentoplastie du ligament croisé consiste à remplacer le ligament rompu par une greffe.

La première réaction est de se demander, une fois de plus, si la Cour de Cassation ne s'incline pas ici sur une responsabilité fondée sur la reconnaissance d'une obligation accessoire de *sécurité-résultat*, même si dans ces trois affaires, la Cour reste sur le terrain de l'obligation de moyens. Dans la première espèce, elle justifie la décision des juges du fond qui retenaient la preuve d'une faute dans le fait qu'aucune anomalie anatomique n'était rapportée. Dans la deuxième espèce, elle reproche à la Cour d'appel de ne pas avoir recherché une anomalie anatomique pouvant expliquer l'accident sans qu'une faute n'ait été commise. Dans la troisième espèce, elle regrette le manque de preuve quant au manquement à l'obligation de prudence des médecins. L'apport essentiel de ces trois décisions, demeure donc bien le fondement de la responsabilité médicale sur une notion distincte de la faute pure et simple.

Ainsi, le régime de la preuve de la faute se trouve assoupli lorsqu'à l'occasion d'un acte, le médecin cause un dommage « non impliqué » par cet acte ou le traitement, *la faute est déduite du seul constat du dommage*. C'est réellement le principe précédemment cité de la *res ipsa loquitur*, principe de la faute virtuelle.

Cette position rappelle celle de la Cour de Cassation en matière d'infections nosocomiales. La consécration de la « *faute virtuelle* » dans ces hypothèses constitue une amélioration incontestable de la situation de la victime : une faute a obligatoirement été commise mais il n'est pas possible de démontrer la maladresse ou l'imprudence du praticien. Cette théorie dispense le patient de prouver l'existence de la faute, quelle qu'elle soit.

Il ne s'agit néanmoins que d'une présomption que le praticien peut renverser en prouvant l'anomalie de l'organe et l'inévitabilité de l'atteinte.

Section 2. Le dommage : critères d'appréciation

2.1 La perte de chance ou d'opportunité

La perte d'une opportunité de bénéficier d'un élément favorable ou d'éviter un événement défavorable constitue un préjudice spécifique, dénommé « *perte de chance ou d'opportunité*¹⁸⁸ ».

Dans tous les cas, la perte de chance doit être considérée comme un préjudice autonome, distinct de tout autre type de préjudice¹⁸⁹.

Ainsi la perte de chance est indépendante du préjudice final. Cette notion doit être distinguée de la notion de risque potentiel, qui vise une situation grave créée volontairement ou par négligence. Un risque fort certain n'est pas suffisant, à lui seul, pour caractériser la perte de chance, pas plus qu'un préjudice hypothétique, non indemnisable. La perte de chance doit être appréciée à partir d'un indice des probabilités réelles.

La chance perdue sera d'autant plus importante que la probabilité sera forte que se produise l'événement redouté.

Si la réalisation d'une chance n'est jamais certaine, le préjudice doit être certain -actuel ou futur-. Un exemple pourrait être celui d'un étudiant en dernière année de médecine, victime d'un accident grave qui, comme conséquence d'une prise en charge tardive, souffre d'une perte importante de mobilité l'empêchant, par la suite, d'exercer son activité professionnelle.

¹⁸⁸ En droit colombien, la « *perte de chance* » est connue en tant que « *perte d'opportunité* »

¹⁸⁹ V. : Conseil d'État, Section III, décision n° 17001 du 1er octobre 2008, Magistrat chargé de l'affaire : Myriam GUERRERO DE ESCOBAR ; Conseil d'État, section III, sous-section A, décision 35420 du 27 mars 2014, Pablo Emilio Conde Moreno y otros c/ Instituto de Seguros Sociales, Magistrat chargé de l'affaire : CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

Selon qu'il s'agit d'un étudiant ou d'une personne déjà engagée dans la vie professionnelle, l'analyse de la perte de chance dépendra de la probabilité de réalisation du préjudice, s'il s'agit d'un étudiant brillant ou non, pour un métier en développement ou non, salarié déjà cadre ou cadre supérieur avec une progression rapide ou non, etc.

Pour le Conseil d'État français, la réparation de la perte de chance d'éviter qu'un dommage soit survenu doit être évaluée en fonction de l'ampleur de la chance perdue¹⁹⁰.

Dans une affaire concernant un enfant lourdement handicapé à sa naissance, suite à la pratique tardive d'une césarienne par l'équipe médicale, le Tribunal administratif a confirmé la faute du Centre Hospitalier de Dinan, «responsable des conséquences de l'extraction tardive de l'enfant », une rente annuelle devant être versée à l'enfant.

A la majorité de l'enfant, le Tribunal administratif a été saisi d'une demande tendant à une indemnisation définitive du préjudice subi. Aux termes de l'expertise, le Tribunal administratif a refusé de prendre en compte, dans le calcul de l'indemnité définitive, l'ampleur de la perte de chance d'éviter la survenue de ce dommage. La Cour administrative d'appel de Nantes a confirmé ce refus.

Néanmoins, pour le Conseil d'État, «Le préjudice résultant directement de la faute commise par l'établissement et qui doit être intégralement réparé, n'est pas le dommage corporel constaté, mais la perte de chance d'éviter que ce dommage soit advenu ; que la réparation, qui incombe à l'hôpital, doit

¹⁹⁰ Conseil d'État français, sous-section 5et 4 réunies, décision n°368904 du 22 octobre 2014, Centre Hospitalier de Dinan, JurisData n°2014-025194

alors être évaluée à une fraction du dommage corporel, déterminée en fonction de l'ampleur de la chance perdue»¹⁹¹.

Pour le Conseil d'État, alors que cette règle a été consacrée par une jurisprudence postérieure au jugement du 30 décembre 1992, «en déduisant qu'il n'y avait pas lieu d'étendre l'expertise à la détermination de l'ampleur de la chance de récupération perdue du fait de ce retard, la cour administrative d'appel de Nantes a commis une erreur de droit ».

Le Conseil d'État français s'est prononcé également sur une affaire concernant le décès *in utero* d'un enfant. Dans les faits, la future mère s'est rendue, après rupture spontanée de la poche des eaux, au Centre hospitalier d'Alençon, pour y accoucher de son troisième enfant. Une surveillance par monitoring a été mise en place. Après le retrait de cette surveillance et alors qu'étaient survenues de légères contractions, il a été administré à la patiente un antalgique, un somnifère et un médicament destiné à arrêter les contractions. Postérieurement à son réveil, le lendemain, un monitoring puis une échographie ont révélé la mort de l'enfant *in utero*. En jugeant que l'absence de surveillance de la patiente n'avait pas constitué une faute ayant fait perdre aux parents une chance sérieuse de voir naître leur enfant, alors que la rupture de la poche des eaux était survenue et que de légères contractions étaient apparues, ce qui, selon l'expert, aurait dû conduire la sage-femme à prendre des nouvelles de la patiente au moins deux fois dans la nuit pour vérifier l'absence de fièvre ainsi que l'absence de contractions utérines et de souffrance fœtale, la cour administrative d'appel de Nantes a entaché son arrêt d'une erreur dans la qualification juridique des faits.

Le Conseil d'État annule la décision de la Cour administrative d'Appel de Nantes, considérant qu'ainsi qu'il a été dit ci-dessus et alors même que les

¹⁹¹ Conseil d'État français, section du contentieux, décision n°2893287 du 21 décembre 2007, Centre Hospitalier de Vienne, JurisData n° 2007-072859

résultats des examens pratiqués lors de l'admission étaient normaux, que le tableau clinique de la patiente aurait dû conduire à une surveillance épisodique nocturne de son état. Si la mort de l'enfant, dont les causes demeurent inconnues, ne peut être directement imputée à ce défaut de surveillance, celui-ci a été directement à l'origine d'une perte de chance d'éviter ce décès¹⁹².

Pareillement à l'analyse fondée sur la réalisation ou non d'un événement pouvant être qualifié comme une perte de chance, se pose la question importante de l'information préalable donnée par le praticien sur l'acte médical. De ce fait, en France –à la différence de la Colombie- la responsabilité médicale fondée sur la notion de perte de chance peut être liée à un défaut d'information ainsi qu'à une faute médicale¹⁹³.

En effet, toute personne a le droit d'être informée¹⁹⁴ sur l'acte de soin envisagé, sur les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'il comporte, ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus.

La violation de cette obligation d'information peut exposer également le professionnel de santé à des poursuites et à une condamnation sur le fondement de la *perte de chance ou d'opportunité*, lorsqu'il apparaît, par

¹⁹² Conseil d'État français, 5^{ème} et 4^{ème} sous-sections réunies, arrêt n° 293938 du 11 avril 2008, Rapporteur : Jean-Yves Rossi, JurisData n° 2008-073446 ; JCP A n° 23, 7 Juin 2010, 2186

¹⁹³ En matière de défaut d'information notamment sur les risques liés à une intervention chirurgicale, la Cour de Cassation française a révisé sa jurisprudence. En effet jusqu'en 2007, elle affirmait que « le seul préjudice indemnisable à la suite du non-respect de l'obligation d'information du médecin, laquelle a pour objet d'obtenir le consentement éclairé du patient, est la perte de chance d'échapper au risque qui s'est finalement réalisé ». Cour de Cassation, 1^{ère} chambre civile, 6 décembre 2007, n°06-19.301, *op. cit*
Cependant, le 03 juin 2010, cette même Cour consacre la solution selon laquelle l'absence d'information du patient cause, en elle-même, un préjudice indemnisable, sur le fondement de la responsabilité délictuelle. Un nouveau préjudice autonome voit le jour : le préjudice « d'impréparation ». Cour de Cassation, 1^{ère} chambre civile, 3 juin 2010, n° 09-13.591, *op. cit*.

¹⁹⁴ Par l'arrêt TEYSSIER, la Cour de Cassation française reconnaissant pour la première fois la notion de droits du patient en affirmant le principe du respect du consentement préalable du malade à des examens ou à la mise en place d'une thérapeutique. Cour de Cassation, Chambre des requêtes, 28 janvier 1942, Dalloz 1942, Recueil critique, jurisprudence, p. 63 ; RFDA, 2003, n° 2, p. 353

exemple, que le patient aurait renoncé à l'acte de soins ou aurait choisi une autre thérapeutique, moins risquée¹⁹⁵.

Le défaut d'information prive le patient de la possibilité de donner son acceptation ou son refus éclairé par rapport à l'acte médical qui lui est proposé. Dès lors, le juge doit apprécier le préjudice en fonction des effets que son consentement ou son refus auraient pu avoir, en fonction de l'état de santé du patient, de sa personnalité, de l'évolution prévisible de la maladie, des raisons et de l'opportunité du traitement proposé, des alternatives possibles, de la possibilité pour le malade de le refuser ou d'accepter le traitement.

Le préjudice indemnisable sera calculé en fonction de la possibilité pour le patient de refuser l'acte de soins à l'origine du dommage et la réparation qui sera accordée au patient *insuffisamment informé* sur les risques présentés par son traitement ou moyen de diagnostic correspondra donc, essentiellement, à une perte de chance d'avoir refusé ceux-ci.

En France, une controverse existe quant à l'indemnisation par l'ONIAM¹⁹⁶ de la perte de chance pour défaut d'information car, dans certaines décisions, le juge s'est prononcé en faveur de l'exclusion de toute réparation lorsqu'il y a convergence de faute du médecin et de perte de chance¹⁹⁷.

¹⁹⁵ Code de la Santé Publique, Article L1111-2 : « Toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé. Cette information porte sur les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus. Lorsque, postérieurement à l'exécution des investigations, traitements ou actions de prévention, des risques nouveaux sont identifiés, la personne concernée doit en être informée, sauf en cas d'impossibilité de la retrouver. Cette information incombe à tout professionnel de santé dans le cadre de ses compétences et dans le respect des règles professionnelles qui lui sont applicables. Seules l'urgence ou l'impossibilité d'informer peuvent l'en dispenser... »

¹⁹⁶ Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux

¹⁹⁷ Cour d'Appel d'Aix-en-Provence, 10^e chambre, rôle N° 07/010611, 10 septembre 2008, JurisData n° 2008-009288

La problématique se fonde sur deux piliers principaux¹⁹⁸. Tout d'abord, celui de l'indépendance du préjudice lié à la perte de chance face aux autres dommages.

Au vu de la décision précitée, l'indemnisation par l'ONIAM serait nécessairement subsidiaire et disparaîtrait lorsqu'une faute du médecin aurait été commise, et ce même si cette faute n'a pas entraîné de préjudice réparé par l'ONIAM. Ceci est le cas en matière de défaut d'information, puisque la faute du médecin entraîne une perte de chance de ne pas se soumettre à l'acte, et en aucun cas le préjudice corporel lui-même.

Ensuite, on considère que la notion d'aléa, consistant en un fait imprévisible, visé par la loi du 4 mars 2002, serait incompatible avec l'existence d'un devoir d'information du médecin, qui ne peut, par hypothèse, que porter sur des faits prévisibles.

Mais logiquement, l'opposition de la notion de faute et d'aléa ne peut porter que sur un préjudice commun. Il est à notre avis, erroné d'exclure une prise en charge par l'ONIAM alors que le préjudice auquel on se réfère n'est pas celui qui a été causé par la faute du médecin.

Une décision de la Cour de Cassation en date du 11 mars 2010¹⁹⁹ a bien éclairé cette polémique.

¹⁹⁸ BIBAL Frédéric, La Cour de Cassation donne raison aux victimes, Réparation de préjudices corporels, 3 avril 2010, [en ligne], Disponible sur : <http://cabinet-arpej.eu/dotclear/index.php/post/2010/04/03/ONIAM-DEFAUT-DINFORMATION-ET-ALEA>

¹⁹⁹ Cour de Cassation française, 1^{er} Chambre Civile, pourvoi n°09-11.27 du 11 mars 2010, Sté Medical Insurance company Ltd c/ONIAM, Bull. civil 2010, I, 63 ; JurisData n° 2010-001508

V. : Responsabilité civile et assurances 2010, n° 5, Étude, 5, p. 5 ; JCP G, 2010, p.379 ; JCl Responsabilité civile et Assurances , fasc. 440-30 ; JCl. Responsabilité civile et Assurances , fasc. 440-50

Dans une décision du 8 avril 2010, la Cour de Cassation française²⁰⁰ a étendu la responsabilité pour défaut d'information aux infections nosocomiales, en considérant que le médecin qui omet de porter un tel risque à la connaissance de son patient manque à son devoir d'information.

L'arrêt rendu par la Cour d'Appel d'Aix en Provence a été cassé sur le fondement des articles 1147 du Code Civil et L.1111-2 du Code de la Santé Publique -relatif à l'obligation d'information-, au motif que la Cour d'Appel ne pouvait, en présence d'un risque d'infection nosocomiale scientifiquement connu comme étant en rapport avec ce type d'intervention, se fonder sur la seule absence de faute du praticien dans la réalisation de l'acte pour déterminer la teneur de son devoir d'information.

La Cour de Cassation rappelle que la question n'est pas de savoir si l'infection nosocomiale relève de la responsabilité du médecin, puisque la question posée était celle liée au contenu de l'information médicale. La Cour considère que le risque étant connu, celui-ci devait être porté à la connaissance du patient, ce qui n'avait pas été le cas.

En conclusion, il ne s'agit pas de dire que la survenance de l'infection nosocomiale est la conséquence d'une faute du médecin, mais de lui reprocher de ne pas avoir averti le patient d'une telle éventualité. En d'autres termes, la faute d'information se distingue de la faute technique.

En France - à la différence de la Colombie où la notion de consentement éclairé est moins développée-, il est courant que pour engager la responsabilité du médecin, le dommage allégué par le patient soit lié au défaut d'information.

²⁰⁰ HOCQUET-BERG Sophie, La place du défaut d'information dans le mécanisme d'indemnisation des accidents médicaux, *Revue Responsabilité civile et assurances* n° 5, Mai 2010, étude 5

Lorsque l'acte médical était indispensable pour la survie du malade, mais qu'il n'a pas donné les résultats espérés, il est clair qu'il n'y pas eu de préjudice causé par l'absence d'information.

C'est pourquoi, certaines décisions ne retiennent la responsabilité du médecin pour défaut d'information que si celui-ci avait eu une « *solution alternative* » à proposer à son patient.

Dans le milieu médical, on parle plutôt de *perte d'opportunité de vie ou de curation* pour désigner les cas où par l'omission d'une aide diagnostique, d'un traitement différent, d'un diagnostic exact ou d'un médicament adapté, le patient s'est vu ôter une possibilité de guérison.

D'origine civiliste, cette notion a été intégrée au droit public notamment par la jurisprudence.

En principe²⁰¹, la perte de chance ne peut être retenue que dans le cas de la responsabilité pour faute. Celle-ci doit être à l'origine d'une conséquence dommageable pour le patient qui conduit à une aggravation de son état de santé.

De plus, il est nécessaire que cette faute ait eu des conséquences dommageables pour le patient²⁰². Comme le souligne la Cour de Cassation

²⁰¹ En 1972, le Conseil d'État français évoquera la perte de chance dans le cadre de la responsabilité sans faute. Conseil d'État, 23 février 1972, Ministère de la santé publique et de la sécurité sociale, Mme. BAUCHET, requête N° 80560.

²⁰² Par une décision du 24 juillet 2009, le Conseil d'État français confirme l'application de sa jurisprudence de 2007 (CE, arrêt 289328 du 21 décembre 2007), Centre hospitalier Vienne concernant le calcul l'indemnisation de la perte de chance d'éviter un préjudice par ricochet. Il s'agit non d'indemniser le préjudice de la victime immédiate de la perte de chance mais d'indemniser le préjudice de la victime par ricochet né de la perte de chance d'éviter un préjudice.

Dans l'affaire de 2009 la question était de savoir si le préjudice des parents né de la perte de chance d'éviter le préjudice moral résultant du décès de leurs fils était indemnisable.

En l'espèce, un enfant avait été hospitalisé au service de pédiatrie du centre hospitalier de Sens suite à des douleurs abdominales persistantes accompagnées de fièvre et anomalies biologiques. Alors que son état s'était amélioré, les médecins ont renoncé à poser un diagnostic et autorisé l'enfant à quitter l'hôpital. A la suite de

française, « l'élément de préjudice constitué par la perte d'une chance présente un caractère direct et certain chaque fois qu'est constatée la disparition (...) de la probabilité d'un événement favorable, encore que, par définition, la réalisation d'une chance ne soit jamais certaine »²⁰³.

Dans le cadre de cette théorie, il est important de remarquer que le préjudice dans son intégralité n'est pas dû à la faute du médecin. Si la faute était l'unique cause du dommage, on serait face à une responsabilité classique et cette théorie ne serait donc pas applicable. Ainsi, la faute du médecin n'est pas envisagée comme la cause du dommage mais comme la cause de la perte d'une chance de guérison.

Alors qu'un patient présentait une hérédité et des troubles intestinaux susceptibles de faire craindre un cancer du côlon, la Cour de Cassation a considéré que même s'il avait été informé du risque, il n'aurait refusé ni l'examen endoscopique, ni l'exérèse du polype à l'origine de la perforation.

Pour la première fois en France, la Cour de Cassation, dans un arrêt rendu le 13 mars 2007²⁰⁴, a reconnu qu'une jeune victime décédée à la suite

nouvelles douleurs, il est admis aux urgences. De nouveaux examens ont permis de détecter un rhabdomyosar (tumeurs qui métastasent classiquement dans le foie) qui a entraîné son décès.

Le retard dans le diagnostic définitif a « fait perdre à l'enfant une chance limitée mais réelle de survivre », fait qui n'a jamais été remis en cause par le Conseil d'État.

Cependant, le Conseil d'État réévalue le préjudice par ricochet des parents, plus précisément le préjudice lié à la perte de chance d'éviter un préjudice moral. Il estime que « (...) Dans le cas où la faute commise lors de la prise en charge ou le traitement d'un patient dans un établissement public hospitalier a compromis ses chances d'obtenir une amélioration de son état de santé ou d'échapper à son aggravation, le préjudice résultant directement de la faute commise par l'établissement et qui doit être intégralement réparé n'est pas le dommage corporel survenu, mais la perte d'une chance d'éviter ce dommage ; que la réparation qui incombe à l'hôpital doit alors être évaluée en fonction de l'ampleur de la chance perdue ».

Depuis la décision de 2007 (*Centre Hospitalier de Vienne*), celui-ci correspond à l'ampleur de la chance perdue d'éviter ce préjudice moral c'est-à-dire à celle pour l'enfant de guérir et donc de survivre. Le Conseil d'État l'a évalué à 30% du dommage.

JCP 2010, 2186, n° 23, chron. Marie-Laure MOQUET-ANGET, p. 25 ; Conseil d'État français, arrêt 306842 du 24 juillet 2009, *Centre hospitalier Sens*, JurisData n° 2009-008128

²⁰³ Cour de cassation française, Chambre criminelle, 6 juin 1990, Bulletin Criminel, n° 224 ; JCP, G., 1991, IV, p.329.

²⁰⁴ Cour de Cassation française, 1^{er} Chambre Civile, Décision n° 05-19.020 du 13 mars 2007, Bulletin. 2007, I, n° 118, p. 102 ; JCI. Administratif, Responsabilité des établissements publics de santé Fasc. 906-20, n°5

d'une erreur médicale devait être indemnisée au titre de « *la perte de chance de n'avoir pas vécu plus longtemps* »²⁰⁵.

La Cour de Cassation s'était appuyée sur les articles 1147 et 731 du Code Civil pour décider que « toute personne victime d'un dommage, quel qu'en soit la nature, a droit d'en obtenir l'indemnisation par celui qui l'a causé et que le droit à réparation du dommage résultant de la souffrance morale éprouvée par la victime avant son décès, en raison d'une perte de chance de survie, étant né dans son patrimoine, se transmet à son décès à ses héritiers».

Dans le même sens , aux termes d'une décision du 24 octobre 2008, le Conseil d'État français établit²⁰⁶ : « Considérant que le droit à la réparation d'un dommage, quelle que soit sa nature, s'ouvre à la date à laquelle se produit le fait qui en est directement la cause ; que si la victime du dommage décède avant d'avoir elle-même introduit une action en réparation, son droit, entré dans son patrimoine avant son décès, est transmis à ses héritiers ; que le droit à réparation du préjudice résultant pour elle de la douleur morale qu'elle a éprouvée du fait de la conscience d'une espérance de vie réduite en raison d'une faute du service public hospitalier dans la mise en œuvre ou l'administration des soins qui lui ont été donnés, constitue un droit entré dans son patrimoine avant son décès, qui peut être transmis à ses héritiers ; qu'il n'en va, en revanche, pas de même du préjudice résultant des revenus futurs perdus par suite d'une mort précoce dès lors que cette perte n'apparaît qu'au jour du décès de la victime et n'a pu donner naissance à aucun droit entré dans son patrimoine avant ce jour (...) ».

²⁰⁵ La reconnaissance de la notion de perte de chance de survivre, [en ligne], [réf. du 28 septembre 2009]. Disponible sur : http://www.aavac.asso.fr/actus_erreur_medicale/notion_perte_de_chance_de_survie_victimes_erreurs_medicales.php

²⁰⁶ Conseil d'État français, 4^{ème} et 5^{ème} SSR, arrêt n° 301851 du 24 octobre 2008, Rapporteur M. Damien BOTTEGHI, JurisData n° 2008-074381

Auparavant, les Tribunaux ne voulaient pas prendre en compte « *la perte de chance de survie* » dans l'indemnisation des ayants-droit d'une victime décédée.

Lorsque le préjudice est lié à une *perte de chance de survie*, le juge ne peut pas condamner le médecin à payer une indemnisation identique à celle qui aurait été attribuée s'il avait causé le décès du patient. Dans ce cas, l'important est de savoir si le fait d'un tiers a privé une personne de la possibilité de développer un potentiel qu'il avait déjà en lui, sachant que dans la plupart des cas, la cause primaire du décès est l'état de santé du patient et que l'acte médical, entaché de faute, ne fait que renforcer le fait dommageable.

De la sorte, « L'omission d'une prise en charge adéquate de la part du médecin peut engendrer la diminution des possibilités de survie ou de rétablissement du patient. Il est indéniable qu'une telle situation constitue une *perte de chance*, entendue comme un dommage certain et actuel, qui requiert une causalité prouvée entre le fait du professionnel et un préjudice qui n'est pas le dommage intégral, mais l'opportunité de réussite -constatée- du patient ²⁰⁷ ».

Toutefois, si, suite à l'analyse des faits, le praticien en résulte responsable, il sera obligé d'indemniser la victime. Pour établir le montant de ladite indemnisation, on effectuera un bilan des probabilités -favorables et défavorables- équivalant aux chances que la victime avait de subir un préjudice même si le médecin ne lui avait pas ôté cette opportunité, établissant ainsi une valeur équivalente à la « *chance* » et non au profit non perçu.

²⁰⁷ TANZI Silvia, La Responsabilidad, Homenaje al profesor Dr. Isidro Goldemberg, ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995 p. 333

En résumé, lorsque le dommage correspond à une *perte de chance de survie*, le juge ne devra pas condamner le praticien à payer une indemnisation équivalente à celle qui aurait été accordée si ce dernier avait vraiment provoqué le décès du patient. N'étant pas à l'origine de la maladie, mais seulement un acteur qui n'a pas contribué à sa guérison, le médecin devra répondre uniquement de la perte de chance de rétablissement du malade et non de sa mort.

L'expertise des dommages a, par ailleurs, une grande importance. C'est à partir de celle-ci que l'on pourra déterminer l'espérance de guérison du malade dans les cas d'absence de négligence de la part du médecin.

Selon Jacques BORÉ²⁰⁸, le juge, lorsqu'il indemnise la perte d'une chance, utilise donc une combinaison de la loi de causalité et de la loi aléatoire ; c'est-à-dire qu'il admet qu'il n'est pas sûr que le traitement aurait guéri le patient. Il demande donc aux experts de l'informer sur la probabilité que le patient avait de guérir s'il avait été correctement soigné et apprécié à l'aune de l'expérience, dans quelle mesure on peut considérer que l'absence de soins consciencieux, le retard (...) ont pu contribuer au dommage. Ainsi, si le patient avait, compte tenu de l'état dans lequel il était lorsqu'il a consulté, 90% de chances de s'en sortir, le juge admettra que la faute a eu une incidence quasi-certaine sur le devenir du patient ; par contre, si le traitement est efficient une fois sur deux, la vraisemblance est seulement de la moitié que l'omission ait contribué à la réalisation du dommage. Toutefois, le préjudice de la victime existe toujours, puisqu'elle sera amenée à regretter toute sa vie que les soins appropriés ne lui aient pas été donnés (...) On considère donc qu'il y a eu faute, que le lien de causalité entre celle-ci et la perte de chance a été établi, mais le préjudice indemnisable sera moindre.

²⁰⁸ BORÉ Jacques, *L'indemnisation pour les chances perdues : une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable*, JCP G 1974.I. p.2620

Par contre, si le traitement n'a quasiment aucune chance de modifier la situation de l'intéressé, et qu'il présente des inconvénients ou des risques graves, on peut estimer que le fait de ne pas avoir essayé de l'appliquer à l'individu n'est pas constitutif d'une faute, et qu'il n'y a donc pas lieu d'invoquer la perte de chance. Évidemment, dans ce cas, on sort de l'appréciation causale pour s'intéresser au fait constitutif de faute²⁰⁹.

La perte de chance doit donc s'analyser comme un système de présomption de causalité qui utilise les probabilités pour apprécier le caractère direct ou non du préjudice.

La jurisprudence française considère que dans l'hypothèse d'une perte de chance liée à une faute, l'indemnisation totale est due à la victime.

Le Conseil d'État colombien a considéré que même face à l'inexistence d'une preuve indiquant qu'un traitement adéquat aurait sauvé le patient, « le manque de diligence et d'opportunité du diagnostic (...) et l'inexécution du traitement adapté représentent pour le patient la perte d'une opportunité de guérison et de survie »²¹⁰.

La jurisprudence colombienne examine la théorie de la perte de chance seulement du point de vue de la défaillance de la prise en charge du patient, qu'il s'agisse de l'étape diagnostic, du traitement, du suivi médical, etc. Cependant, à la différence du droit français, ladite notion n'a pas encore été étendue au domaine du consentement informé. De ce fait, le choix de traitement qui aurait pu être fait par le patient ne rentrera pas en ligne de compte pour établir une responsabilité sur le fondement de la « *perte de chance* ».

²⁰⁹ SOUPLET Isabelle, *La perte de chance dans le droit de la responsabilité médicale*, Mémoire dans le cadre du DEA de Droit public, sous la direction de M. LECOCQ, Université de Lille 2002, p. 26

²¹⁰ Conseil d'État, Section III, décision n° 12548 du 15 Juin 2000, *op. cit.* Conseil d'État, Section III, décision n° 13006 du 14 Juin 2001, Magistrat chargé de l'affaire : Maria Elena GIRALDO GOMEZ, Bogotá D.C

Toutefois, il ne faut pas oublier que le consentement informé est et reste néanmoins un critère d'attribution de la responsabilité en matière médicale. Concernant le droit colombien, cela ne se fera pas à partir de la théorie de la perte de chance ou d'opportunité mais sur le simple défaut d'information.

Dans une décision du 26 mars 2008, le Conseil d'État colombien établit des paramètres pour l'application de la notion de perte d'*opportunité* ²¹¹: « La responsabilité médicale fondée sur la perte d'opportunité pourra être retenue au cas où : (i) L'organisme contraint de prêter le service médical requis a commis une faute de service pour avoir négligé son obligation ou pour avoir assuré le service tardivement ou de façon inadéquate(...) La responsabilité patrimoniale pour faute de service intègre non seulement l'acte médical proprement dit (...) mais aussi toutes les interventions préalables, concomitantes et postérieures à la démarche du professionnel. Cela s'étend du moment où la personne va ou lorsque elle est amenée dans un organisme de soins jusqu'à la fin de la prestation du service (...). (ii) La personne qui a demandé le service avait des possibilités raisonnables de guérison grâce à une intervention médicale adéquate et opportune, attendu que, dans ce type d'éventualité, le dommage n'est pas la mort, l'invalidité ou l'incapacité, mais la frustration de la possibilité de sauver sa vie ou de retrouver sa santé, si un traitement adéquat avait été assuré. (iii) La faute du service médical a rendu impossible cette possibilité. Le lien de causalité entre la faute médicale et la perte de l'*opportunité* qu'avait le patient d'être guéri doit être bien établi, car, si l'on conclut que la cause du dommage est l'état même de santé du patient, et non l'omission ou l'erreur médicale, il n'y pas lieu de penser qu'il existe une perte d'*opportunité*. (iv) Le montant de l'indemnisation sera déterminé en fonction des possibilités concrètes (...) qu'avait la personne de retrouver ou d'améliorer son état de santé ».

²¹¹ Conseil d'État, Section III, décision n° 15725 du 26 mars 2008, Magistrat chargé de l'affaire : Ruth Stella CORREA PALACIO, Bogotá D.C

V. : CE., décision n° 1583625 du 25 mai 2006 ; CE., décision n° 11405 du 28 septembre 2000.

Postérieurement, dans une décision du 1^{er} octobre 2008, le Conseil d'État a défini la notion de perte d'*opportunité* : « La perte d'opportunité est un concept juridique qui permet de définir les problèmes d'imputation, lors qu'il n'existe pas de preuves suffisantes du lien de causalité pour établir une relation de cause à effet. Par conséquence, l'analyse de cette figure doit être effectuée autour de l'imputation des faits. Ladite figure est applicable seulement aux situations où il existe une incertitude du lien de causalité, de telle façon que le degré de probabilité que le dommage soit la conséquence d'une cause spécifique oscille dans un marge allant de 1% à 99% (...) Si le juge n'a pas de doutes quant au lien de causalité qui sert de support à l'imputation juridique des faits, il n'y a pas de raison d'évoquer la *perte d'opportunité* (...). De plus, l'opportunité perdue doit être d'une telle magnitude qu'elle représente de véritables motifs à l'encontre de la guérison ou de la survie du patient (...).

La perte d'opportunité peut aider à surmonter des difficultés quant à la détermination de la portée du lien de causalité, cependant, il doit y avoir, au moins une preuve du lien existant entre le comportement et le résultat.

Également, il doit exister une preuve accréditant que le requérant a été privé d'une possibilité de guérison. Étant donné que l'analyse de la perte d'opportunité, entendue comme l'instrument pour définir un schéma des événements probables, s'effectue lors de l'étude du lien de causalité – comme prémisses de l'imputation des faits liés au dommage- dans ces éventualités la fonction de l'agent judiciaire est de s'appuyer sur des preuves scientifiques et techniques (...) afin de s'approcher du pourcentage de probabilités qui servira à calculer le degré de la perte d'opportunité de récupération et par conséquence, son impact sur le montant de l'indemnisation (...).

(...) Face à l'absence d'éléments et de critères techniques ou scientifiques lors de la détermination du pourcentage que représente l'opportunité perdue (...), le juge devra utiliser l'équité, aux termes de l'article

16 de la loi 446/1998, pour estimer les moyens de preuve apparaissant dans le procès, et à partir de là, déterminer le montant approximatif du coût de la perte d'opportunité afin d'établir la liquidation des préjudices (...) ²¹² ».

Dans une décision du 28 avril 2010, le Conseil d'État colombien étend la perte de chance au défaut de prise en charge matérielle du patient. En effet, pour ce Haut tribunal, lorsque le patient n'a pas été pris en charge de manière opportune par l'institution de soins et que cela aurait représenté une réelle opportunité de guérison ou de survie, compte tenu d'un ensemble des critères, on peut parler d'une perte de chance pour le patient. Néanmoins, lorsque il existe une preuve du lien direct entre la prestation défectueuse du service ou sa non-prestation et le dommage, nous ne serons pas en face d'une perte de chance mais d'une faute de service ²¹³.

Cette application de la théorie de la perte de chance témoigne d'une réelle problématique qui coûte quotidiennement des vies en Colombie ²¹⁴.

²¹² Conseil d'État, Section III, décision n° 17001 du 1^{er} octobre 2008, *op. cit.*

²¹³ Conseil d'État colombien, Section III, décision n° 17725 du 28 avril 2010, Magistrat chargé de l'affaire : Ruth Stella CORREA PALACIO ; Conseil d'État, section III, sous-section A, décision 34125 du 12 février 2014, Nazly Isabel Bedoya Gil y otros c/ Instituto de Seguros Sociales, Magistrat chargé de l'affaire : CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA ; Conseil d'État, section III, sous-section A, décision 33494 du 26 février 2014, María del Pilar Gómez y otros c/ Instituto de Seguros Sociales, Magistrat chargé de l'affaire : CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

²¹⁴ En Colombie, il est malheureusement courant qu'un organisme de soins refuse de prendre en charge un patient qui ne dispose pas de ressources suffisantes pour financer ses soins, même en cas d'urgence, ou d'une couverture sociale ou lorsque cette dernière n'appartient pas à l'EPS duquel l'organisme de soins est prestataire.

La loi 1751 du 16 février 2015 prétend apporter de solutions à cette problématique, entre beaucoup d'autres propres au système de santé colombien.

En effet cette loi dispose que le droit à la santé est un droit fondamental autonome qui impose à tous les prestataires de santé l'obligation de prendre en charge les patients en cas d'urgence sans qu'une quelconque autorisation de l'organisme chargé de la gestion du service (EPS) soit nécessaire.

En France comme en Colombie, l'indemnité de réparation d'une perte de chance n'a pas un caractère forfaitaire. Il revient au juge d'étudier au cas par cas, les éléments du dossier qui lui permettront de l'établir, que ce soit à partir de critères techniques ou à partir de critères d'équité et de *bon sens*.

2.2. Le dommage à la vie de relation ou préjudice d'agrément

Le dommage à la vie de relation –dénomination du droit colombien- ou préjudice d'agrément –dénomination du droit français- est défini par l'impossibilité dans laquelle se trouve la victime de se livrer à une activité d'agrément précise à laquelle elle se consacrait auparavant de façon régulière et de profiter des plaisirs de la vie. La notion de *vie de relation* sous-entend la capacité d'interaction dans des activités de loisirs, culture, sport, etc.

Cette théorie a été adoptée par le Conseil d'État colombien en 1993²¹⁵, suite à l'analyse de l'article 16 de la loi 446/1998 qui établit que « dans toute procédure menée devant l'Administration de justice, l'évaluation des dommages subis par les personnes ou les choses devra répondre aux *principes de réparation intégrale et d'équité (...)* ».

Selon cette jurisprudence, le Haut tribunal administratif signale l'importance toute particulière de la distinction entre cette notion et celle du dommage matériel, fondé sur les notions de *damnum emergens* et *lucrum cessans*. Le Conseil d'État établit que « le préjudice *physiologique* se produit lorsque les activités vitales qui procurent du plaisir dans la vie d'un individu se trouvent limitées ».

Il est donc clair que cette conception du dommage ne fait pas allusion à la lésion même, mais aux effets que celle-ci peut avoir sur la vie

²¹⁵ Conseil d'État, Section III, décision n° 7248 du 6 mai 1993, Magistrat chargé de l'affaire : Julio César URIBE, Bogotá D.C

relationnelle de la personne. C'est d'ailleurs pour cette raison que le Conseil d'État colombien a considéré qu'il était inapproprié de continuer à qualifier ce dommage comme un *préjudice physiologique*, car le vocable « *physiologique* » faisait exclusivement référence aux dysfonctionnements organiques et que de ce fait, il n'était pas adapté pour désigner un préjudice qui se rapproche plutôt de ceux d'ordre moral. Pour sa part, le droit français a toujours distingué ces deux notions²¹⁶.

Cette dénomination sera abandonnée par ce Haut Tribunal en 1997²¹⁷, mais c'est seulement en 2000²¹⁸ qu'elle sera vraiment redéfinie : « Le dommage extrapatrimonial dénommé (...) *dommage à la vie de relation*, correspond à un concept plus compréhensif, c'est pour cela que l'utilisation de l'expression *préjudice physiologique* est inappropriée, cette dernière ne peut pas être considérée comme un synonyme, même dans les cas où ce dommage extrapatrimonial -différent du dommage moral- est la conséquence d'une lésion physique ou corporelle. Pour cette raison, son utilisation doit être définitivement écartée. En effet, le préjudice n'est pas la lésion elle-même mais ses conséquences sur la vie relationnelle de la victime. (...) Il est nécessaire de préciser que ce préjudice ne fait pas seulement allusion à l'impossibilité de profiter des plaisirs de la vie, tel que cela peut être déduit de l'expression *préjudice d'agrément* utilisée par la doctrine civiliste française. Toutes les activités qui, comme conséquence du dommage subi, se font difficiles ou impossibles à effectuer, ne devraient pas être qualifiées comme des activités de plaisance. Il peut s'agir également des activités routinières que l'on ne peut plus réaliser ou qui désormais requièrent un effort excessif. De la sorte (...), certains auteurs ne parlent pas de préjudice

²¹⁶ Cour de Cassation française, Assemblée plénière, décision n°505 du 19 novembre 2003, Rapport de M. Lesueur de Givry, JurisData n° 2003-021643

²¹⁷ NAVIA AROYO Felipe, *El daño moral y el daño fisiológico ¿Una evolución real?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 39

²¹⁸ Conseil d'État, Section III, décision n° 11842 du 19 juillet 2000, *op. cit.*

d'agrément mais de désagrément. Cela est logique si l'on pense à l'inconvénient que représente pour une personne paraplégique de réaliser un quelconque déplacement (...) Ainsi l'expression *dommage à la vie de relation*, utilisée par la doctrine italienne, serait plus adéquate. (...) En effet, il s'agit en réalité d'un dommage extrapatrimonial portant sur la vie extérieure (...) ».

Pour sa part, la Cour Suprême de justice colombienne s'était déjà prononcée sur cette notion par deux décisions de 1922 et 1924²¹⁹. C'est par l'arrêt de 1922 que, pour la première fois, le droit colombien reconnaissait l'existence des dommages extra-patrimoniaux. Cette Cour établira ainsi que²²⁰ « L'article 2356 du code civil étend la réparation de tout dommage provoqué à une personne par la maladresse ou négligence d'une autre personne ; donc il est impossible de limiter son étendue uniquement au dommage patrimonial, c'est-à-dire en ce qui concerne le droit de la propriété vis-à-vis des biens matériels, car ce droit n'est qu'une partie de l'ensemble des éléments qui composent la personne humaine. Autant on peut endommager un individu dans son patrimoine, autant on peut lui provoquer un dommage lorsqu'on s'attaque à son honneur, à sa dignité humaine ou lorsqu'on lui inflige une peine ».

Le dommage à la vie de relation ou préjudice d'agrément serait donc celui qui provoque la perte de la joie de vivre ou le bien-être émotionnel de la personne.

De la sorte, l'analyse de la qualité de vie de la personne aura une très grande importance dans l'évaluation du préjudice. Le dommage sera d'autant plus important que la victime aura eu une vie épanouie.

²¹⁹ BARRAJO INVESTA Ignacio, *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo*, Ed. Civitas, Madrid 1995, p.95

²²⁰ *Ibidem*

Cela suppose une appréciation du style de vie de la victime à partir des faits passés et présents de son existence, de sa personnalité et de son environnement, pour ensuite effectuer une approximation de ce qu'elle aurait été susceptible de faire. Rappelons néanmoins que ce type de dommage n'est pas un dommage moral, et encore moins un dommage patrimonial, il ne cherche pas à estimer la souffrance de l'individu ni ses pertes matérielles mais la diminution de sa capacité à s'épanouir.

Plus récemment le Conseil d'État colombien s'est prononcé sur le « dommage à la santé » qui cherche à évaluer et à indemniser les lésions à l'intégrité psychique.

Ce Haut tribunal a souligné que les dommages à la santé ont deux contenus : l'objectif ou statique et ce qui est dynamique. Le premier se réfère d'abord aux dommages corporels proprement dits, et le deuxième aux particularités ou spécificités que le préjudice a pour la victime. Dans les deux cas, l'évaluation du préjudice dépend du caractère discrétionnaire du juge. Toutefois, dans le composant objectif, on doit prendre en considération de facteurs tels que l'âge de la victime et la gravité de la lésion.

Dans ces cas, on ne répare pas la vie relationnelle ou sociale de la victime, mais on reconnaît un pourcentage additionnel par les situations particulières qui rendent plus grave l'affectation²²¹.

Concernant le *préjudice d'agrément* du droit français, le rapport dit DINTILHAC²²² précise que cette catégorie de préjudice vise *exclusivement* à

²²¹ Conseil d'État, Section III, sous-section B, décision 22163 du 28 mars 2012, Magistrat chargé de l'affaire : Enrique GIL BOTERO, Bogotá D.C.

²²² Cour de Cassation, *Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels*, dirigé par Jean-Pierre DINTILHAC, 2 juillet 2005, [en ligne]. Disponible sur : http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/bulletin_information_cour_cassation_27/bulletins_information_2006_28/no_633_2014/communication_2015/rapport_5642.html#N_19

réparer le *préjudice d'agrément spécifique* lié à l'impossibilité pour la victime de pratiquer régulièrement une activité sportive ou de loisirs.

La Cour de cassation fait une application très stricte du préjudice d'agrément. Dans un arrêt du 28 mai 2009²²³, elle rappelle « Que la réparation d'un poste de préjudice distinct dénommé préjudice d'agrément vise exclusivement à l'indemnisation du préjudice lié à l'impossibilité pour la victime de pratiquer une activité spécifique sportive ou de loisirs ».

Dans cette affaire, la victime, après avoir reçu des transfusions de produits sanguins au cours d'une intervention chirurgicale, a été déclarée atteinte du virus de l'hépatite C. A la suite de l'aggravation de sa maladie hépatique entraînant une grande fatigue et face à l'impossibilité de s'adonner à ses activités de loisirs antérieures et même à s'occuper de ses petits-enfants, la victime s'est trouvée confinée devant la télévision. Pour la Cour de Cassation, ces faits constituent un préjudice d'agrément indemnisable.

La complexité de ce poste de préjudice réside dans la difficulté pour la victime d'apporter la preuve, particulièrement au regard de systèmes tels que le colombien où, si cette notion est, à notre avis, plus compréhensive vis-à-vis de la victime, elle est aussi plus large et de ce fait plus difficile à prouver.

La jurisprudence colombienne relative à cette théorie se montre beaucoup plus indulgente vis-à-vis de la victime lorsqu'elle établit que ce préjudice ne se limite pas seulement aux activités sportives et de loisirs, comme le conçoit la jurisprudence française, et qu'elle entend l'étendre à toute activité contribuant à l'épanouissement de la personne, même celles qui relèvent de la vie courante.

²²³ Cour de Cassation française, 2^{ème} Chambre civile, 28 mai 2009, pourvoi n° 08-16829, JurisData n° 2009-048335

Cette approche de la jurisprudence du Conseil d'État colombien nous semble être plus proche de la réalité puisqu'elle cherche à indemniser la rupture de l'équilibre qui contribue au bien-être de la personne et à sa joie de vivre, sachant que ces notions sont abstraites et que pour un grand nombre de personnes, le bien-être n'est pas nécessairement en relation avec la pratique d'une activité de loisirs ou d'une activité sportive.

L'estimation de ce poste de préjudice que font le Conseil d'État français et la Cour de Cassation nous semble relativement réductrice. Elle semble exclure, dans certaines occasions, une facette humaine où l'épanouissement prend sa forme la plus élémentaire, comme par exemple lorsqu'il se manifeste par le fait d'être autonome, de sortir, de marcher, de courir, de s'asseoir, etc. Dans ce cas, les loisirs et le sport restent des notions superflues.

Néanmoins, suite à l'analyse de la jurisprudence de ce deux Hauts tribunaux français concernant la réparation des préjudices extra-patrimoniaux en matière médicale, nous constatons que la notion « *de troubles dans les conditions d'existence*²²⁴ » pourrait se présenter comme un complément au préjudice d'agrément.

S'agissant du préjudice d'agrément, M. MORISOT²²⁵ observe que le juge administratif en ignore la notion et qu'en revanche, il recourt à la notion de « *troubles dans les conditions d'existence* ». Cette terminologie recouvre en réalité à la fois des préjudices de caractère personnel, qualifiés d'agrément par les juridictions judiciaires -tels que la gêne dans les actes de la vie

²²⁴ Pour le professeur CHAPUS, il s'agit d'une modification anormale du cours de l'existence du requérant, dans ses occupations, dans ses habitudes ou dans ses projets. CHAPUS René, *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, 2^{ème} ed., Paris, LDGJ, 1957, p. 414

²²⁵ Conseil d'État français, Assemblée plénière, arrêt n° 90598 du 14 février 1975, Société des eaux de Marseille, Recueil Lebon, 1975, p. 124 et ss, conclusions MORISOT

courante-, et des éléments de préjudice résultant de l'atteinte à l'intégrité physique au sens de la loi de 1973²²⁶.

La jurisprudence administrative fait traditionnellement la différence dans les troubles dans les conditions d'existence, entre l'indemnisation qui recouvre les troubles physiologiques et les autres troubles dans les conditions d'existence, qui ne sont pas couverts par les premiers²²⁷.

2.3. Les troubles dans les conditions d'existence

Le préjudice dénommé « *troubles dans les conditions d'existence* », est un préjudice indépendant, estimé individuellement par le juge²²⁸, en principe. Ce poste de préjudice est destiné à indemniser les modifications anormales dans le cours normal de la vie, c'est-à-dire, toutes les répercussions que les troubles ou le dommage subis par la victime ont eu sur la vie courante, que ce soit sur l'existence de la victime elle-même²²⁹ ou sur celle de ses proches²³⁰.

La différenciation de ce poste de préjudice et celui de dommages d'agrément n'est pas toujours aisée. Comme nous le verrons dans les paragraphes qui suivent, la jurisprudence colombienne, en certaines occasions, a eu une interprétation quelque peu discutable de cette notion²³¹.

²²⁶ Cass., 1^{ère} civ., Ass., pourvoi n° 505 du 19 novembre 2003, *op. cit.*

²²⁷ *ibidem*

²²⁸ Conseil d'État français, 5^{ème} sous-section, décision n°305588 21 octobre 2009, *op. cit.* ; C.E., 5^{ème} et 4^{ème} sous-sections réunies, décision n° 292783 du 2 septembre 2009, JurisData n° 2009-008071

²²⁹ Conseil d'État français, 5^{ème} sous-section, décision n° 316182 du 9 juillet 2010, Commissaire du gouvernement M. THIELLAY, JurisData n° 2010-013229

C.E. français, 5^{ème} et 4^{ème} sous-sections réunies, décision n° 301216 du 9 décembre 2009, Commissaire du gouvernement M. THIELLAY, JurisData n° 2009-016831

²³⁰ Conseil d'État français, 5^{ème} et 4^{ème} sous-sections réunies, décision n° 309521 du 4 décembre 2009, JurisData n° 2009-016828

²³¹ V. : Conseil d'État, Section III décision 18433 du 18 février 2010, Magistrat chargé de l'affaire : Ruth Stella CORREA PALACIOS, Bogotá D.C ; Conseil d'État, Section III, décision 27268 du 1^{er} octobre 2008, *op. cit.*

Cela peut s'expliquer par la récente introduction de celle-ci dans ce système juridique.

Le préjudice d'agrément -ou dommage à la vie de relation du droit colombien-, tel qu'il a été déterminé dans le titre précédent, vise à l'indemnisation de l'incapacité de la victime d'un dommage de se livrer à des activités qui auparavant lui procuraient un épanouissement personnel. Le poste de préjudice correspondant aux troubles dans les conditions d'existence pourrait être éventuellement complémentaire de ce premier mais en aucun cas substitutif car son objectif est d'indemniser les troubles dans la vie courante de la victime, c'est-à-dire l'incidence que le dommage a pu avoir sur le mode de vie de la victime et de son entourage -dans le cas français- et non seulement ceux qui ont une incidence sur ses activités de loisirs ou sa relation avec son entourage. Ni la souffrance, ni le détriment financier, ni l'incapacité à s'épanouir comme auparavant, n'est indemnisable à travers ce poste de préjudice, seul le bouleversement dans la vie courante de la victime trouve ici sa place.

Dans une affaire²³² concernant un enfant lourdement handicapé, atteint d'une infirmité motrice cérébrale majeure occasionnée par le retard dans l'accouchement qui, étant donné la souffrance fœtale aigüe de l'enfant, aurait dû conduire à une extraction immédiate du fœtus ou à une césarienne en urgence, une heure s'était écoulée avant que la sage-femme décide d'appeler l'obstétricien de garde pour, enfin, procéder à l'accouchement.

Les troubles subis par l'enfant l'ont rendu totalement dépendant. L'expertise a déterminé que le déficit fonctionnel permanent était évalué à 100%. Le Conseil d'État français décide d'accorder une indemnisation aux parents de l'enfant, ainsi qu'à son frère, sur le fondement des *troubles dans les conditions d'existence*.

²³² Conseil d'État français, 5ème et 4ème sous-sections réunies, décision n° 306354 du 26 mai 2010, JurisData n° 2010-007425

Dans cette affaire, l'indemnisation des *troubles dans les conditions d'existence* visait la réparation des bouleversements occasionnés dans la vie de la famille de l'enfant qui, par le lourd handicap de ce dernier, a dû s'adapter pour pouvoir lui procurer une prise en charge adaptée, un accompagnement quotidien et permanent, etc. Il est facile d'imaginer que désormais tous les choix de cette famille, du logement en passant par celui du lieu et du type de vacances, sera déterminé par ce fait ; sans parler des troubles occasionnés sur la vie du frère de la victime qui, très probablement, ne profitera pas de la même attention de la part de ses parents, ni d'autres avantages dont il aurait pu profiter.

L'objectif de ce poste de préjudice apparaît ici comme une évidence. Il est différent de tout dommage moral ou matériel, même si ces facteurs rentrent indirectement en ligne de compte. Ce préjudice ne trouve pas son fondement dans la douleur ressentie par la victime ou par ses proches. Il ne s'appuie pas non plus, sur le « *damnum emergens* » ou le « *lucrum cessans* ». Il s'intéresse en revanche aux troubles provoqués par le fait dommageable dans la vie de la victime et de ses proches.

C'est sous cette logique que nous estimons que cette notion -de troubles dans les conditions d'existence- vient compléter celle de dommage d'agrément afin d'assurer une indemnisation plus complète de la victime et de sa famille.

La notion de *troubles dans les conditions d'existence* est presque inexistante dans le droit colombien. Jusqu'à présent, la jurisprudence administrative a évoqué à de très rares occasions cette catégorie de dommage, mais en l'assimilant de manière équivoque à d'autres catégories de dommages, telles que les dommages moraux et le dommage à la vie de relation²³³.

²³³ VILLA MESA Elizabeth, «*La alteración de las condiciones de existencia en Colombia*», Revue Responsabilidad civil y del estado, Julio 2009, N°25, p.185.

Par deux décisions de 2007-dans des domaines différents de la responsabilité médicale- le Conseil d'État colombien tentera pour la première fois d'identifier cette nouvelle catégorie de dommage en tant que préjudice autonome²³⁴. Par un arrêt du 18 mars 2007, il établit que « (...) un dommage peut provoquer des préjudices pouvant aller au-delà des préjudices matériels ou moraux lorsqu'il se produit une altération dans le déroulement quotidien du comportement humain, qui ne compromet pas forcément son intégrité physique ou ses sentiments, mais qui provoque une altération dans les conditions d'existence, à savoir, les habitudes liées à son projet de vie²³⁵»

Plus tard, dans une décision du 1^{er} octobre 2008²³⁶, ce Haut Tribunal Administratif donne une nouvelle approche de la notion de troubles dans les conditions d'existence. Dans cette affaire, le Conseil d'État avait été saisi pour se prononcer quant à un défaut dans la prise en charge d'une mère et de l'enfant que celle-ci a porté.

Après une période de gestation de quarante semaines et présentant une pré-éclampsie²³⁷, la patiente a été admise à l'hôpital où une césarienne s'imposait de manière urgente. Face au retard de cette intervention, la mère est décédée et le nouveau-né a gardé de graves séquelles. Le Conseil d'État reconnaît l'existence « de troubles dans les conditions d'existence, dénomination adoptée récemment (...) pour définir le préjudice physiologique ou dommage à la vie de relation ».

²³⁴ Conseil d'État, Section III, décision 19001233100020030038501 du 15 août 2007, Magistrat chargé de l'affaire : Mauricio FAJARDO GOMEZ, Bogotá D.C ; Conseil d'État, Section III, décision AG-00029 du 18 octobre 2007, Magistrat chargé de l'affaire : Enrique GIL BOTERO, Bogotá D.C

²³⁵ *Ibidem*, décision AG-00029

²³⁶ Conseil d'État, section III, décision n° 27268 du 1^{er} octobre 2008, *op. cit.*

²³⁷ La pré-éclampsie désigne les crises d'épilepsie (généralisée), conséquences d'un dérèglement métabolique (du fonctionnement normal de l'organisme), chez la femme enceinte. Définition, Encyclopédie vulgaris-médical, [en ligne]. Disponible sur : <http://www.vulgaris-medical.com/encyclopedia/preeclampsie-et-eclampsie-4991.html>

Le magistrat Enrique GIL BOTERO, de manière très pertinente à notre avis, s'écartant du critère de la majorité, a considéré que, de façon erronée, le Conseil d'État s'est écarté de sa première approche jurisprudentielle de 2007, donnant une nouvelle dénomination à un dommage déjà existant connu sous le nom de dommage à la vie de relation, qui est clairement distinct des *troubles dans les conditions d'existence*. Cette nouvelle approche s'éloigne des directives modernes sur la réparation du dommage qui proposent une typologie du préjudice reconnaissant que l'être humain est composé d'une multiplicité de droits, de biens, et intérêts où se conjuguent des aspects physiques, psychologiques, moraux, affectifs, émotionnels et sociaux.

L'importance de l'individualisation des différents postes de préjudices est essentiellement d'arriver à la réparation intégrale de la victime, prescrite en Colombie par l'article d'article 16 de la loi 446/1998. Chaque poste de préjudice présente des conditions différentes, permettant de prétendre à l'indemnisation d'un dommage bien distinct. En regroupant des dommages qui ne présentent pas des conditions qui s'excluent, on enlève à la victime la possibilité d'être indemnisée pour un dommage pour lequel elle aurait dû obtenir réparation.

A la différence de la France, le système juridique colombien ne dispose d'aucun poste de préjudice, indépendamment des préjudices moraux, pour indemniser les altérations subies par les proches de la victime²³⁸.

Chapitre 2. *Les dispositifs de réclamation et d'indemnisation*

Pour déterminer le dispositif qui convient le mieux à l'obtention de la réparation d'un préjudice lié à un acte médical, il est nécessaire de s'interroger au préalable sur la nature du comportement dommageable pour

²³⁸ V. : HENAO Juan Carlos, *El Daño análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 279 et 280

ensuite déterminer un « mécanisme » d'action, soit par voie contentieuse -ou précontentieuse_ (*Section 1*), soit par le biais d'un régime spécifique ²³⁹ (*Section 2*).

Ainsi, la réparation du préjudice par voie contentieuse sera soumise aux règles du contentieux correspondant à la nature du préjudice, aux circonstances dans lesquelles le dommage s'est produit, et au mode d'exercice de l'activité médicale.

Comme nous l'avons indiqué à plusieurs reprises, si le préjudice survient dans un établissement de soins public et qu'il s'agit d'une faute de service ou d'une faute personnelle non détachable du service le juge compétent sera le juge administratif.

En revanche, si le fait préjudiciable survient dans un organisme de soins privé, si l'origine du dommage est une faute personnelle, si le dommage est commis par un médecin exerçant à titre libéral ou dans le cadre du secteur privé de l'établissement public -sauf lorsque la faute est la conséquence d'un dysfonctionnement du service-, c'est le juge judiciaire qui sera compétent pour connaître de l'affaire.

Dans le cadre du secteur privé, qu'il s'agisse des organismes de soins privés ou d'un médecin exerçant à titre libéral, leur relation avec le patient est en principe contractuelle. De la sorte, leur responsabilité est engagée en cas de mauvaise exécution ou d'inexécution totale ou partielle des obligations nées d'un contrat. Lorsque la responsabilité se situe en dehors du contrat de soins nous serons en face d'une responsabilité civile extra-contractuelle qui sera portée également devant le juge civil.

²³⁹ En France, la loi prévoit des régimes spécifiques dans certains cas particuliers. De plus, la victime peut simultanément exercer un recours et saisir la CRCI (Commission Régionale de Conciliation et d'Indemnisation). MOQUET-ANGER Marie-Laure, *Droit hospitalier*, LGDJ, 2^{ème} éd. Paris 2012, p. 457

D'autre part, face à la difficulté d'indemniser la victime vis-à-vis de certains dommages et dans certains cas de figure, le législateur français a créé des régimes spéciaux d'indemnisation²⁴⁰, recherchant la normalisation des règles et une meilleure prise en charge de la victime²⁴¹.

Section 1. La voie contentieuse

Lorsque le dommage est consécutif à une faute de service -ou à certains actes non-fautifs dans le cas colombien²⁴²-, la victime, à fin de faire reconnaître son dommage et d'obtenir réparation, peut opter pour un règlement amiable avec l'organisme de soins ou le personnel soignant²⁴³, ou, en cas d'échec, pour une action contentieuse -devant le juge administratif ou judiciaire, selon la nature des faits-.

Le droit colombien prévoit une action en responsabilité appelée « *de réparation directe* »²⁴⁴ réglée par l'article 140 du nouveau Code de la procédure administrative et du contentieux administratif²⁴⁵. Il s'agit d'une action en indemnisation permettant à la victime de demander *directement* la

²⁴⁰ Relatif à l'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes, des infections nosocomiales, des dommages imputables à une activité de recherche biomédicale et aux produits défectueux, des contaminations par le VIH et le VHC, des accidents dus à des vaccinations obligatoires, entre autres.

²⁴¹ MOQUET-ANGER Marie-Laure, *op. cit.*, p. 475 et 506 et sq. ; CLÉMENT Jean-Marie, CLÉMENT Cyril, *Mémento de droit hospitalier*, BERGER-LEVRAULT, 14^{ème} éd. Paris 2011, p. 371

²⁴² Avant la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, la jurisprudence française, civile et administrative, a tenté d'appliquer des régimes de responsabilité médicale favorables aux victimes de dommages survenus sans faute. Après ladite loi, qui consolide les régimes spéciaux, les Hautes Cours ont remis en cause cette jurisprudence et ont créé un régime de responsabilité médicale fondée sur la faute.

²⁴³ En Colombie, la conciliation est une étape précontentieuse obligatoire dans grand nombre de procédures judiciaires, notamment dans « *l'action de réparation directe* ».

²⁴⁴ Cette action est l'action-type s'agissant de la responsabilité extra-contractuelle dérivée de l'activité de l'Administration. Elle trouve son fondement dans l'article 90 de la Constitution colombienne.

²⁴⁵ Cf. p. 60

responsabilité de l'organisme public concerné, sans avoir à provoquer une décision préalable de l'Administration.

Comme c'est le cas en droit français²⁴⁶, le droit administratif colombien prévoit, pour certaines actions, notamment celles qui concernent les actes administratifs illégaux, une « *via gubernativa* »²⁴⁷. De la sorte, la juridiction administrative ne pourra être saisie que si l'organisme public concerné s'est déjà prononcé -de manière implicite ou explicite- sur la demande du requérant. L'action de réparation est exclue de cette règle.

Ainsi, la victime ne peut pas demander directement à l'Administration - hors le cadre d'une conciliation- l'indemnisation d'un préjudice occasionné du fait de ses actions ou de son inaction ou par des opérations administratives, car seul le juge peut déterminer la responsabilité de l'Administration²⁴⁸.

Le droit colombien ne dispose donc pas d'un mécanisme spécifique d'indemnisation pour les dommages consécutifs à des actes non-fautifs semblable à ceux du droit français. C'est exclusivement au juge qu'il revient de qualifier les faits et d'appliquer le régime de responsabilité qui convient dans une optique de protection de la victime.

Le fondement de l'action en responsabilité en ce qui concerne le domaine médico-hospitalier peut alors se trouver dans une faute de service -

²⁴⁶ En droit français, un recours en indemnisation ne peut être formé directement devant le juge. Le requérant devra d'abord, à fin de « lier le contentieux », s'adresser à l'administration pour lui réclamer réparation de son préjudice, et ce n'est qu'en cas de *refus* exprès ou implicite (à l'expiration d'un délai de 2 mois) de sa part qu'il pourra saisir le juge.

PAILLET Michel, Recours en responsabilité, JCI. Administratif, Fasc. 1124-3°, 19, février 2009

²⁴⁷ La liaison du contentieux du droit français.

²⁴⁸ Conseil d'État, Section III, décision N° 10239 du 4 novembre 1997, Margarita MARTINEZ DE RODRIGUEZ c/ CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE CUNDINAMARCA, Magistrat chargé de l'affaire : Ricardo HOYOS DUQUE

régime général de responsabilité-, dans un dommage spécial ou un dommage *anti juridique*, etc.

En cas de faute pénale de l'agent, la victime peut se constituer partie civile, devant le juge pénal²⁴⁹. Cependant, en cas d'une action concomitante ou postérieure de la victime devant le juge administratif, le montant de l'indemnisation allouée par le juge pénal –suite à une constitution de partie civile- sera déduit du montant accordé par le juge administratif²⁵⁰ à fin d'éviter une double indemnisation. Une action de *réparation* contre l'Administration peut donc coexister avec une action pénale, contre le fonctionnaire en sa qualité de personne physique.

1.1. La procédure devant le juge administratif

Le nouveau Code Contentieux Administratif colombien dispose dans son article 104 –article 82 de l'ancien code- que « La Juridiction Contentieuse Administrative a été constituée pour connaître, en plus de dispositions contenues dans la Constitution et dans les lois spéciales, des controverses et des litiges liés à des faits, des omissions ou des opérations soumises au droit public, ou dans lesquelles des organismes publics ou des personnes privées qui exercent des fonctions publiques sont impliqués.

²⁴⁹ La jurisprudence du Conseil d'État a toujours considéré qu'un jugement de la justice pénale ne saurait constituer un obstacle pour que la juridiction administrative se prononce sur la responsabilité d'un de ses agents. Cependant, si la justice pénale n'a pas trouvé de preuves suffisantes pour se prononcer sur une condamnation pénale, sous la perspective d'une responsabilité pour dommage *anti-juridique* par l'agissement des organismes publics à travers ses agents, une telle responsabilité, pouvant conduire à une indemnisation, peut s'avérer viable. Il serait néanmoins inadmissible qu'existant une condamnation pénale, la justice administrative décide de l'ignorer en tant que preuve de la réalisation du fait de l'agent incriminé.

Conseil d'État, Section III, décision N° 16064 du 29 janvier 2009, Adiel GARCIA VINASCO y otros c/ Nación- Fiscalía General y otros, Magistrat chargé de l'affaire : Ruth Stella CORREA PALACIO

²⁵⁰ SARMIENTO NICHOLLS Tatiana, Magistrat auxiliaire au Conseil d'État, *La acción de reparación directa*, Revista electrónica Máximo Gris, Bogotá 2009, [en ligne]. Disponible sur : <http://maximogris.net/revista/?p=1838>

Elle connaîtra également des procédures suivantes :

1. Celles relatives à la responsabilité extra-contractuelle de tous les organismes publics, quel que soit le régime applicable. (...) »

L'article 140 du même texte -article 86 du précédent code -dispose également que la personne intéressée pourra directement exiger la réparation des dommages *anti-juridiques* produits par l'action ou par l'inaction des agents publics et cela par le biais de l'action de « *réparation directe* ». Les organismes publics devront avancer les mêmes prétentions lorsqu'ils sont victimes d'un préjudice produit par l'activité d'un particulier ou d'un autre organisme public.

La réparation des dommages provoqués par l'État dispose ainsi d'une action spécifique, à savoir celle de « *réparation directe* », et cela devant la juridiction administrative.

Comme nous l'avons signalé auparavant, par le biais de cette action, la victime peut demander *directement* devant le juge administratif que soit reconnue la responsabilité d'un organisme public, sans avoir à provoquer une décision préalable de l'Administration concernée.

Dans le cadre de l'action de *réparation directe*, la victime sera tenue uniquement d'exposer les faits préjudiciables à l'origine de sa demande de réparation. Ensuite, ce sera au juge d'établir le régime de responsabilité devant s'appliquer, selon qu'il s'agit d'une faute de service ou d'une responsabilité objective²⁵¹.

²⁵¹ Dans le cadre d'une action de réparation directe, la victime n'est pas tenue d'exposer les fondements juridiques de sa réclamation -les normes violées et le fondement de la violation-, mais seulement les faits dommageables à l'origine de sa réclamation d'indemnisation. Il s'opère dans ce cas le principe de *jura novit curia*. Le juge établira alors le régime de responsabilité applicable.

SARMIENTO NICHOLLS Tatiana, *La acción de reparación directa*, Revista electrónica Máximo Gris, *op. cit*

La victime dispose d'un délai de deux ans à compter du jour suivant la survenance du fait à l'origine du dommage ou du jour où le requérant a pris ou a dû prendre connaissance du fait dommageable, si ce dernier est postérieur. Dans ce dernier cas, la victime doit apporter la preuve de son impossibilité de l'avoir connu auparavant.

Ce délai de prescription est en principe lié au fait dommageable. Néanmoins, le Conseil d'État a considéré que lorsque les conséquences du dommage ne peuvent pas être connues au moment où le fait s'est produit, c'est à la date à laquelle il a pu être établi que le dommage était irréversible et que la victime a pris connaissance dudit fait que ce délai débutera²⁵². Cette solution semble en effet être la plus adaptée car le préjudice n'est pas toujours immédiat. Il peut se manifester ultérieurement ou évoluer.

Le droit français pour sa part prévoit un délai de prescription beaucoup plus avantageux pour les victimes, à savoir, 10 ans²⁵³. Le point de départ dudit délai est lié non au moment de la survenance du fait dommageable, comme le prévoit le droit colombien, mais au moment de la consolidation du dommage²⁵⁴, ce qui semble être une solution plus adaptée à la réalité du dommage.

La « consolidation » est entendue comme *«le moment où, à la suite de l'état transitoire que constitue la période des soins, la lésion se fixe et prend un caractère permanent sinon définitif, tel qu'un traitement n'est plus en principe nécessaire, si ce n'est pour éviter une aggravation, et qu'il est possible*

²⁵² Conseil d'État, Section III, décision N° 18273 du 29 janvier 2004, *op. cit.*

²⁵³ Article L.1142-28 du code de la santé publique.

La loi du 4 mars 2002 a unifié le délai de prescription en matière de responsabilité médicale privée et publique. Jusque-là, la prescription était de trente ans en matière civile et de quatre ans en matière administrative.

²⁵⁴ La loi ne donne cependant pas de précision quant à la notion de consolidation. Cette date correspondrait donc au moment où les lésions se fixent et prennent un caractère permanent. Les frais futurs postérieurs à la consolidation, sont susceptibles de faire l'objet d'un recours subrogatoire.

MAUGÜE Christine, THIELLAY Jean Philipe, La responsabilité du service public hospitalier, *op.cit.* p.140

*d'apprécier un certain degré d'incapacité permanente consécutive à l'accident, sous réserve de rechutes et de révisions possibles.»*²⁵⁵. La consolidation doit s'entendre alors comme la stabilisation de l'état de la victime, à partir de laquelle il est possible de faire une meilleure évaluation des dommages.

L'action en *répétition*, déjà consacrée dans le Code contentieux administratif colombien de 1984, a ensuite été intégrée dans la Constitution de 1991. Aujourd'hui, elle est reprise par le nouveau Code de la procédure administrative et du contentieux administratif dans son article 140. Cette disposition s'accorde pour l'essentiel avec la Constitution. Cependant, elle apporte quelques modifications dont les plus importantes pour notre étude sont la possibilité d'intenter cette action contre des fonctionnaires fautifs et le partage de la charge indemnitaire -déjà présent dans la jurisprudence-.

En effet, dans la rédaction de l'article 140, la disposition de l'ancien article 86 selon lequel les organismes étatiques doivent promouvoir des actions en responsabilité contre leurs propres fonctionnaires « lorsqu'ils résultent condamnés ou qu'ils s'accordent comme conséquence d'une activité administrative accompagnée d'une faute grave ou du dol d'un ex-employé ou employé public qui n'a pas pris part à la procédure », a été supprimée.

Tel qu'elle est conçue par le nouveau code, l'action de *réparation directe* s'opère actuellement comme une prétention de *répétition* ou comme un appel en garantie contre le fonctionnaire fautif, cessant ainsi d'être un jugement en responsabilité à proprement parler. C'est-à-dire que l'administration n'est plus obligée de requérir la responsabilité de son fonctionnaire mais simplement de s'assurer du partage de la charge indemnitaire en cas de cumul de fautes²⁵⁶.

²⁵⁵ Code de la sécurité sociale, article annexe I à l'art. R434-35 (1)

²⁵⁶ Dans une décision du 3 mai 2013 le Conseil D'État colombien opte pour un partage de la charge indemnitaire entre les deux médecins fautifs (40% chacun) et l'Hôpital. Conseil d'État, section III, sous-section B, décision

D'autre part, le dernier paragraphe de l'article 140 consacre au niveau légal un principe déjà développé par la jurisprudence. En effet, ladite disposition prévoit que dans tous les cas où des particuliers ou d'autres organismes publics ont participé au dommage pour lequel l'administration doit répondre, le jugement doit établir le prorata indemnitaire de chacun d'entre eux, en tenant compte de l'influence causale de leur agissement ou non-agissement sur le ou les faits dommageables.

Auparavant, lorsque l'agissement d'un tiers participait à la production du dommage, l'article 2344 du Code Civil s'appliquait bien que le Conseil d'État procédait déjà dans certaines occasions à la proratisation de la charge indemnitaire. De la sorte, les deux parties -organisme public et tierce personne- étaient solidairement responsables, c'est-à-dire, indissociablement responsables de la totalité de l'indemnisation²⁵⁷.

Du fait de cette disposition, l'organisme public est libéré du paiement intégral de l'indemnisation, se limitant au prorata de sa participation, le cas échéant. Néanmoins, il reste à savoir de quelle manière cette disposition sera utilisée par le juge à fin d'assurer toutefois l'indemnisation des victimes, car elles se retrouvent partiellement ou totalement dépourvues d'indemnisation.

Il faut signaler que c'est dans ce but que les condamnations pesaient souvent sur l'organisme public, car celui-ci était le plus à même d'assumer financièrement la charge de l'indemnisation²⁵⁸.

22165 du 3 mai 2013, Gonzalo Garzon Medina y otros c/ Hospital María Inmaculada de Florencia, Magistrat chargé de l'affaire : Stella CONTO DIAZ DEL CASTILLO

²⁵⁷ Dans la solidarité, il existe une unité dans la partie passive permettant que l'obligation soit exigible auprès de chacun pour qu'il effectue le paiement dans sa totalité. Ce qui diffère du partage ou proratisation de la charge, où chacun répond d'une quote-part de l'obligation en fonction de sa participation, que cela s'effectue au moment de la procédure- dans le cadre d'un appel en garantie- ou après -s'agissant d'une action en répétition.
V. : Conseil d'État, Section III, décision 33226 du 19 juillet 2007, Hernan DUQUE RUIZ y otros c/ Unidad Administrativa Especial de Aeronautica Civil, Magistrat chargé de l'affaire : Ruth Stella CORREA PALACIO

²⁵⁸ Dans un système où les assurances de responsabilité civile ne sont pas obligatoires, le meilleur payeur reste indubitablement l'État.

Dans le système juridique colombien, la victime d'un préjudice lié à un acte médical dispose ainsi d'une voie unique de recours, la voie contentieuse, devant le juge administratif ou judiciaire, selon la nature des faits.

En France, outre la voie contentieuse, lorsque le dommage atteint le seuil de gravité exigé par la loi, la victime dispose, depuis la loi du 4 mars 2002, d'un dispositif spécial d'indemnisation devant la Commission Régionale d'Indemnisation et de Conciliation (C.R.I.C).

De la sorte, en France, la victime d'un dommage médical, lorsque les conditions exigées par la loi sont réunies, a la possibilité de porter sa requête devant les juges, ou devant la Commission Régionale d'Indemnisation et de Conciliation concernée -comme nous le verrons postérieurement-, ou les deux.

Dans le cas français, comme nous l'avons signalé auparavant, avant d'intenter une procédure devant le juge administratif, la victime, à fin de « lier le contentieux », doit s'adresser préalablement à l'administration concernée pour lui réclamer réparation de son préjudice. Ce n'est qu'en cas de refus exprès ou implicite de sa part qu'il pourra - à l'expiration d'un délai de 2 mois- saisir le juge.

1.1.1. L'aménagement de compétences entre les juridictions « Connexion processuelle ou fuero de atracción »

En application du principe de séparation des juridictions, les contentieux portant sur des personnes publiques concernent le juge administratif et ceux portant sur des personnes privées, le juge judiciaire.

Néanmoins, par un aménagement de compétences, lorsque la demande est formulée d'une manière concurrente contre un organisme public, dont la connaissance correspond à la juridiction administrative et contre un organisme privé, dont la compétence correspond à la juridiction ordinaire, la

jurisprudence du Conseil d'État colombien a considéré que le juge administratif était compétent pour se prononcer sur l'intégralité des faits²⁵⁹. La compétence du juge administratif absorbe en conséquence celle du juge judiciaire.

En effet, c'est la responsabilité solidaire « présumée » des deux organismes concernés qui est à l'origine de cet aménagement de compétence qui cherche, en principe, à abréger la procédure.

Il s'agit ici d'une accumulation de prétentions, rattachées par nature à deux ordres de juridiction différents, au sein d'une seule et même procédure devant le juge administratif. Pour cela, il doit ressortir, dès la formulation des prétentions de la demande du requérant, au minimum, une probabilité sérieuse pour que la responsabilité de l'organisme ou des organismes publics requis soit impliquée²⁶⁰.

C'est dans ce sens que, dans une décision du 29 août 2007²⁶¹, le Conseil d'État colombien se prononce sur l'impossibilité pour le juge administratif d'attirer la compétence judiciaire lorsque la causalité pouvant conclure à la responsabilité du ou des organismes publics est insuffisante.

²⁵⁹ Conseil d'État, Section III, décision 21962 du 14 mars 2012, Martin Alonso MORENO SUCERQUIA c/ Departamento de Antioquia y Otros, Magistrat chargé de l'affaire : Enrique GIL BOTERO; Conseil d'État, Section III, décision 30836 du 19 juillet 2006, Olga Nelly del Carmen MEJIA DE MUÑOZ y Otros c/ Nación-Ministerio De la Proteccion Social y Otra, Magistrat chargé de l'affaire : Mauricio FAJARDO GOMEZ; Conseil d'État, Section III, décision 11312 du 20 février 1996, José Pedro HERNÁN TAMAYO c/ Departamento de Santander - I. S. S., Magistrat chargé de l'affaire : Daniel SUÁREZ HERNÁNDEZ

L'article 21 du Code de procédure civile qui signale que « La compétence ne varie pas par l'intervention des personnes ayant un *fuero* spécial ou lorsque celles-ci cessent de faire partie de la procédure (...) ». Cette notion est parfois utilisée dans la jurisprudence du Conseil d'État comme fondement de l'aménagement des compétences. Conseil d'État, Section III, décision 12489 du 9 mars 2000, Alvaro BARON y otros c/ I.S.S. y Nación (Minsalud), Magistrat chargé de l'affaire : Maria Elena GORALDO GOMEZ

²⁶⁰ Conseil d'État, Section III, décision 15526 du 29 août 2007, Flor Lilia BAQUERO PARRADO y otros c/ MINISTERIO DE SALUD Y OTROS, Magistrat chargé de l'affaire : Mauricio FAJARDO GOMEZ

²⁶¹ Conseil d'État, Section III, décision 15526 du 29 août 2007, *ibidem* ; Dans le même sens voir : Conseil d'État, Section III, décision 30836 du 19 juillet 2006, *op. cit.*

Dans les faits, un enfant est décédé suite à un arrêt cardio-respiratoire lié à un accident anesthésique. La prise en charge ainsi que l'intervention chirurgicale à l'origine des faits avaient été effectuées au sein d'un établissement de soins privé. Cependant les requérants -les ayants droit de la victime- estimaient que du fait d'un manquement au devoir de vigilance et de contrôle, le Ministère de la Santé et le Service Régional de la Santé avaient aussi contribué à leur préjudice et que de ce fait, leur responsabilité pouvait être requise, la compétence intégrale de l'affaire pouvant conséquemment être attirée vers le juge administratif.

Le tribunal administratif saisi par les victimes s'abstient de se prononcer sur la responsabilité de l'Hôpital -établissement privé- mis en question pour considérer que, s'agissant d'une personne de droit privé, les éléments probatoires appuyant les prétentions des requérants ne permettent pas d'établir de manière sérieuse une responsabilité probable des organismes publics concernés et que par conséquent c'est le juge judiciaire qui est compétent pour se prononcer sur l'affaire.

Saisi en appel, le Conseil d'État confirme la décision du Tribunal administratif quant à l'insuffisance d'éléments permettant d'envisager la responsabilité des organismes publics imputés ainsi que quant à l'incompétence du juge administratif pour se prononcer sur le fond sur l'affaire.

Le Conseil d'État a souligné toutefois que tous les établissements qui participent au système de santé sont soumis à l'inspection, à la supervision et au contrôle du Ministère de la Santé, aux Commissions de régulation de Santé et au Service Régional de Santé, quelle que soit leur nature -publique ou privée- mais que néanmoins, en l'espèce, aucun élément probatoire ne laisse présumer une quelconque faute de service sur le fondement d'un défaut de contrôle et de surveillance. Le Haut tribunal ordonne ainsi le renvoi

de dossier au juge civil pour qu'il se prononce au fond sur la responsabilité de l'Hôpital, établissement privé, concerné.

D'autre part, il est important de signaler qu'il n'est pas suffisant que la demande implique la responsabilité d'un organisme public pour que le conflit soit résolu dans le cadre d'une procédure contentieuse administrative. Comme c'est le cas généralement en matière de compétence, la question qui est portée à la connaissance du juge administratif doit correspondre à l'une des matières de son ressort.

Ce système d'aménagement de compétences, de construction jurisprudentielle, basé sur des principes généraux, a été initialement rejeté, bien que pourtant très vite accepté. Cela à condition que l'organisme public faisant partie de l'action contentieuse soit condamné. Cependant, il a été finalement considéré que même au cas où l'organisme public n'était pas reconnu responsable, la juridiction contentieuse administrative conservait la compétence pour se prononcer sur la responsabilité de la personne privée, à condition que la requête ne soit pas fondée de manière capricieuse et immotivée.

En raison du principe de *perpetuatio jurisdictionis*, la juridiction et la compétence se définissent conformément aux normes en vigueur au moment de la présentation de la requête, et cette compétence, une fois établie, est conservée en toutes circonstances, de sorte que le juge qui se déclare compétent selon ces règles juge l'affaire, sauf si des changements législatifs venaient à la modifier²⁶².

Cet aménagement de compétence, qui cherche en principe, d'un côté la rationalité procédurale et d'un autre côté, une réparation intégrale de la

²⁶² Conseil d'État, Section III, décision 21700 du 1 mars 2006, Enrique COBO y otros c/ Ministerio de Minas y Energía, Superintendencia de Servicio Públicos, Superintendencia de Industria y Comercio, Empresa de Energía de Bogotá, Magistrat chargé de l'affaire : Alíer Eduardo HERNANDEZ ENRIQUEZ

victime dans des meilleures conditions, conduit dans certains cas à complexifier la procédure.

Il n'est pas difficile de constater que certains requérants « accommodent » parfois les faits à fin de pouvoir attirer un organisme public, et ainsi attirer la compétence vers le juge administratif ou bien ils cherchent à attirer au procès le plus grand nombre possible de défendeurs à fin de maximiser les chances d'obtenir une indemnisation.

Dans tous les cas, la machine judiciaire se met en marche, même si cela doit conduire seulement au rejet de la demande du requérant, ce qui contribue à ralentir d'avantage un système juridictionnel déjà collapsé. Ce dernier effet est également partagé avec l'appel en garantie. Cela nous amène à nous demander si une reformulation des règles d'aménagement des compétences n'est pas nécessaire.

1.2. La compétence du juge du travail. Une particularité du droit Colombien

Le Code du Contentieux Administratif, article 104 -article 83 de l'ancien code-, et la Loi 528 de 1964 disposent que la juridiction contentieuse-administrative, par le biais de l'action de *réparation directe*, a compétence pleine et générale en matière de responsabilité patrimoniale de l'État, tant d'origine contractuelle qu'extra-contractuelle.

Pourtant, en matière de services de santé, ce principe du droit administratif sera maintes fois remis en question.

La Loi 100 de 1993 crée le Système *Intégral* de Santé chargé d'assurer le service de santé, des retraites et des risques professionnels, à la tête duquel se trouve l'Institut d'Assurances Sociales.

Ensuite, en 1992, le décret 2148 modifie la nature de l'Institut d'Assurances Sociales -aujourd'hui Nouvelle EPS, société anonyme-, d'établissement public de l'ordre national pour celui d'entreprise industrielle et commerciale d'État. Cette nouvelle nature de l'ISS crée un premier point d'interrogation quant à un transfert de compétence vers la juridiction civile²⁶³.

Pour le Conseil d'État, la compétence pour juger les affaires concernant l'ISS (l'Institut d'Assurances Sociales), devait être déterminée par la nature administrative de sa fonction. « (...) La prestation du service de santé est l'une des fins de l'État, elle est prévue dans la Constitution comme l'un des services publics à sa charge et sa prestation s'est faite à travers l'exercice d'une fonction administrative (...). Depuis sa création par la loi 90 de 1946, l'ISS avait pour mission de garantir la sécurité sociale publique, et cela a été réaffirmé par le décret 433 de 1971, (...) *La sécurité sociale est un service public orienté et dirigé par l'État*. (...) Depuis sa création, il assure une fonction administrative, non seulement en ce qui concerne l'administration, la gestion, le contrôle, la surveillance et la prestation du service de sécurité sociale, mais aussi en ce qui concerne la prestation des services de santé de manière intégrale.

La modification de la nature juridique d'un établissement public en un établissement industriel et commercial de l'État, n'implique pas automatiquement qu'une fonction administrative (prestation du service public de santé), devient industrielle et commerciale. L'objet de cette institution est resté inchangé malgré le changement de son statut juridique. Par conséquent, elle continue à accomplir une fonction administrative et les litiges qui surviennent à l'occasion de la prestation du service public de santé, en relation avec une personne de droit public, qu'il s'agisse de l'État, d'une collectivité territoriale, d'un établissement public ou d'une entreprise

²⁶³ SERRANO ESCOBAR Luis Guillermo, *op. cit.*, p.60

industrielle et commerciale de l'État sont de la compétence de la juridiction administrative.

(...)S'agissant du jugement des actes des entreprises industrielles et commerciales de l'État, la règle générale est que la compétence revient aux tribunaux ordinaires, en ce qui concerne les actes et les faits commis dans le cadre du développement des activités industrielles et commerciales, et qu'elle revient à la juridiction administrative lorsqu'il s'agit d'actes qui contribuent à l'accomplissement des fonctions administratives -décret 3130 de 1968, article 31- (...) ²⁶⁴».

Pour le Conseil d'État, c'est donc le critère matériel ²⁶⁵ qui doit être pris en compte pour déterminer la compétence du juge administratif. Au-delà de la nature de l'organisme prestataire, c'est la nature « publique » de la fonction qu'il accomplit qui est déterminante.

²⁶⁴ Conseil d'État colombien, Section III, décision 11312 du 20 février 1996, *op. cit.*

V. : Conseil d'État colombien, Section III, décision n° 17062 du 24 avril 2008, Calixto HERRERA DEVIA y otro c/ Departamento del Meta y otro, Magistrat chargé de l'affaire : Enrique GIL BOTERO ; CE. 19 octobre 2007, décision n°16010 ; CE. 19 octobre 2007, décision n° 30871 ; CE. 4 décembre 2007, décision n° 17918

²⁶⁵ L'application du régime administratif résulterait des caractéristiques de l'activité en cause. Ce qui détermine l'application du régime administratif, ce sont les caractères que l'administration donne à l'activité en cause. Ce ne sont plus ni la nature même de cette activité, ni les fins qu'elle poursuit.

Le critère matériel cache alors une multitude de composantes. Ce qui rend son identification difficile. Néanmoins il ressort de la jurisprudence que le critère se traduit concrètement de deux manières :

-Soit, la nature administrative d'un acte est associée aux attributions de son auteur : « chargé de l'exécution d'un service public, « contribue à l'exécution d'un service public », « acte accomplis dans l'exercice d'une mission de service public ».

-Soit la nature administrative d'un acte est associée à la présence de dispositions exorbitantes : c'est l'idée qu'un acte puisse être administratif car « pris en vertu de prérogatives de puissance publique » (CE, 6 octobre 1961, Fédération Nationale Huilerie Métropolitaine, Rec. 544).

AUBE Jean, Peut-on se passer du critère organique en droit administratif ?, Séminaire de droit administratif, Université Panthéon-Assas-Paris II, 19 avril 2012, [en ligne]. Disponible sur : http://dpa.u-paris2.fr/IMG/pdf/Peut-on_se_passer_du_critere_organique_en_droit_administratif_-_Jean_Aube.pdf

N'adhérant pas à l'interprétation du juge administratif, le juge judiciaire a toujours proclamé que l'attribution de compétence devait répondre à des critères organiques et d'unité juridictionnelle. De telle sorte que, toutes les controverses originaires de la prestation du service de santé accomplies en raison d'un acte privé, ou par un prestataire privé, sont du ressort de la juridiction civile²⁶⁶.

Plus tard, la Loi 712 est venue modifier –ou plutôt reformuler ce qui était déjà prévu dans l'article précédent, Loi 362 de 1997- l'article 2 du Code de procédure du travail. Elle établit que la juridiction ordinaire, dans sa spécialité du droit du travail et de la sécurité sociale connaît des litiges relatifs au système de sécurité sociale intégrale entre les bénéficiaires, les usagers, les employeurs et les organismes administrateurs ou prestataires, quelle que soit la nature de la relation juridique et les actes juridiques objets du litige. Cette disposition viendra renforcer la position du juge du travail.

Cette réforme apportée par la Loi 712 de 2001 cherchait à apporter plus de précision en la matière. Elle établit comme facteur de compétence la qualité d'affilié du patient ainsi que le statut de l'organisme prestataire qui doit faire partie intégrante du système de sécurité sociale, laissant de côté leur qualité de prestataires publics ou privés, et se focalisant seulement sur leur appartenance au système de sécurité sociale intégral, le but étant d'attribuer une compétence entière à la juridiction ordinaire et d'en faire une spécialité, réservant au juge administratif les contentieux liés à la prestation des services de santé par des organismes publics et pour des personnes dites non-affiliées au système.

²⁶⁶ V. : CSJ., cass. sociale, décision n° 29519 du 13 février 2007, Álvaro CORREA PESCADOR et María Edilma GÓMEZ BOHORQUEZ c/ Entidad Promotora de Salud Organismo Cooperativo "SALUDCOOP", Magistrat chargé de l'affaire : Carlos Isaac NADER ; Cour Suprême de Justice, cass. sociale, décision n° 30621 du 22 janvier 2008, *op. cit.*

L'interprétation de cette disposition vient s'ajouter aux débats déjà troubles concernant la compétence du juge judiciaire. Si l'on s'en tient textuellement à cette disposition, le juge judiciaire serait compétent pour connaître de tous les litiges liés au système de sécurité sociale intégrale comprenant ainsi ceux relatifs à la santé, et ce même lorsque le service est assuré par un organisme public. C'est par ailleurs l'interprétation faite par le juge du travail pour affirmer sa compétence en matière de services de santé.

Pour le Conseil d'État, le premier critère qui doit être pris en compte pour définir la compétence d'une juridiction est bien organique. Il réitère cependant que la nature administrative de la fonction dont il était question ne doit pas être ignorée, et c'est précisément cette nature qui sert de fondement à la compétence du juge administratif²⁶⁷.

Le Haut tribunal administratif souligne que « Prétendre, comme le fait la Chambre de cassation du travail, déduire du mot *intégral* (...) une compétence *ab infinito* pour connaître de tous et chacun des litiges qui découlent du Système de Sécurité Sociale, suppose la méconnaissance des principes de juridiction et de compétence en vigueur, ainsi que le mépris des déclarations réitératives de la Chambre disciplinaire du Conseil Supérieur de la Magistrature, qui a attribué la compétence en matière de responsabilité médico-hospitalière extra-contractuelle à la juridiction contentieuse-administrative »²⁶⁸.

²⁶⁷ « Actuellement le principal critère pour définir si un litige est de la compétence de cette juridiction est le critère organique. De ce fait, le premier élément qui doit être constaté par le juge est si la demande est dirigée contre un organisme public (...), ou une société d'économie mixte dont l'État détient un capital supérieur à 50%. Dans le cas contraire, si le sujet (actif ou passif de l'action), ne reprend pas à ce critère, il devra être établi si ce dernier accomplit une fonction propre des organes de l'État et si le litige est lié à ses fonctions ». CE, Section III, sous-section C, décision 21962 du 14 mars 2012, *op. cit.*

²⁶⁸ Conseil d'État, Section III, décision 18373 du 7 octobre 2009, Flor Milena LUCAS GARCIA c/ Nación-Ministerio de Salud, Instituto de Seguros Sociales de Tumaco, Magistrat chargé de l'affaire : Ruth Stella CORREA

Nonobstant les prérogatives accordées par la loi, la Cour Suprême de justice s'est toujours montré modérée quant à l'étendue de ses compétences en matière de contentieux de la responsabilité médico-hospitalière concernant le secteur public²⁶⁹.

Pour sa part, la Cour Constitutionnelle, s'appuyant par ailleurs sur une décision du Haut tribunal civil, s'est prononcée sur la portée de l'article 2 du Code de procédure du travail et sur la manière dont celui-ci devait être interprété²⁷⁰.

Quant à la compétence attribuée par loi à la juridiction ordinaire, le Haut tribunal constitutionnel a considéré que « L'acceptation de *sécurité sociale intégrale* ne peut pas s'étendre au-delà de ses frontières pour déborder sur des aspects qui sont du ressort d'autres juridictions (...), tels que des procédures portant sur la responsabilité de l'État, du ressort de la juridiction contentieuse-administrative.

Les litiges susceptibles d'être portés à la connaissance du juge du travail en ce domaine, sont essentiellement ceux qui concernent la reconnaissance et le paiement des prestations sociales économiques et de santé».

Si l'on s'arrête à l'esprit de la loi, la compétence de la Cour de Suprême de justice, Chambre du travail, en matière de sécurité sociale –santé, retraite et risque professionnels-, tel qu'elle est prévue par la Loi 100 de 1993 et le décret 1295 de 1994, trouve toute sa logique s'agissant des conflits liés à la

²⁶⁹ Il faut souligner que les conflits de compétence lient essentiellement le juge administratif et le juge du travail. Le juge civil, pour sa part s'est montré plus cohérent quant au principe de spécialité qui a toujours été appliqué aux deux juridictions en s'écartant des interprétations formulées par le juge du travail. Voir : Cour Suprême de justice, Chambre de cassation civile, décision 05001-3103-002-2002-00099-01 du 4 mai 2009, Magistrat chargé de l'affaire : William NAMÉN VARGAS

²⁷⁰ Cour Constitutionnelle, décision C-111-00 du 9 février de 2000, Magistrat chargé de l'affaire : Alvaro TAFUR GALVIS, Bogotá

gestion des prestations -cotisations, reconnaissance des droits, etc.- en faveur des affiliés, usagers et bénéficiaires, et à la charge des organismes prestataires -privés et publics- qui intègrent le système de sécurité sociale intégral²⁷¹.

Toutefois, les litiges liés à la responsabilité médico-hospitalière du secteur public ont toujours répondu à un principe de spécialité prévu par le décret-loi 528 de 1964. Ils sont donc réservés à la juridiction contentieuse administrative, qui a une compétence pleine et générale en matière de responsabilité patrimoniale de l'État. La jurisprudence du Conseil d'État a depuis constitué un système propre au droit public, notamment en matière médicale²⁷².

D'autre part, la Loi 1107 de 2006, qui modifie l'article 82 du Code de contentieux administratif -aujourd'hui dérogée par la Loi 1437 de 2011, du nouveau Code de la procédure administrative et du contentieux administratif- a aussi tenté d'apporter des précisions quant à la compétence du juge administratif.

Elle consacre le critère organique pour déterminer la compétence du juge administratif, remplaçant ainsi le critère matériel prévu par la Loi 446 de 1998 -qui s'opposait aux critères avancés par le juge civil-. Ainsi, c'est la nature de l'organisme prestataire ou de l'acte qui sera déterminante pour établir la compétence.

Le nouveau Code de la procédure administrative et du contentieux administratif, entré en vigueur le 2 juillet 2012, déroge à la Loi 1107 de 2006,

²⁷¹ Cour Constitutionnelle, décision C-1027-02 du 27 novembre de 2002, Magistrat chargé de l'affaire : Clara Inés VARGAS HERNÁNDEZ, Bogotá

²⁷² SERRANO ESCOBAR Luis Guillermo, *op. cit.*, p.74

et laisse en vigueur la Loi 712 de 2001. Cependant, il maintient le critère organique déjà introduit par la Loi 1007.

D'autre part, le Code général de procédure civile, -Loi 1564 du 12 juillet 2012-, établit que le juge civil est compétent pour connaître des « Procédures contentieuses (...) en matière de responsabilité médicale, de toute nature et origine, sans considération des parties, sauf celles qui correspondent à la juridiction contentieuse administrative »²⁷³.

Par cette disposition, le législateur reconnaît la compétence de deux juridictions, administrative et civile. Il est donc possible de penser que l'application que le juge de travail fait de l'article 2 du Code de procédure du travail, toujours en vigueur, relatif à sa propre compétence en matière de sécurité sociale intégrale, soit remis en question, et que le débat avance dans le sens d'une attribution de compétence suivant un critère organique, tel que l'énonce le Code du contentieux administratif et tel que la Chambre civile de la Cour de Suprême de justice l'a intégrée dans sa jurisprudence.

La manière dont la jurisprudence interprètera ces nouvelles dispositions peut lever les doutes et apporter, vraisemblablement, de la sûreté juridique en la matière. Pour le moment la question reste en suspens.

Toutefois, comme à l'habitude, de nouvelles modifications venant compléter ou à corriger ces dispositions sont à attendre du législateur colombien.

²⁷³ Cette disposition est entrée en vigueur le 1er octobre 2012. (Articles 18 et 20 du Code général de procédure – civile-).

L'article 625, alinéa 8 de cette loi dispose également -lorsque la compétence revient à la juridiction civile- que, dès son entrée en vigueur, en matière de responsabilité médicale les l'affaire en cours ainsi que les nouvelles affaires doivent être traités par le juge civil et non par le juge du travail.

V. Cour Constitutionnelle, Session plénière, décision N° C-755-13 du 30 octobre 2013, Magistrat chargé de l'affaire : María Victoria CALLE CORREA, Bogotá D.C.

Entre-temps, c'est dans ce panorama flou et incertain qui entoure la question de la compétence relative au contentieux de la responsabilité médicale dans le cadre du système intégral de sécurité sociale, que certains juges administratifs continuent à se déclarer compétents pour connaître de ces litiges alors que d'autres se déclarent incompétents²⁷⁴. Il en va de même pour les juges ordinaires²⁷⁵. Cela conduit à une insécurité juridique et à une inégalité pour les victimes qui, face à des faits semblables, seront soumises à des règles différentes, notamment quant au délai de prescription de leur action.

Pour sa part, la Salle Juridictionnelle Disciplinaire du Conseil Supérieur de la Magistrature colombien -chargée de résoudre les conflits de compétence entre les différentes juridictions-²⁷⁶, n'hésite pas à attribuer la compétence au Conseil de l'État lors des conflits l'opposant à la juridiction civile dans le cadre des actions de réparation directe dans des affaires liées à «une mauvaise attention, à une défaillance administrative ou à une omission, qui puissent conduire à une faute de service et de ce fait à la responsabilité de l'État »²⁷⁷.

1.3. L'action de « *répétition* » ou récursoire

Lorsque la victime d'un dommage médical décide de demander réparation, en règle générale, elle privilégiera, quand la nature des faits le lui

²⁷⁴ Conseil d'État, Section III, décision 18373 du 7 octobre 2009 *op. cit.* ; Conseil d'État, Section III, décision 16728 du 19 août 2009, Aura Maria VANEGAS DE BAUTISTA Y OTROS c/ Instituto de Seguros Sociales ISS-, Magistrat chargé de l'affaire : Enrique GIL BOTERO

²⁷⁵ Cour Suprême de Justice, cass. sociale, décision n° 29519 du 13 février 2007, *op. cit.* ; Cour Suprême de Justice, cass. sociale, décision 28.983 du 17 mars 2007, Alfonso BARRAGAN CASTRILLON c/ Instituto de Seguros Sociales, Magistrat chargé de l'affaire : Isaura VARGAS DIAZ ; Cour Suprême de Justice, cass ; sociale, décision 30621 du 22 janvier 2008, *op. cit.*

²⁷⁶ Loi 270 de 1996

²⁷⁷ Conseil Supérieur de la Magistrature du Conseil Supérieur de la Magistrature Salle Juridictionnelle Disciplinaire, décision n° 200401207 du 26 mai de 2004, Magistrat chargé de l'affaire : Alonso FLECHAS DIAZ, Bogotá D.C.

permettra, une action devant le juge administratif, cela en raison de la solvabilité de son débiteur. Cependant, la faute de service, reprochable à l'organisme de soins, peut parfois se confondre avec la faute personnelle de son agent, comme nous l'avons souligné dans les chapitres précédents.

Dans son article 90, la Constitution colombienne définit la responsabilité patrimoniale de l'État. Elle établit que « *l'État sera responsable patrimoniallement des dommages anti-juridiques qui lui sont imputables, causés par l'action ou l'inaction des autorités publiques* ». Cependant, elle souligne que, dans l'éventualité où l'État se trouve condamné à la réparation patrimoniale d'un dommage causé par la conduite dolosive ou gravement fautive d'un de ses agents ou ex-agents, « *il devra répéter contre celui-ci* ».

L'action en *répétition* –du droit colombien- ou récursoire –du droit français- est la possibilité pour l'administration de réclamer à son agent ou ex-agent le remboursement des sommes versées par elle à la victime, en cas de faute personnelle détachable ou de cumul de fautes.

Outre les dispositions du Code de Procédure Administrative et du Contentieux Administratif, l'action en répétition –ainsi que l'appel en garantie- est régulée par la loi 678 du 3 août 2001.

La finalité principale de l'action en *répétition* est donc, d'un côté, de protéger le patrimoine public. Car, en principe, c'est au responsable du dommage à qui revient la charge de l'indemnisation. Il semblerait alors légitime que si l'État s'acquitte d'une somme pour le fait de son agent, il soit dans la possibilité de la récupérer. Pourtant, en pratique, les choses semblent répondre à une autre logique.

D'un autre côté, cette action affiche un but préventif. En effet, elle est conçue comme un outil pour moraliser et améliorer l'efficacité dans la

fonction publique²⁷⁸, et par conséquent, comme une garantie pour la collectivité devant des éventuelles déviations abusives des personnes qui exercent des fonctions publiques²⁷⁹.

Selon la Constitution colombienne, l'action en *répétition* est obligatoire. Cependant, il n'est pas d'usage courant, en Colombie²⁸⁰ comme en France²⁸¹, que l'Administration se retourne contre ses agents. Cela s'explique en partie par la difficulté d'établir la responsabilité personnelle, seule cause capable de détacher leur faute de celle du service²⁸², mais aussi car cela peut ternir l'image du praticien, si l'établissement veut garder le médecin dans ses effectifs, ainsi que celle de l'établissement lui-même. Pour l'établissement, une alternative est de prononcer en interne des sanctions disciplinaires contre son médecin fautif.

Il est également possible de constater que, dans la réalité, un nombre significatif d'actions en *répétition* ne sont pas concluantes, pour des

²⁷⁸ Article 3 de loi 678 de 2001.

²⁷⁹ Conseil d'État, Section III, décision 28448 du 31 août 2006, Elkin Antonio CONTENTO SANZ c/ Lotería La Nueve Millonaria de la Nueva Colombia Ltda., Magistrat chargé de l'affaire : Ruth Stella CORREA PALACIO

²⁸⁰ Comme l'indique le professeur Yesid REYES ALVARADO dans une chronique du journal « *El Espectador* » « (...) Entre le second semestre 2000 et fin 2002, il a été formulé 51.484 demandes contre des organismes étatiques, qui dans cette même période ont représenté pour la nation le paiement d'indemnisations pour une valeur proche à trois cent milliards de pesos. Toutefois, dans cette même période, seulement 84 actions en répétition et 466 appels en garantie ont été engagés, ce qui indique que dans environ 51.000 demandes les organismes étatiques n'ont pas rempli leur obligation légale de promouvoir ces actions contre les employés publics qui avec leur conduite ont donné lieu à des condamnations pour l'État ».

REYES ALVARADO Yesid, *La acción de repetición*, [en ligne]. Disponible sur : <http://www.elespectador.com/columna90410-accion-de-repeticion>

²⁸¹ CLÉMENT Jean-Marie, CLÉMENT Cyril, *Mémento de droit hospitalier*, op. cit. 365

²⁸² Le nouveau modèle constitutionnel colombien de responsabilité étatique introduit par la Constitution de 1991 est de type objectif fondé sur l'anti-juridicité du dommage, c'est-à-dire que le fondement de la responsabilité et l'analyse du juge reposent d'avantage sur le résultat du comportement dommageable que sur sa cause.

V.: ESGUERRA PORTOCARRERO Juan Carlos, *La responsabilidad patrimonial del estado en Colombia como garantía constitucional*, Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, p. 887, [en ligne]. Disponible sur : <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2553/34.pdf>

considérations liées à l'administration de la preuve, ainsi que par l'absence de sanctions en cas de négligence des dirigeants des organismes publics concernés. La grande majorité des actions en *répétition* initiées s'achèvent ainsi par un rejet des prétentions de la demande.

Et, parmi le nombre déjà très faible d'actions en *répétition* qui aboutissent à une condamnation de l'employé public dans la quasi-totalité des cas, la condamnation est, pour ainsi dire, symbolique. Cela s'explique par le risque, très probable, d'insolvabilité des agents publics impliqués²⁸³.

Que ce soit dans le système colombien²⁸⁴ ou français, l'action en répétition de l'établissement contre le médecin doit être portée devant le juge administratif, qui est seul compétent pour juger de ce type d'action.

En France, certains auteurs²⁸⁵ fondent cette affirmation sur une décision du Conseil d'État du 28 juillet 1951, qui précise que l'établissement doit saisir le juge administratif en signalant que : « (...) Lorsqu'un dommage a été causé à un tiers par les effets conjugués de la faute d'un service public et de la faute personnelle d'un agent de ce service (...), la contribution finale de l'administration et de l'agent à la charge des réparations doit être réglée par le juge administratif »²⁸⁶.

Toutefois, il faut le signaler, dans la pratique, cette action sera le plus souvent remplacée par un règlement entre l'assureur du médecin et celui de l'établissement.

²⁸³ TORRES CALDERÓN Leonardo, *¿Se justifica la acción de repetición? comentarios críticos a la ley 678 de 2001 y propuestas de reforma*, op. cit. p. 12

²⁸⁴ Article 7 de loi 678 de 2001.

²⁸⁵ LE SCOLAN Stan, PELLET Rémi, *Hôpitaux et cliniques. Les nouvelles responsabilités*, Ed. Economica, avril 2003, 271 p.122

²⁸⁶ Conseil d'État français, Ass., DELVILLE, N° 04032, 28 juillet 1951, Rec., p. 464

En Colombie, où l'assurance de responsabilité civile professionnelle n'est pas obligatoire pour le médecin, cette répétition se voit parfois substituée par une sanction disciplinaire. Cependant, il reste à voir l'influence que la nouvelle législation aura en la matière.

Il convient de souligner que s'agissant du droit colombien, les conséquences pour l'agent condamné lors d'une action en répétition peuvent s'avérer très lourdes. Le droit colombien prévoit que lorsque l'État est condamné pour l'action fautive ou dolosive d'un de ses agents, il doit se retourner contre celui-ci à fin de récupérer le prorata correspondant à sa participation à l'acte préjudiciable.

En l'absence de paiement de la part du fonctionnaire, la Constitution prévoit des conséquences particulièrement lourdes, comme notamment l'interdiction d'occuper de postes publics et/ou de contracter avec l'État.

Comme nous l'avons signalé auparavant, dans l'article 140 du nouveau Code contentieux, l'obligation d'engager une telle action en responsabilité contre ses propres agents, prévue par l'ancien l'article 86, est supprimée. Cette obligation est désormais remplacée par l'action en répétition prévue à l'article 142. La charge indemnitaire qui en cas d'action de réparation était auparavant entièrement à la charge du fonctionnaire fautif –dans les conditions décrites précédemment- est aujourd'hui proratisée.

La victime peut également requérir la responsabilité personnelle de l'agent hospitalier et cela devant le juge judiciaire. Comme pour l'hypothèse précédente, l'agent peut se voir condamner à réparer un dommage dont il n'est que partiellement responsable. Dans cette éventualité, il est logique qu'il puisse, lui aussi, se retourner contre l'administration afin de lui réclamer les sommes payées au titre de la faute de service, et cela devant le juge administratif.

Le contentieux de l'action récursoire relève donc de la compétence de la juridiction administrative. Même si l'acte en cause est une faute personnelle relevant du juge judiciaire, il est considéré que les litiges entre l'administration et ses agents relèvent de la compétence du juge administratif.

1.3.1. L'appel en garantie

Lorsque la victime engage son action contre une partie des responsables de l'acte préjudiciable, s'il s'avère qu'il en existe plusieurs, celui ou ceux qui considèrent que leur responsabilité est partagée, peuvent « *appeler en garantie* » les autres responsables éventuels.

Conformément à la Loi 678 de 2001, bien que l'action en responsabilité de l'État et l'action en répétition correspondent à des prétentions différentes, il n'y a pas d'obstacle à ce que dans la même procédure soit lié l'agent public au travers de l'appel en garantie. Dans une même décision, il sera décidé tant de la responsabilité qui incombe à l'État que de celle de l'employé public lorsque son comportement est entaché de dol ou correspond à une faute grave. Ce qui loin de représenter une atteinte au droit de défense de l'agent, lui garantit une meilleure défense et lui évite d'être pris au dépourvu. Cette action représente un avantage tant pour l'employé public que pour l'État²⁸⁷.

L'appel en garantie est donc le mécanisme par lequel il est possible d'obtenir la condamnation, dans une procédure déjà en cours, des possibles responsables n'ayant pas été appelés initialement au procès, à fin de parvenir à une répartition du préjudice au plus près de la réalité de la responsabilité de chacun. De la sorte, il ne sera pas nécessaire d'avoir recours à un nouveau procès, comme c'est le cas pour l'action en *répétition* ou récursoire.

²⁸⁷ Cour Constitutionnelle, décision N° C-338/06 du 3 mai 2006, Magistrat chargé de l'affaire : Clara Inés VARGAS HERNÁNDEZ, Bogotá D.C.

Pour ce faire, le demandeur en garantie dirige une requête au Tribunal, déjà saisi, afin de solliciter la mise en cause de la ou des personnes qui doivent, éventuellement le substituer, totalement ou partiellement, dans la réparation du préjudice. Il s'agit d'une accumulation de procédures. De la sorte, le juge fera une double analyse, d'un côté sur la responsabilité du défendeur - demandeur en garantie- initialement requis et d'un autre côté, sur la responsabilité du ou des appelés en garantie, car même si la non-responsabilité ou la responsabilité partielle du demandeur est constatée, cela n'implique pas nécessairement la responsabilité de l'appelé en garantie²⁸⁸.

Les appelés en garantie peuvent être divers. Il peut s'agir du médecin, des autres membres de l'équipe médicale, de l'organisme de soins et très souvent des assureurs.

Cependant, si la procédure se déroule devant la juridiction civile, par exemple lorsque la responsabilité personnelle du soignant est requise, et qu'il résulte du procès que la responsabilité de l'organisme de soins, personne publique, est engagée, l'hôpital ne pourra pas se substituer au médecin dans le cadre d'un appel en garantie, car seule la juridiction administrative peut juger de sa responsabilité. Toutefois, le conflit peut être élevé afin de déclarer la juridiction judiciaire incompétente. Le juge administratif pourra ainsi se prononcer sur la responsabilité de l'organisme de soins -personne publique-.

Ce mécanisme répond à des critères de célérité et d'économie procédurale qui cherchent à favoriser tant la victime que l'administration de justice. Et comme pour l'action en *répétition*, il s'inscrit également dans une logique de protection du patrimoine public.

²⁸⁸ DIAZ GRANADOS ORTIZ Juan Manuel, *El Seguro de responsabilidad*, Colección texto de jurisprudencia, Ed. Universidad el Rosario, Bogotá 2006, p.320

Section 2. Un régime spécifique de financement de l'indemnisation. Le modèle français

Depuis la loi du 4 mars 2002, en France, à la différence de la Colombie, outre la voie contentieuse²⁸⁹, le patient bénéficie d'un dispositif spécial d'indemnisation prévu pour les victimes d'accidents médicaux, d'infections iatrogènes ou d'infections nosocomiales.

Ce dispositif s'applique aux dommages causés par des actes de prévention de diagnostic et de soins²⁹⁰, quelle que soit l'origine du préjudice - établissement public ou privé, cabinet libéral- et le régime d'indemnisation applicable -fautif ou non fautif- à condition que le fait générateur ait eu lieu à compter du 5 septembre 2001²⁹¹.

La loi du 4 mars consacre deux régimes différents de responsabilité, un sur le fondement de la faute – du médecin ou de l'établissement de soins-, et l'autre en cas d'absence de faute. Ils sont ainsi pris en charge par la solidarité nationale, sous réserve de réunir certaines conditions.

Si le dommage est la conséquence d'un acte fautif, le principe reste inchangé. C'est le régime de droit commun qui s'applique²⁹². Le praticien

²⁸⁹ La procédure contentieuse est toujours possible, soit de manière alternative soit de manière concomitante, à tout stade de cette voie amiable d'indemnisation.

²⁹⁰ Code de la Santé Publique, article L-1142-1-I.

²⁹¹ MOQUET-ANGER Marie-Laure, *op. cit.*, p. 514 et 515

Ce dispositif s'applique aux accidents médicaux, affections iatrogènes et infections nosocomiales consécutifs à des activités de prévention, de diagnostic ou de soins réalisés à compter du 5 septembre 2001 et ce même pour les instances en cours n'ayant pas donné lieu à une décision irrévocable. Cependant, la loi introduisant ce délai – loi n° 2002-1577 du 30 décembre 2002- n'est en aucun cas rétroactive. DUPONT Marc, BERGOIGNAN-ESPER Claudine, PAIRE Christian, *Droit hospitalier*, Dalloz, 8ème éd. Paris 2011, p. 885

²⁹² Si la victime décide de saisir la CRCI, celle-ci donnera son avis sur la nature et l'étendue des dommages, ainsi que sur le régime d'indemnisation applicable mais non sur l'indemnisation. En cas de responsabilité non fautive, le dossier sera transmis à l'ONIAM qui est chargé de l'indemnisation. Cependant, l'indemnisation des actes

et/ou l'établissement de soins, le plus souvent par le biais des assureurs, doivent indemniser la victime. Cependant, comme nous le verrons plus tard, la solidarité nationale peut se substituer au responsable défaillant à fin d'assurer une indemnisation à la victime.

Lorsque la responsabilité du médecin ou de l'établissement de soins n'est pas engagée sur le fondement d'une faute, c'est-à-dire s'il s'agit d'un aléa thérapeutique, d'une infection iatrogène ou d'une infection nosocomiale, la loi du 4 mars prévoit un mécanisme spécial d'indemnisation à la charge de l'Office National d'Indemnisation des Actes Médicaux –ONIAM- et des Commissions Régionales de Conciliation et d'Indemnisation –CRCI-.

En effet, par cette loi le législateur français a entendu répondre à deux situations. D'un côté l'indemnisation des patients qui ayant subi des dommages graves, mais néanmoins non fautifs, suite à des accidents médicaux, se trouvaient souvent sans indemnisation, essentiellement lorsqu'il s'agissait du secteur privé. D'un autre côté, elle réaffirme le principe selon lequel les professionnels et les établissements de soins ne sont responsables des conséquences dommageables des actes de prévention, de diagnostic et de soins qu'en cas de faute.

2.1. Les conditions d'application

Le dispositif introduit par la loi du 4 mars 2002 prévoit que les victimes d'accidents fautifs et d'accidents médicaux graves, survenus depuis le 5 septembre 2001²⁹³, n'ayant pas donné lieu à une décision de justice

dommageables fautifs reste toujours à la charge des acteurs de santé concernés –même si l'ONIAM peut les indemniser de manière subsidiaire-.

²⁹³ Cette limite est donnée par la loi n° 2002-1577 du 30 décembre 2002, relative à la responsabilité civile médicale, modifiant la Loi n°2002-303 du 4 mars 2002 - art. 101 : «Les dispositions du titre IV du livre Ier de la première partie du code de la santé publique issues de l'article 98 de la présente loi, à l'exception du chapitre Ier, de l'article L. 1142 -2 et de la section 5 du chapitre II, s'appliquent aux accidents médicaux, affections iatrogènes et infections nosocomiales consécutifs à des activités de prévention, de diagnostic ou de soins réalisées à compter du 5 septembre 2001, même si ces accidents médicaux, affections iatrogènes et infections nosocomiales

définitive, peuvent être indemnisées, même en l'absence de faute médicale sous les conditions suivantes²⁹⁴ :

- le dommage doit être imputable à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins²⁹⁵ ;

- il doit revêtir un caractère particulier de gravité –article L-1142-1CSP-. Ce caractère de gravité est fixé par décret au regard de la perte de capacités fonctionnelles et des conséquences sur la vie privée et professionnelle mesurées en fonction du taux d'incapacité permanente ou de la durée de l'incapacité temporelle de travail. Ouvre droit à la réparation un taux d'incapacité permanente supérieur à 24%²⁹⁶ ;

- il doit avoir entraîné « *pour le patient des conséquences anormales au regard de son état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci* » – article L-1142-1CSP- ;

Et à titre exceptionnel :

- lorsque la victime est déclarée définitivement inapte à exercer l'activité professionnelle qu'elle exerçait avant la survenue de l'accident médical, de l'affection iatrogène ou de l'infection nosocomiale ;

- lorsque l'accident médical, l'affection iatrogène ou l'infection nosocomiale occasionne des troubles particulièrement graves, y compris d'ordre économique, dans ses conditions d'existence.

font l'objet d'une instance en cours, à moins qu'une décision de justice irrévocable n'ait été prononcée. (...) ».

²⁹⁴ MAUGÜE Christine, THIELLAY Jean Philipe, La responsabilité du service public hospitalier, *op.cit.* p.94 ; Code de la santé publique, article L-1142-1

²⁹⁵ L'article L.1142-1 du code de la santé publique, modifié par Loi n°2009-526 du 12 mai 2009 introduit le principe d'un régime de responsabilité pour faute en matière d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins. Il dispose qu'hors le cas où leur responsabilité est encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé, les professionnels de santé, ainsi que tout établissement, service ou organisme dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins ne sont responsables de ces actes qu'en cas de faute.

²⁹⁶ Code de la santé publique, article L-1142-1 « (...) Ouvre droit à réparation des préjudices au titre de la solidarité nationale un taux d'atteinte permanente à l'intégrité physique ou psychique supérieur à un pourcentage d'un barème spécifique fixé par décret ; ce pourcentage, au plus égal à 25 %, est déterminé par ledit décret ».

La loi n° 2002-1577 du 30 décembre 2002 -article L.1142-1-1- relative à la responsabilité civile médicale prévoit que les dommages les plus graves résultant d'infections nosocomiales sont indemnisés, quelle qu'en soit l'origine -responsabilité de l'établissement ou aléa-, par l'ONIAM, qui dispose alors d'une action subrogatoire contre l'établissement dans le cas de faute de sa part.

Seules les victimes directes ou les ayants droit, en cas de décès de la victime, ont accès à ce dispositif, les victimes par « ricochet » sont exclues²⁹⁷.

2.2. La CNAMed, les CRCI et l'ONIAM

Avant le nouveau dispositif introduit par la loi du 4 mars 2002, les victimes d'accidents médicaux disposaient seulement de la voie contentieuse pour obtenir réparation de leur dommage. Depuis, elles disposent, outre cette voie, d'une voie non-contentieuse.

Afin de faciliter le règlement amiable des litiges relatifs aux accidents médicaux, ainsi que les autres litiges entre usagers et personnels de santé²⁹⁸, la loi du 4 mars crée la Commission Nationale des Accidents Médicaux – CNAMed-, les Commissions Régionales de Conciliation et d'Indemnisation – CRCI – et l'Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux –ONIAM-.

La Commission nationale des accidents médicaux –CNAMed-, placée auprès du Ministère chargé de la justice et de la santé, a comme mission principale l'expertise. Elle instruit les demandes d'inscription des experts sur la liste nationale des experts en accidents médicaux, publiée au Journal

²⁹⁷ Code de la santé publique, article L1142-7.

²⁹⁸ Selon le Rapport au Parlement et au Gouvernement pour l'année 2009-2010 rendu par la Commission Nationale des Accidents Médicaux –CNAMed-, Il apparaît que la possibilité de saisir les CRCI pour les litiges entre usagers et professionnels de santé, établissements de santé n'est pratiquement pas utilisée. Aucune demande n'a été enregistrée dans ce domaine sur la période 2009-2010 ni sur les précédentes.

Officiel, après avoir procédé à une évaluation de leurs connaissances. Elle est chargée de former les experts qu'elle a inscrits sur la liste nationale, dans le domaine de la responsabilité médicale.

La Commission nationale des accidents médicaux est également chargée d'établir des recommandations sur la conduite des expertises, de veiller à une application homogène par les commissions régionales des différents principes institués par la loi ainsi que d'évaluer l'ensemble du dispositif dans le cadre d'un rapport remis annuellement au Gouvernement et au Parlement. Pour l'exercice de ces missions, la commission accède, à sa demande, aux informations couvertes par le secret médical dans des conditions déterminées par décret en Conseil d'État permettant de préserver la confidentialité de ces données à l'égard des tiers²⁹⁹.

Pour obtenir réparation par le biais de ce dispositif, les victimes, sous réserve des conditions citées auparavant, peuvent soumettre leur demande d'indemnisation à la Commission Régionale de Conciliation et d'Indemnisation concernée, chargée d'évaluer les conditions de l'indemnisation, qui sera ensuite assurée par l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux.

Ces commissions ont une nature administrative et non judiciaire, ainsi que le rappelle le Conseil d'État dans un avis du 10 octobre 2007³⁰⁰ : « (...)Les commissions régionales de conciliation et d'indemnisation, dont la saisine est dépourvue de caractère obligatoire et dont les avis ne lient pas l'ONIAM, sont des commissions administratives dont la mission est de faciliter par des mesures préparatoires, un éventuel règlement amiable des litiges relatifs à

²⁹⁹ Code de la santé publique, article L1142-10

³⁰⁰ Conseil d'État français, 5ème et 4ème sous-sections réunies, avis du 10 octobre 2007, n° 306590, Sachot, AJDA 2007, p. 2328 concl. J.-P. Thiellay ; RFDA 2008, p. 343, concl. J.-P. Thiellay, BERGOIGNAN-ESPER Claudine, SARGOS Pierre, *Les grands arrêts du droit de la santé*, op. cit. p. 512

des accidents médicaux, des affections iatrogènes ou des infections nosocomiales.

Il en résulte que, comme l'avis au fond sur la demande d'indemnisation, la déclaration par laquelle une commission s'estime incompétente pour connaître de la demande ou estime celle-ci irrecevable, quand bien même elle fait obstacle à l'ouverture d'une procédure de règlement amiable, ne fait pas grief et n'est pas susceptible d'être contestée devant le juge de l'excès de pouvoir dès lors que la victime conserve la faculté de saisir, si elle s'y croit fondée, le juge compétent d'une action en indemnisation et de faire valoir devant celui-ci tous éléments de nature à établir, selon elle, la consistance, l'étendue, les causes et les modalités de son préjudice, quelles qu'aient été les appréciations portées sur ces questions par la commission régionale de conciliation et d'indemnisation lorsqu'elle a été saisie ».

Les CRCI sont présentes dans chaque région. Elles sont présidées par un magistrat de l'ordre administratif ou de l'ordre judiciaire et sont composées, outre le président, de vingt membres représentant les usagers, les professionnels de santé, les établissements de santé, les assureurs, l'ONIAM, ainsi que de personnalités qualifiées³⁰¹.

Les CRCI comportent deux formations : une formation de règlement amiable pour les litiges relatifs aux accidents médicaux, une formation de conciliation pour les autres litiges. Cette dernière peut être saisie, soit en premier recours, soit après que la formation de règlement amiable ait déclaré irrecevable la demande, sous la forme d'une « *déclaration d'incompétence*³⁰² »

³⁰¹ Sur leur activité voir : <http://www.oniam.fr/crci/presentation/>

³⁰² Aux termes de l'article R.1142-15, al. 1 CSP, lorsqu'un avis ne peut être rendu, faute pour les dommages subis par la victime de présenter le caractère de gravité prévu par la loi, le rejet de la demande pris sur ce fondement est qualifié de « *déclaration d'incompétence* ».

lorsque les dommages imputés à un accident médical ne présentent pas le caractère de gravité prévu par la loi³⁰³.

Ces commissions disposent donc d'une double mission. D'un côté, elles cherchent à favoriser la résolution des conflits par la conciliation et, d'un autre côté, elles permettent l'indemnisation des victimes d'accidents médicaux par des voies amiables.

Pour cette première mission, les CRCI peuvent être saisies de toute contestation relative aux droits des malades et des usagers du système de santé -article L1114-4 CSP-, ainsi que de tout litige ou difficulté née entre le malade ou usager du système de santé et l'établissement de soins à l'occasion d'un acte de prévention, de diagnostic ou de soins, ou réalisé dans le cadre d'une recherche biomédicale - article R1142-19 CSP-

Quant à leur mission de règlement amiable, les commissions peuvent être saisies, par tout malade ou usager, ou en cas de décès, par ses ayants droit, qui estiment avoir subi un préjudice répondant aux conditions prévues par la loi du 4 mars citée auparavant.

Ces commissions ne sont cependant pas, compétentes pour fixer des indemnisations. Elles ont été instituées pour émettre, le plus souvent sur la base d'un rapport d'expertise, un avis sur la recevabilité de la demande et son instruction, suite à quoi le dossier est transmis soit au professionnel ou à l'établissement de soins concernés -ou leurs assureurs-, soit à l'ONIAM qui devront juger de l'indemnisation³⁰⁴.

³⁰³ Commission Nationale des Accidents Médicaux –CNAMed-, *Rapport au Parlement et au Gouvernement*, année 2009-2010, p. 12

³⁰⁴ V. : MOQUET-ANGER Marie-Laure, *op. cit*, p. 458

L'Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux, des Affections Iatrogènes et des Infections Nosocomiales -ONIAM-³⁰⁵ est un établissement public d'ordre national à caractère administratif, placé sous la tutelle du Ministère chargé de la Santé.

Sa mission principale est l'indemnisation, à titre de la solidarité nationale, des victimes d'accidents médicaux non fautifs, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales. De manière subsidiaire, l'Office assure la réparation des dommages fautifs, en cas de refus de paiement des assureurs des responsables, ou lorsque le préjudice relève à la fois de la faute et de la solidarité nationale³⁰⁶.

En plus de l'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales, l'Office est chargé de la réparation des dommages directement imputables aux vaccinations obligatoires -article L. 3111-9 CSP-, de l'indemnisation des victimes de préjudices résultant de la contamination par le virus d'immunodéficience humaine - L. 3122-1 CSP-, de l'indemnisation des victimes de préjudices résultant de la contamination par

³⁰⁵ Créé également par la loi du 4 mars 2002, il est composé par :

- Le Président de la Haute Autorité de santé mentionnée à l'article L. 161-37 du code de la sécurité sociale ou son représentant ;
- Le directeur de l'Institut de veille sanitaire ou son représentant ;
- Le directeur général de l'Union Nationale des Caisses d'Assurance Maladie ou son représentant ; le directeur de l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales ou son représentant ;
- Un responsable d'établissement public de santé proposé par les organisations d'hospitalisation publique représentatives au plan national ; deux responsables d'établissements de santé privés proposés par les organisations d'hospitalisation privée représentatives au plan national ;
- Deux praticiens hospitaliers exerçant dans les établissements publics de santé proposés par les organisations syndicales représentatives au plan national ;
- Un médecin exerçant dans les établissements de santé privés proposé par les organisations syndicales de médecins exerçant à titre libéral représentatives au plan national ;
- Un représentant des établissements de santé dispensés de l'obligation d'assurance mentionnés à l'article L. 1142-2 du code de la santé publique ;
- Deux représentants des médecins exerçant à titre libéral proposés par les organisations syndicales représentatives au plan national ; quatre représentants des assureurs, proposés par la Fédération française des sociétés d'assurance et par le Groupement des entreprises mutuelles d'assurances ;
- Deux représentants des usagers proposés par les associations d'usagers du système de santé ayant fait l'objet d'un agrément au niveau national dans les conditions prévues à l'article L. 1114-1.

³⁰⁶ DUPONT Marc, BERGOIGNAN-ESPER Claudine, PAIRE Christian, *Droit hospitalier*, op.cit. p. 889

le virus de l'hépatite C causée par une transfusion de produits sanguins ou une injection de médicaments dérivés du sang - L. 1221-14 CSP et de la réparation des dommages imputables directement à une activité de prévention, de diagnostic ou de soins réalisée en application de mesures prises conformément aux articles L. 3131-1 et L. 3134-1 CSP.

2. 3. La procédure d'indemnisation

La saisine des CRCI n'est pas obligatoire, la victime dispose du choix d'aller en justice ou de s'engager dans la voie amiable. Cependant, une fois que la procédure a été initiée devant une CRCI, elle doit informer la commission régionale de toute procédure juridictionnelle relative aux mêmes faits éventuellement en cours. La saisine de la commission suspend les délais de prescription pour agir en justice³⁰⁷.

La Commission Régionale qui reçoit la demande de la victime se prononce en premier lieu sur sa recevabilité, compte tenu de la composition du dossier et sur l'applicabilité de la loi, particulièrement au regard de la date de l'accident³⁰⁸.

Si le dossier est considéré comme complet par la commission, il est effectué un examen de sa recevabilité initiale à partir des pièces justificatives, celles-ci pouvant être préalablement soumises « *pour observation* » à un expert -article R.1142-14 CSP-. À cette étape, il existe donc deux possibilités : soit la conclusion négative sans expertise au fond, soit la désignation d'expert – pour une expertise au fond.

³⁰⁷ BERGOIGNAN-ESPER Claudine, SARGOS Pierre, *Les grands arrêts du droit de la santé*, op. cit. p. 515

³⁰⁸ MAUGÜE Christine, THIELLAY Jean Philipe, *La responsabilité du service public hospitalier*, op.cit. p.169 ; Sur la recevabilité du dossier voir : Commission Nationale des Accidents Médicaux –CNAMed-, *Rapport au Parlement et au Gouvernement*, année 2009-2010, p. 19

Si le seuil de gravité exigé par la loi n'est pas atteint, la commission émet une « *déclaration d'incompétence* », cela suppose que l'accident médical n'a pas provoqué chez le patient un dommage qui présente le caractère de gravité prévu au II de l'article L.1142-1 du CSP. Ce seuil de gravité est l'une des principales causes amenant à la Commission à estimer la demande irrecevable³⁰⁹.

Cette déclaration d'incompétence a pour seul effet de priver la victime d'une voie amiable. Le recours au juge compétent pour une action en indemnisation reste toujours possible. Cette possibilité de saisir le juge pourrait expliquer le fait que la victime ne bénéficie d'aucun recours contre cette décision d'incompétence. Cependant la portée des décisions rendues par le CRCI a toujours été source de contentieux, particulièrement en relation avec les voies de recours envisageables³¹⁰.

³⁰⁹ Commission Nationale des Accidents Médicaux –CNAMed-, *Rapport au Parlement et au Gouvernement*, op.cit., p. 19

³¹⁰ Dans une décision du 12 septembre 2005, le Tribunal administratif de Bastia s'est prononcé à ce propos. En l'espèce, un patient victime d'un accident médical avait saisi la CRCI de Corse qui s'était déclarée *incompétente* pour estimer qu'un lien causalité entre le dommage subi par le patient et l'acte médical ne pouvait pas être établi. Le patient avait alors saisi le Tribunal d'un recours pour excès de pouvoir, qui avait été rejeté. Le Tribunal a estimé que « Considérant, (...) que si l'article L.1142-8 du code de la santé publique dispose : « Lorsque les dommages subis présentent le caractère de gravité prévu au II de l'article L.1142-1, 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...cet avis ne peut être contesté qu'à l'occasion de l'action en indemnisation introduite devant la juridiction compétente par la victime(...) », la déclaration d'incompétence de la CRCI de Corse n'est ni un avis au sens des dispositions précitées ni un acte préparatoire mais un refus de proposition constitutif d'une décision administrative faisant grief et, comme tel, susceptible de recours ; (...) la décision par laquelle une CRCI rejette une demande tendant à ce qu'elle formule un avis sur la réparation des dommages subis par la victime d'un accident médical ne constitue pas une décision juridictionnelle à l'encontre de laquelle des voies de recours pourraient être exercées, selon le cas, devant une juridiction d'appel ou de cassation relevant de l'un ou de l'autre ordre de juridiction mais qu'elle est une décision administrative prise pour le compte d'un établissement public à caractère administratif dont le tribunal administratif, juge de droit commun du contentieux administratif, est seul compétent pour connaître en premier ressort.

(...) Il résulte de ce qui précède que l'exception d'incompétence et les fins de non-recevoir opposées en défense par l'ONIAM doivent être écartées ».

En se prononçant de la sorte, le Tribunal administratif de Bastia fait une distinction entre les décisions d'incompétence, susceptibles de recours car non constitutives d'un avis ou d'un acte préparatoire et privant ainsi le patient du droit de recourir à la procédure amiable, et lesdits avis.

Pour sa part, le Conseil d'État, saisi pour avis par la Cour administrative d'appel, adoptera une position différente -Avis n°306590 du 10 octobre 2007-.

Dans le mots du Conseil d'État, « Il en résulte que, comme l'avis au fond sur la demande d'indemnisation, la déclaration par laquelle une commission s'estime incompétente pour connaître de la demande ou estime celle-ci irrecevable, quand bien même elle fait obstacle à l'ouverture d'une procédure de règlement amiable, ne fait pas

Si le seuil est atteint, la commission désigne des experts - L.1142-9 CSP-. À cette étape, elle est chargée de l'instruction du dossier, aussi bien sur le plan administratif que médical.

Dans certaines hypothèses, tout en se déclarant compétente et en estimant le dossier recevable, après l'expertise au fond, la CRCI peut rejeter la demande d'indemnisation. Il en va ainsi lorsque le lien de causalité entre l'acte de soins et le dommage n'a pas pu être établi, lorsque le dommage susceptible d'être rattaché à un comportement fautif ou à la survenue d'un aléa thérapeutique, trouve sa source dans l'état antérieur à celui-ci³¹¹.

Dans un délai de six mois, à partir du moment où le dossier est complet, elle émet un avis qui portera sur les causes, la nature et l'étendue du dommage, ainsi que sur le régime d'indemnisation applicable. Si l'avis aboutit à une proposition d'indemnisation, il sera alors transmis soit au professionnel ou à l'établissement, soit à l'assureur, soit à l'ONIAM, ceci en fonction des situations.

Cet avis est un acte préparatoire qui cherche à faciliter la procédure d'indemnisation. La décision d'indemnisation incombe néanmoins aux payeurs. Si ces derniers ne font pas d'offre, leur décision peut être contestée devant le juge dans les conditions précisées par les textes³¹².

grief et n'est susceptible d'être contestée devant le juge de l'excès de pouvoir dès lors que la victime conserve la faculté de saisir, si elle s'y croit fondée, le juge compétent d'une action en indemnisation(...) ».

Pour le Conseil d'État, les décisions rendues par la Commission, selon qu'elles offrent une indemnisation ou rejettent la demande, ont toutes les mêmes conséquences juridiques, à savoir l'absence de grief. Dans ce sens, elles ne disposent d'aucun recours.

En se prononçant de la sorte, le Conseil d'État tenait à préserver la distinction entre les juridictions et les commissions, les premières rendant des décisions susceptibles de recours, les secondes des avis qui n'ont pas pour fonction de juger mais de régler, et préparer à une solution amiable.

Tribunal administratif de Bastia n° 0500230 du 12 septembre 2005, notes de F. Vialla, JCP n° 13 du 29 mars 2006, p. 622 et sq. ; "Responsabilité de la puissance publique, L'acte par lequel une CRCI se déclare incompétente n'est pas susceptible de recours", JCP 9 janvier 2008 G II n°10007, note Benoît Apollis et François Vialla

³¹¹ MAUGÜE Christine, THIELLAY Jean Philippe, La responsabilité du service public hospitalier, *op.cit.* p.173

³¹² *Ibidem*

A la suite de cet avis d'indemnisation, deux hypothèses de réparation sont possibles. Si la commission conclut qu'il s'agit d'un dommage fautif, d'une infection nosocomiale ou d'un accident médical qui n'atteint pas le seuil de gravité exigé par la loi, elle transmet son avis au professionnel, à l'établissement de santé ou le plus souvent aux assureurs, selon les cas, avec l'ensemble des documents communiqués par le demandeur à fin qu'ils puissent faire une offre à la victime dans un délai de quatre mois –article 1142-17 CSP-³¹³.

La victime peut soit accepter l'offre, soit la refuser en l'estimant insuffisante. Dans ce dernier cas, elle peut saisir le juge compétent, tout comme en l'absence d'offre. Si le juge donne raison à la victime, considérant l'offre manifestement insuffisante, il condamnera en outre l'assureur à verser une somme égale à 15% de l'indemnité qu'il alloue, sans préjudice d'éventuels dommages et intérêts à la victime³¹⁴.

Si la victime accepte l'offre qui lui est proposée, cette acceptation vaut transaction, au sens de l'article 2044 du code civil –article 1142-14 CSP-. En conséquence, elle met fin à toute autre action engagée devant la justice.

En cas de silence ou de refus explicite de la part de l'assureur de faire une offre, ou lorsque le responsable des dommages n'est pas assuré, ou que la couverture d'assurance est épuisée ou expirée, l'ONIAM se substitue à l'assureur. L'Office est subrogé, à concurrence des sommes versées, dans les droits de la victime contre la personne responsable du dommage ou son assureur –article 1142-15 CSP-. Le juge, saisi dans le cadre de la subrogation, condamne le responsable ou l'assureur à verser à l'Office une somme au plus égale à 15 % de l'indemnité qu'il alloue.

³¹³ Selon l'article L1142-14 du CSP, l'offre sera provisionnelle si l'assureur n'a pas été informé de la consolidation de l'état de la victime. L'offre définitive doit être faite dans un délai de deux mois à compter de la date à laquelle l'assureur a été informé de cette consolidation.

³¹⁴ MAUGÜE Christine, THIELLAY *op .cit.* p.172

Si l'assureur transige avec la victime mais estime que le dommage n'engage pas la responsabilité de son assuré, il dispose d'une action subrogatoire soit contre le tiers responsable, soit contre l'ONIAM, s'il estime qu'il n'y a pas de faute -article 1142-14 CSP-.

D'autre part, si la commission conclut qu'il s'agit d'un dommage non-fautif, ou d'une infection nosocomiale ou accident médical qui atteint le seuil de gravité exigé par la loi, la victime est dirigée vers l'ONIAM, qui doit également faire une offre d'indemnisation à la victime. La victime peut, également, accepter ou refuser l'offre si elle l'estime insuffisante et saisir le juge.

L'acceptation de l'offre vaut également transaction. A partir de la réception de l'acceptation de l'offre par la victime, l'ONIAM dispose d'un mois pour effectuer le paiement de l'indemnisation-article 1142-17 CSP-.

Si l'ONIAM transige avec la victime mais estime que la responsabilité d'un acteur de santé est engagée, il dispose d'une action subrogatoire contre celui-ci (article 1142-17 CSP).

Finalement, la Commission peut conclure que le dommage trouve son origine, d'une part, dans une faute et d'autre part dans un aléa. La CRCI adresse le dossier de la victime tant aux assureurs qu'à l'ONIAM qui devront partager la charge indemnitaire. Dans la pratique, cette possibilité est utilisée par les CRCI avec parcimonie. Il appartient alors à la Commission de déterminer avec précision la participation causale de chacun aux faits dommageables³¹⁵.

³¹⁵ MAUGÜE Christine, THIELLAY *loc .cit.*

2.4. La prise en charge de l'indemnisation par l'ONIAM

Suite à l'avis d'indemnisation émis par les CRCI que, il faut le rappeler, l'Office National d'Indemnisation des Actes Médicaux n'est pas tenu de prendre en compte, même s'il celui-ci est observé dans la plupart des cas, c'est à l'ONIAM, lorsqu'il s'agit de dommages lui incombant, à qui revient la charge d'indemniser les victimes, au titre de la solidarité nationale.

L'Office, dans un délai de quatre mois à compter de la réception de l'avis, adresse une offre d'indemnisation à la victime ou à ses ayants droits. Comme nous l'avons signalé auparavant, cette offre peut être acceptée ou refusée.

L'offre correspond à chaque chef de préjudice. Elle est personnalisée et non forfaitaire³¹⁶. Si l'offre est acceptée par la victime, le paiement doit intervenir dans un délai d'un mois à compter de la réception par l'ONIAM de l'acceptation.

L'ONIAM dispose de deux référentiels³¹⁷ des préjudices, un pour l'indemnisation des victimes d'accidents médicaux et un autre pour l'indemnisation des victimes du VHC - hépatite C- d'origine transfusionnelle, qui ont pour fonction de faire correspondre un montant financier à un type de dommage constaté. Il s'agit ici de documents indicatifs, et non d'une norme, c'est-à-dire que lors de l'analyse du dossier d'indemnisation de la victime, le chargé du dossier peut, en fonction de son appréciation particulière et des éléments dont il dispose, s'écarter de la référence.

³¹⁶ Cette offre doit indiquer l'évaluation retenue pour chaque chef de préjudice : patrimoine de la victime, préjudice matrimonial, bien-être personnel et familial, frais médicaux et perte de salaire et autres gains d'activité professionnelle due à une incapacité de travail partielle ou totale, temporaire ou permanente. Le préjudice personnel correspond aux souffrances physiques ou morales endurées, au préjudice esthétique et au préjudice d'agrément d'une vie normale et, s'il y a lieu, au préjudice moral des ayants droit. CLÉMENT Jean-Marie, CLÉMENT Cyril, *Mémento de droit hospitalier*, *op. cit.* p. 376

³¹⁷ Consultables sur : <http://www.oniam.fr/infos-et-documents/referentiels-d-indemnisation/>

Il est à noter, que l'Office peut être également appelé directement en justice devant la juridiction compétente lorsque celle-ci, saisie d'une demande d'indemnisation, estime que le dommage est réparable en l'absence de faute. La victime ne fait pas usage de la voie de règlement amiable des litiges et s'adresse directement à la juridiction concernée. L'ONIAM devient défendeur en la procédure -L 1142-21 CSP.

L'ONIAM, prend aussi directement en charge l'indemnisation de certains sinistres, sans aucune procédure préalable. Tel est le cas dans les hypothèses suivantes³¹⁸ :

- les dommages résultant d'infections nosocomiales survenues dans les établissements, services ou organismes de santé, avec un taux d'incapacité permanente supérieur à 25% ou entraînant un décès -L 1142-1-1-1° CSP-.

- les dommages résultant de l'intervention, en cas des circonstances exceptionnelles, d'un professionnel, d'un établissement, service ou organisme en dehors du champ de son activité de prévention, de diagnostic ou de soins -L 1142-1-1-2° CSP-.

- des préjudices imputables directement à certaines vaccinations obligatoires, notamment en cas d'activité professionnelle -L 3111-1 et ss- ; ainsi que les préjudices résultant des vaccinations non obligatoires mais provoquant un dommage dont le producteur est exonéré par l'effet de la loi sur des produits défectueux - Loi n° 98-389 du 19 mai 1998-.

- les préjudices résultant d'une contamination par le virus du VIH causé par une transfusion sanguine ou une injection de produits dérivés du sang -L3122-1 à 6-.

- les préjudices résultant d'une contamination par le virus de l'hépatite C causée par une transfusion sanguine ou une injection des médicaments dérivés du sang - L1211-14-.

³¹⁸ BERGOIGNAN-ESPER Claudine, SARGOS Pierre, *Les grands arrêts du droit de la santé*, op. cit. p. 519 et 520

- le préjudice lié à la naissance lorsqu'un médecin exerçant à titre libéral est condamné à le réparer et que sa couverture d'assurance est épuisée et que la victime ne peut obtenir l'exécution intégrale de la décision de justice, cela pour la part d'indemnisation non versée. -L1142-21-1-.

Ce système d'indemnisation, ainsi que le fonctionnement de l'ONIAM, est financé pour l'essentiel par une dotation globale votée annuellement par la loi de financement de l'assurance maladie³¹⁹.

³¹⁹ Code de la santé public, article L 1142-23 : « L'office est soumis à un régime administratif, budgétaire, financier et comptable défini par décret.

(...)

Les recettes de l'office sont constituées par :

1° Une dotation des régimes obligatoires d'assurance maladie versée et répartie dans des conditions fixées par décret ;

2° Le produit des remboursements des frais d'expertise prévus aux articles L. 1142-24-4, L. 1221-14, L. 1142-14 et L. 1142-15 ;

3° Le produit des pénalités prévues aux articles L. 1142-14, L. 1142-15, L. 1142-24-6 et L. 1142-24-7 ;

4° Le produit des recours subrogatoires mentionnés aux articles L. 1221-14, L. 1142-15, L. 1142-17, L. 1142-24-7, L. 3131-4, L. 3111-9 et L. 3122-4 ;

5° Une dotation versée par l'État en application de l'article L. 3111-9 ;

6° Une dotation versée par l'État en application de l'article L. 3131-4 ;

7° Une dotation versée par l'État en application de la section 4 bis du présent chapitre. ».

CONCLUSION

Le contentieux de la responsabilité hospitalière et médicale a connu une évolution certaine ces dernières années en Colombie. Toutefois, le chemin vers un système d'indemnisation respectueux des intérêts des patients et des soignants est encore long.

La méthodologie « comparative » que nous avons choisi d'utiliser pour notre étude, nous a permis de déterminer qu'en ce domaine, le droit colombien, malgré son important retard vis-à-vis du droit français, commence à introduire, essentiellement dans sa jurisprudence, des éléments de réflexion en vue d'une meilleure protection des victimes des dommages médicaux.

Une législation spécifique au droit médical, un régime unifié de responsabilité médicale en plus d'une réelle reconnaissance des dommages notamment non fautif, restent les principaux défis du droit colombien en la matière.

Même si la jurisprudence du Conseil d'État, par le biais de régimes probatoires plus favorables pour la victime¹ ou par l'application de critères plus ou moins objectifs d'évaluation de la responsabilité, tente d'apporter une réponse concernant les nouvelles problématiques liées à ce contentieux, force est de constater que le droit colombien doit, de toute urgence, continuer son

¹ En matière de responsabilité hospitalière, le régime probatoire a toujours été au centre des préoccupations. Étant donné la technicité qui peut parfois caractériser ce contentieux, les juges se sont toujours demandé sur qui devait peser la charge de la preuve.

Cela a conduit à une succession des régimes probatoires allant de la faute présumée, en passant par la faute dynamique, pour finir par celui de la faute prouvée, majoritairement utilisé à l'heure actuelle par le Conseil d'État.

travail vers l'unification de sa jurisprudence et continuer à explorer ce contentieux, au risque de continuer à pénaliser les usagers et les soignants d'un système de santé déjà très affaibli.

Le dommage *anti-juridique*, comme fondement du « régime général de responsabilité de l'État », tel qu'il a été établi par l'article 90 de la Constitution, doit aussi faire objet de plus de précisions. Les limites de sa portée doivent être redéfinies dans la jurisprudence du Conseil d'État qui souvent procède à des interprétations qui paraissent antinomiques.

La jurisprudence du Haut tribunal administratif en matière de responsabilité met souvent en avant les vertus de ce régime d'imputation « objectif » fondé sur le dommage *anti-juridique* selon lequel c'est l'*anti-juridicité* du dommage -au détriment de celui de l'agissement lui-même- qui prime lors de l'évaluation de la responsabilité.

Cependant, lorsque nous nous plongeons dans la jurisprudence administrative en matière médicale, c'est la défaillance dans la prestation du service médical qui est le plus souvent retenue par le Haut tribunal pour juger de la responsabilité de l'administration.

Cela implique que ce qui est mis en question au moment d'évaluer la responsabilité est la manière dont l'acte médical a été exécuté à fin d'établir s'il répond aux standards de la *lex artis* applicable aux moments de l'occurrence des faits.

Ainsi traitée, et malgré les tentatives d'éclaircissement du Conseil d'État à ce sujet², cette appréciation de la responsabilité se rapproche

² « La seule intervention - action ou omission dans la prestation médicale- n'est pas suffisante pour imputer à l'État les dommages subis par les patients. Il est nécessaire qu'il soit démontré que l'agissement médical a été constitutif d'une faute de service et que cette faute a été la cause efficiente du dommage. C'est-à-dire que, même si, conformément à ce qui est prévu dans l'article 90 de la

d'avantage d'un régime de responsabilité pour faute -qui est par ailleurs développe et utilisé par la jurisprudence Administrative - que d'un régime de responsabilité de type objectif où l'analyse se porte sur le fait de savoir si la victime a l'obligation légale de supporter un dommage.

La difficulté qui se pose, ce n'est pas l'application de cette théorie du dommage *anti-juridique* par le Conseil d'État, car selon les circonstances des faits, le régime de responsabilité peut changer. Toutefois, le faire de manière concomitante peut entraîner des confusions.

Des principes plus clairs doivent être apportés à ce contentieux. Par ailleurs, avec une approche plus rigoureuse et mieux adaptée au droit colombien, le dommage *anti juridique* -inspiré du droit espagnol- peut se révéler être une solution concernant l'indemnisation des dommages médicaux non fautifs.

En outre, les problématiques en matière de santé étant globales, les solutions doivent l'être également. L'unification qui est, timidement, en train de s'opérer au sein de la jurisprudence administrative doit intégrer la jurisprudence civile. Le patient ne devrait pas être pénalisé pour avoir reçu des soins dans l'un des deux secteurs, alors même que le plus souvent, ces soins lui sont imposés -s'agissant du cas colombien-.

Même, si pour des raisons évoquées lors de notre introduction, nous avons choisi de ne pas traiter le thème des assurances de responsabilité

Constitution, le droit à la réparation se fonde sur l'anti juridicité du dommage, il ne s'est pas suffisant de vérifier que la victime ou ses bénéficiaires n'étaient pas dans le devoir juridique de supporter ce dommage pour qu'ils aient droit à une indemnisation, il est essentiel que ce dommage soit imputable à l'Administration. Et, il ne le sera pas quand son intervention, bien que liée causalement au dommage, n'a pas été la cause efficiente de ce dernier mais que ce dommage constitue un effet non prévisible ou inévitable de la même maladie que souffrait le patient ou d'une cause différente ». Conseil d'État, Section III, décision n° 20215 du 28 février 2011, *op. cit*

civile, leur incidence directe sur la reconnaissance, par les juges notamment, des certains dommages, ne doit pas pour autant être négligée.

Dans un système tel que le colombien, où, nous le rappelons, l'assurance des responsabilités civiles n'est pas obligatoire, cela n'est sans doute pas sans lien direct avec la *méconnaissance* de certains dommages.

Pour conclure, il est important de signaler que même si tout au long de cette thèse, le système français a été un modèle pour nos réflexions, les solutions apportées par celui-ci, notamment en matière d'indemnisation des dommages médicaux, ne sont pas actuellement adaptées au cas Colombien, en particulier pour le coût financier qu'elles engendrent mais aussi par le manque d'un encadrement légal en la matière³.

La Colombie est en pleine mutation non seulement socialement, mais aussi au niveau du droit. Elle doit rattraper son retard et s'interroger sur des solutions en matière de responsabilité, qui correspondent à son modèle social, c'est à ce moment-là que patients et soignants pourront trouver leur équilibre.

³ Le droit colombien ne dispose pas d'une définition de l'acte médical qui puisse permettre d'établir sa portée. Même si les obligations des soignants sont établies par le Code d'Éthique médicale, lorsque il est nécessaire de préciser si un acte médical est considéré comme un acte de soins, par exemple, le juge fait appel aux critères développés par la doctrine étrangère, qui ne prennent pas toujours compte de la réalité du système colombien.

BIBLIOGRAPHIE

I. Ouvrages

Ouvrages colombiens

ARANGO (R), *Constitucionalismo, Estado social de derecho y realización integral de los derechos, Derechos, constitucionalismo y democracia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2004

CASTAÑO de RESTREPO (M. P.), *Derecho médico-sanitario (I)*, éd. Universidad del Rosario, Bogotá, 2008

CASTAÑO de RESTREPO (M. P.), *Responsabilidad civil y patrimonial del Estado*, éd. TEMIS, Bogotá 2003

DIAZ GRANADOS ORTIZ (J. M.), *El Seguro de responsabilidad*, Colección texto de jurisprudencia, éd. Universidad el Rosario, Bogotá, 2006

DIAZ-GRANADOS (J. M.), *Reforma a la Seguridad Social. Ley 100 de 1993*, Revista Fasecolda, 1994

FERNANDEZ (M), *La responsabilidad médica: Problemas actuales*, éd. Ibáñez, Bogotá 2008

GARCIA (D), *Bioética clínica*, éd. El Búho, Bogotá 1998

GIL BOTERO (E), *Temas de responsabilidad extracontractual del Estado*, Editorial Librería Jurídica Sánchez. 2^{ème} éd, Medellín 2001

HENAO (J. C.), *El Daño análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007

HINESTROSA (F), *Conferencias de Derecho Civil, Obligaciones*, Université Externado de Bogotá, Bogotá, 1964

JARAMILLO (C. I.), *Responsabilidad civil médica*, Colección Ensayos n°8 Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2006

JARAMILLO (C. I.), *Responsabilidad Civil Médica, La relación Médico-paciente: Análisis Doctrinal y Jurisprudencial*, Universidad Javeriana, Bogotá, 2002

MARTINEZ RAVE (G) et MARTINEZ TAMAYO (C), *Responsabilidad civil extracontractual*, 10^{ème} Edition, éd. TEMIS, Bogotá 2003

NAVIA AROYO (F), *El daño moral y el daño fisiológico ¿Una evolución real?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000

OSSA GOMEZ (J. E.), *Teoría General Del Seguro, El Contrato: (Ensayo de Interpretación Del Título V, Libro Cuarto, Del Código de Comercio de la República de Colombia)*, t. II, Temis, Bogotá, 1991

PARRA (M), *Carga de la prueba en la responsabilidad médica*, éd. Doctrina y Ley, Bogotá, 2004

PEREZ VIVES (A), *Teoría General de las obligaciones*, Tome II, éd. Temis, Bogotá 1954

PEREZ VIVES (A), *Teoría general de las obligaciones*, Tome III, éd. Temis, Bogotá, 1954

RUIZ OREJUELA (W), *Responsabilidad Medica Estatal*, éd. Librería Jurídica Sánchez, Medellín 2004

SAAVEDRA BECERRA (R), *La responsabilidad extracontractual de la administración pública*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá 2004

SANTOS BALLESTEROS (J), *Instituciones de responsabilidad civil*, t. II, éd. Universidad Javeriana, Bogotá, 2004

SARRANO ESCOBAR (L. G), *Nuevos conceptos de responsabilidad médica*, éd. Doctrina y Ley Ltd., Bogotá 2002

SUESCUN (J), *Derecho privado, Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, éd. Legis, Bogotá, 2004

TAMAYO JARAMILLO (J), *Culpa contractual. Su exigencia prueba y graduación. Obligaciones de medio y de resultado*, Ed. Temis, Bogotá, 1990

TAMAYO JARAMILLO (J), *La responsabilidad del Estado. El riesgo excepcional y las actividades peligrosas. El daño antijurídico*, éd. TEMIS, Bogotá, 1997

VALENCIA ZEA (A), *Derecho civil*, t. III. De las obligaciones, 8^{ème} éd. TEMIS, Bogotá, 1990

VAZQUEZ FERREYRA (R), *Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina*, Biblioteca Jurídica Diké, 1993

YEPES (S), *La responsabilidad civil médica*, éd. Diké, Medellín 2002

Ouvrages français

AMBIALET (J), *Responsabilité du fait d'autrui en droit médical*, Bibliothèque de droit privé, t. 54, LGDJ 1965

BERGOIGNAN-ESPER (C), SARGOS (P), *Les grands arrêts du droit de la santé*, Dalloz, 1^{ère} édition, 2010

CASTELLETTA (A), *Responsabilité médicale. Droits des malades*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd. 2004

CHAPUS (R), *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, 2^{ème} ed., Paris, LDGJ, 1957

CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, t. 1, Montchrestien, 15^{ème} éd., 2001

CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, t. 2, Montchrestien, 15^{ème} éd., 2001

CLÉMENT (J-M), CLÉMENT (C), *Mémento de droit hospitalier*, BERGER-LEVRAULT, 14^{ème} éd. Paris 2011

DARCY (G), *La responsabilité de l'administration*, Dalloz, 1996

DUPONT (M), BERGOIGNAN-ESPER (C), PAIRE (C), *Droit hospitalier*, Dalloz, 8^{ème} éd. Paris, 2011

FROSSARD (J), *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, L.G.D.J. Paris, 1965, p.13.

GONZALEZ (G), *La convention Européenne de droit de l'homme et la liberté de religion*, éd. ECONOMICA, Paris 1997

HUREAU (J), POITOUT (D), *L'expertise médicale en responsabilité médicale et en réparation du préjudice corporel*, éd. MASSON, 2^{ème} édition, 2005

LE SCOLAN (S), PELLET (R), *Hôpitaux et cliniques. Les nouvelles responsabilités*, éd. Economica, avril 2003

LE TOURNEAU (P), *La responsabilidad civil*, Traduction de Javier TAMAYO, éd. Legis 2004, Presses Universitaires de France, Paris 2004

LEMOYNE DE FORGES (J-M), *L'hospitalisé*, Berger-Levrault, Paris 1972

MAUGÛE (C), THIELLAY (J-P), *La responsabilité du service public hospitalier*, L.G.D.J, 2010

MEMETEAU (G), *Cours de droit médical*, 4^{ème} édition, Les Études Hospitalière Éditions, 2010

MOQUET-ANGER (M-L), *Droit hospitalier*, LGDJ, 2^{ème} éd. Paris 2012

MORAND-DEVILLER (J), *Cours de droit administratif*, 11^{ème} édition, Montchrestien, Paris 2009

OVERSTAKE (J-F), *Essai de classification des contrats spéciaux*, Montchrestien, Paris 1995

PAILLET (M), *La Faute du service public en droit administratif français*, Paris, L.G.D.J., 1980

PALEY-VINCENT (C), *Responsabilité du médecin. Mode d'emploi*, éd. Masson, Paris, 2002

PENNEAU (J), *La responsabilité du médecin*, Dalloz, 3^{ème} éd., Paris 2004

PENNEAU (J), *La responsabilité médicale*, éd. Sirey, Paris 1977

PENNEAU (M), *Le défaut d'information en médecine*, Dalloz 1999

POZZETTO (B), POZZETTO (J-M), *Infections nosocomiales virales et à agents transmissibles non conventionnels*, éd. John Libbey. Paris, 2001

RIVERO (J), WALINE (J), *Droit administratif*, 20^{ème} éd, Paris, Dalloz, 2004

RIVERO (J.), WALINE (J.), *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 17^{ème} éd., 1998

SAISON (J), *Le risque médical, Évolution de la responsabilité sans faute du service public hospitalier*, éd. L'Harmattan, Paris 1999

SAVATIER (R), AUBY (J.M.), PEQUIGNOT (J), *Traité de droit médical*, Librairie technique, Paris 1956

TRUCHET (D), *L'indemnisation de l'aléa thérapeutique*, Sirey, Paris, 1995

VANDENDRIESSCHE (X), *Études en l'honneur de Pierre SANDEVOIR, Service public, Services publics*, Ed. L'Harmattan, 2000

VIALLA (F), *Les grandes décisions du droit médical*, L.G.D.J, 2009

WEILL (A), TERRE (F), *Les Obligations*, Dalloz, Paris, 1986

Autres ouvrages

ATAZ LOPEZ (J), *Los médicos y la responsabilidad civil*, éd. Montecorvo, España 2001

- BARRAJO INVESTA (I)**, *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo*, éd. Civitas, Madrid, 1995
- DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ (C)**, *Responsabilidad objetiva y nexo causal en el ámbito sanitario*, Ed. Comares, Granada, 2006
- FERNANDEZ COSTALES (J)**, *El contrato de servicios médicos*, ed. Civitas, Madrid 1988
- FERNANDEZ HIERRO (J. M.)**, *Sistema de responsabilidad médica*, 4^{ème} édition, Comares, Grenade 202
- GARCIA DE ENTERRIA (E)**, *Curso de derecho administrativo II*, Editorial Civitas, Sexta edición, Madrid 1999
- GHERS (C. A.)**, *Responsabilidad Profesional*, Buenos Aires, éd. Astrea, 1998
- LELEU (Y-H), GENICOT (G)**, *Droit médical, Aspects juridiques de la relation médecin-patient*, éd. De Boeck Université, Bruxelles 2001
- ORDOQUI (G), OLIVERA (R)**, *Derecho Extracontractual*, t. II, Compendium de Responsabilité Extra-contractuelle, éd. Juridicas Amalio M. Fernández, Montevideo 1974
- PEYRANO (J. W.)**, *Cargas Probatorias Dinámicas*. Argentine, éd. Rubinzal-Culzoni Editores, 2008
- REBOLLO (L. M.)**, *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración en la Jurisprudencia*, Civitas, Madrid, 1977
- TANZI (S)**, *La Responsabilidad*, Homenaje al profesor Dr. Isidro Goldemberg, éd. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995

II. Thèses et mémoires

- BERAUD (C)**, *La Réparation d'une Perte d'une Chance*, Mémoire D.E.A. de droit des obligations civiles et commerciales sous la direction de Madame le Professeur CECCALDI-GUEBEL, Université Paris Descartes, 2001, p. 50 [en ligne]. Disponible sur : <http://www.droit.univ-paris5.fr/AOCIVCOM/01memoir/BeraudM.pdf>
- CHAPUS (R)**, *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, Thèse, Paris, 1952
- OBOEUF (O)**, *Le devenir de la responsabilité médicale du fait d'autrui après la Loi du 4 mars 2002*, Mémoire DEA droit privé, Université de Lille II – Droit et Santé, 2003
- POCHAT (H)**, *Les transformations du droit hospitalier contemporain. Étude sur les évolutions de la distinction droit public- droit privé*, Thèse de doctorat en Droit, Université de Nantes, 2005
- SOUPLET (I)**, *La perte de chance dans le droit de la responsabilité médicale*, Mémoire dans le cadre du DEA de Droit public, sous la direction de M. LECOCQ, Université de Lille 2002, p. 26

III. Rapports, études, colloques et autres

Rapports

Projet G.E.M.A. (Groupement des Sociétés d'Assurances à caractère Mutuel) annexé au rapport EWALD, *Le problème français des accidents thérapeutiques, enjeux et solutions*, La Documentation Française, Paris, 1992

Rapport annuel 2007, Cour de Cassation, JCP, Entreprise et Affaires n° 17, 24 Avril 2008, act. 224 ; [en ligne]. Disponible sur :

http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/rapport_annuel_36/rapport_2007_2640/

Rapport au Parlement et au Gouvernement - année 2009-2010, Commission Nationale des Accidents Médicaux -CNAMed, [en ligne]. Disponible sur :

http://www.sante.gouv.fr/IMG/pdf/CNAMed_09-10-2.pdf

Rapport au Parlement et au Gouvernement - année 2011-2012, Commission Nationale des Accidents Médicaux -CNAMed, [en ligne]. Disponible sur :

<http://www.sante.gouv.fr/IMG/pdf/RapportCNAMed2011-2012-8.pdf>

Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels, Cour de Cassation, présidé par Jean-Pierre DINTILHAC, 2 juillet 2005, [en ligne]. Disponible sur :

http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/bulletin_information_cour_cassation_27/bulletins_informat ion_2006_28/no_633_2014/communication_2015/rapport_5642.html#N_19

Rapport n° RM 2007-027P, février 2007, Inspection générale des affaires sociales (IGAS), BRAS Pierre-Louis et al. *L'assurance en responsabilité civile médicale*, 2007, p. 1

Colloques et journées d'études en Colombie

BERMUDEZ (M), *La noción de la carga de prueba y el régimen de la falla presunta en la responsabilidad de las entidades públicas prestadoras de los servicios médicos*, Ponencia para el XXI congreso colombiano de derecho procesal. Cartagena, 2000, p.7

HENAO (J. C.), «*Presentación general de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia*», Jornadas Colombo-Venezolanas de derecho público, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, p.788. Disponible sur: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1392/12.pdf>

Colloques et journées d'études en France

AUBE (J), *Peut-on se passer du critère organique en droit administratif ?*, Séminaire de droit administratif, Université Panthéon-Assas-Paris II, 19 avril 2012, [en ligne]. Disponible sur :

http://dpa.u-paris2.fr/IMG/pdf/Peut-on_se_passer_du_critere_organique_en_droit_administratif_- Jean_Aube.pdf

Colloques et journées d'études autres pays

LUCAS (P), *Vers une harmonisation européenne de l'évaluation du dommage*, in *Préjudices extrapatrimoniaux : vers une évaluation plus précise et plus juste de d'indemnisation*, Actes du colloque de la Conférence libre du Jeune Barreau de Liège (CLJB) du 16 septembre 200, EJBL 2004, p.102

Autres (Références électroniques)

ONIAM : (*Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux, des Affections Iatrogènes et des Infections Nosocomiales*), *Les dispositifs d'indemnisation*, [en ligne]. Disponible sur : <http://www.oniam.fr/procedure-indemnisation>

IV. Articles et Conclusions

Revues

Colombie :

ARIAS BARRERA (L. C.), *Principales aspectos del contrato de seguro de responsabilidad civil profesional en relación con la responsabilidad médica*, Revue électronique Mercatoria, Vol. 9, n° 1, Universidad Externado de Colombia. Departamento de Derecho Comercial, 2010, p.20

BERMUDEZ M., *La prueba de la responsabilidad estatal derivada de la prestación de servicios médicos*, Revista de derecho procesal, N° 21-22, 199, p.164

CARRILLO (J), *La responsabilidad médica*, Rev. de derecho privado, 2000 N° 5, p. 62

FERNANDEZ (M), *El alea terapéutica desde la perspectiva del derecho colombiano*, Rev. Prolegómenos - Derechos y Valores, Vol. XII - N° 23, Javier - Juin 2009, Bogotá, p. 43-58

GAÑÁN RUIZ (J.L.), *De la naturaleza jurídica del derecho a la salud en Colombia*, Revista Estudios de Derecho, Vol. LXVIII. N° 151, juin 2011, Medellín. 2011

GUZMAN (F), *Responsabilidad médica en el acto quirúrgico. Algunas consideraciones sobre aspectos probatorios*, Revista del Instituto colombiano de derecho procesal, N° 21-22, Bogotá, 1997

NAVIA ARROYO (F), *La responsabilidad extracontractual del estado a la luz del artículo 90 de la constitución política*, Revista de derecho privado n° 6, julio-diciembre, Universidad externado de Colombia, Bogotá 2000

OSUNA PATIÑO, (N.I.). *Apuntes sobre el concepto de Derechos Fundamentales*. Temas de Derecho Público. Universidad Externado de Colombia. Instituto de Estudios Constitucionales "Carlos Restrepo Piedrahita". N°. 37, Bogotá 1997

ROSERO DÍAZ DEL CASTILLO (C), *Urgente, se requiere transfusión sanguínea*, Responsabilidad jurídica, Rev. Médico-Legal n° 27, Bogotá, p. 30-33

SARMIENTO ARGÜELLO (M.J.), *La responsabilidad civil médica: una visión sociológica y jurídica del problema*, Revista médico legal n°1, 2012, p.16

VILLA MESA (E), *La alteración de las condiciones de existencia en Colombia*, Rev. Responsabilidad civil y del estado, Julio 2009, N°25, p.185

France :

Affaire Lambert : la CEDH valide l'arrêt des traitements, JCP A n° 24, 15 Juin 2015, act. 524
Annuaire de la Commission du droit international, Vol. II, 1ère partie, "*Force majeure*" et "*cas fortuit*" en tant que circonstances excluant l'illicéité : pratique des États, Jurisprudence internationale et doctrine. Document A/CN.4/315, 1978, p. 11 et 12.

AUBY (J.M), COUSTE (F), Jcl. *Responsabilité civile et assurances*, t. IV, fasc. 442-1, Paris, 1999, p. 15

BACH (L), *Fondement de la responsabilité civile en droit français*, R.T.D. civ., n° 1977, p. 225 n° 120 et sq

BARELLA (X), *Le droit à l'information en matière médicale. Vers la reconnaissance d'un droit subjectif du patient*, A.J.D.A, 31 octobre 2012

BENOIT (F-P), *Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé (problèmes de causalité et d'imputabilité)*, JCP, 1957, I

BORÉ (J), *L'indemnisation pour les chances perdues : une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable*, JCP G 1974.I. p.2620

BORÉ (J), *L'indemnisation pour les chances perdues, une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable*, JCP G, 1974, V, p.2620

BOY (L), *Le chirurgien a une obligation de sécurité accessoire à l'obligation de moyens*, JCP G n° 15, 14 Avril 1999, II 10068

BRIERE (G), *La réparation des conséquences des risques sanitaires*, RDSS, N°4 Dalloz 2002

CHATIEL (F), *Question prioritaire de constitutionnalité en responsabilité hospitalière*, Petites affiches, 29 juillet 2011, n° 150, p.14

COELHO (J), *La nouvelle configuration de l'indemnisation des conséquences des risques sanitaires : distinction entre responsabilité et solidarité*, Rev. de droit médical 2003 N°9, p. 31-46.

GONZALEZ (G), *L'objection à certains soins ou actes médicaux dictée par la conscience religieuse et la Convention européenne des droits de l'homme*, Mélanges Louis Dubouis, Dalloz 2002

GRARE (O), *Préjudice autonome en cas de méconnaissance par le médecin de son devoir d'information : début d'une saga juridique*, Revue Droit et Santé 2012 n° 47

GROUTEL (H), *1° Notion de préjudice d'agrément ; 2° Notion de préjudice sexuel*, Responsabilité civile et assurances n° 10, Octobre 2010, comm. 240

HAMON (F), *Le «droit de ne pas naître» devant le Conseil constitutionnel*, Petites affiches, 29 juillet 2010 n° 150, p. 4-9

HENNETTE-VAUCHEZ (S), *Conseil génétique et responsabilité : l'embarrassante question du concours de la victime à la survenance d'un dommage*, AJDA, 9 février 2009, p.219

HOCQUET-BERG (S), *La place du défaut d'information dans le mécanisme d'indemnisation des accidents médicaux*, Rev. Responsabilité civile et assurances n° 5, Mai 2010, étude 5

JAUNAIT (A), *Comment peut-on être paternaliste ? Confiance et consentement dans la relation médecin-patient*, Rev. Raisons Politiques, 2003, n° 11, p.62

JOURDAIN (P), *Nature de la responsabilité et portée des obligations du médecin*, J.-Cl. (Civ.), Hors-série, juillet-août 1999

LABBEE (X), *Respect et protection du corps humain. - l'enfant conçu. - Généralités*, JCL, fasc. 50, 29 Avril 2011

LAMBERT-FAIVRE (Y), *La réparation de l'accident médical. Obligation de sécurité : oui ; aléa thérapeutique : non*, Rec. Dalloz 2001, chron., N°7, p. 572

LEMAIRE (J-F), IMBERT (J-L), *La responsabilité médicale*, Presse Universitaire de France, Paris, 1985, p.46.

LENOIR (D) et al, *Santé public, assurance maladie : le pari de la responsabilité*, Regards prospectifs sur l'État stratégie n° 3 - Commissariat général du Plan, Dépendance Santé, Juin 2005, p. 186, 187

MARIANI-BENIGNI (I), *L'exception de risque accepté dans le contentieux administratif de la responsabilité*, RDP 1997, p.841

MARKUS (J-P), *Responsabilité des établissements publics de santé. - Fondements*, JCl. Adm., fasc. 906-10, 27 Janvier 2010

MARKUS (J-P), *Responsabilité des établissements publics de santé.- Préjudice*, JCl. Adm., Fasc. 906-20, 27 Janvier 2010

MARTIN (R), *Indemnisation des infections nosocomiales et accidents médicaux*, Rev. Juridique de l'ouest 2003/03, p.245-248

MAZEAUD (D), *Indemnisation de l'aléa thérapeutique*, Rec. Dalloz, 2001, n 20, p.1550

MOQUET-ANGET (M-L), *Droit de la santé - Responsabilité médicale et hospitalière. - Décisions de juillet à décembre 2009*, JCP n° 23, chron. 7 Juin 2010, 2186

MOQUET-ANGET (M-L), *Droit de la santé - Responsabilité médicale et hospitalière. - Décisions de janvier à juin 2010*, JCP A, n° 6, 7 chro. Février 2011, 2045

PACTEAU (B), *Contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité : la loi anti-Perruche en ligne de mire !*, JCP A, n° 29, 18 juillet 2011, p. 29-3

PAILLET (M), *Recours en responsabilité*, Jcl. Administratif, Fasc. 1124-3°, 19, février 2009

PICARD (M), André (B), *Les assurances terrestres en droit français*, LGDJ, t.1, Le contrat d'assurance, 3^{ème} éd., Paris, 1970

PIERRE (P), *Erreur médicale et faute juridique : brèves réflexions à propos d'un thème en renouvellement*, Rev. Juridique de l'Ouest 2006/2, p.187

RIOT (C), *L'exercice " subordonné " de l'art médical*, Dalloz, 2006, Doctrine, Chr. p. 111 à 114
SARGOS (P), *L'aléa thérapeutique devant le juge judiciaire*, JCP G, 2000-I-202, p. 189
TABUTEAU (D), *L'indemnisation du risque thérapeutique*, Droit Social, 3 mars 1992, p. 306
TABUTEAU (D), *Sécurité sanitaire et droit de la santé*, RDSS n°5, 2007 p. 823
VIALLA (F), *Défaut d'information classicisme ou originalité?*, Rev. Droit et Santé 2012 n° 47
VIALLA (F), *Subordination ou indépendance*, Rev. Droit et Santé, n°4, mars 2005, p.103

Autres pays

FAGNART (J-L), *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence*, éd. Larcier, Bruxelles, 1997, n°38, page : 45.
FALLA GARRIDO (F), *El derecho de indemnización por limitaciones o vinculaciones impuestas a la propiedad privada*, Revista de la Administración Publica (R.A.P), N° 81. Madrid 1976
LENEL (O), *El mandato retribuido*, Revue de droit privé, Madrid 1974

Articles par internet

Colombie

ESGUERRA PORTOCARRERO (J. C.), *La responsabilidad patrimonial del estado en Colombia como garantía constitucional*, Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, p. 887, [en ligne]. Disponible sur :
http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-131213-04responsabilidad_por_infecciones_intrahospitalarias/noti-131213-04responsabilidad_por_infecciones_intrahospitalarias.asp
http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/revista8/accion_repeticion.pdf
QUINTERO NAVAS (G), *La responsabilidad civil de los funcionarios*, Biblioteca jurídica virtual del instituto de investigaciones jurídicas UNAM, [en ligne]. Disponible sur:
<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2499/22.pdf>
QUINTERO NAVAS (G), *Regímenes especiales de responsabilidad*, Biblioteca jurídica virtual del instituto de investigaciones jurídicas UNAM, [en ligne]. Disponible sur :
<http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2499/23.pdf>
REYES ALVARADO (Y), *La acción de repetición*, [en ligne]. Disponible sur :
<http://www.elespectador.com/columna90410-accion-de-repeticion>
SARMIENTO NICHOLLS (T), Magistrat auxiliaire au Conseil d'État, *La acción de reparación directa*, Revista electrónica Máximo Gris, Bogotá 2009, [en ligne]. Disponible sur :
<http://maximogris.net/revista/?p=1838>
TAMAYO JARAMILLO (J), *Responsabilidad por infecciones intrahospitalarias*, Revue Ámbito jurídico, 12 décembre 2013, [en ligne]. Disponible sur:

TORRES CALDERÓN (L), *¿Se justifica la acción de repetición? comentarios críticos a la ley 678 de 2001 y propuestas de reforma*, CIVILIZAR, Revue électronique de diffusion scientifique – Universidad Sergio Arboleda, juin 2005, Bogotá, [en ligne]. Disponible sur : http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/revista8/accion_repeticion.pdf
<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2553/34.pdf>

France

BACACHE-GIBEILI (M), *L'obligation d'information du médecin sur les risques thérapeutiques*, [en ligne]. [Réf. 07 janvier 2004] Disponible sur : <http://www.droit.univ-paris5.fr/cddm/modules.php?name=News&file=article&sid=37>

BIBAL (F), *La Cour de Cassation donne raison aux victimes, Réparation de préjudices corporels*, 3 avril 2010, [en ligne], Disponible sur : <http://cabinet-arpej.eu/dotclear/index.php/post/2010/04/03/ONIAM-DEFAULT-DINFORMATION-ET-ALEA>

BOURGIN (E), *La responsabilité médicale et l'aléa thérapeutique*, Article de doctrine publié le 24 avril 2009, classé dans le thème responsabilité médicale [en ligne]. Disponible sur : <http://www.net-iris.fr/veille-juridique/doctrine/22123/responsabilite-medecale-et-alea-therapeutique.php>

Conseil d'État français, *Responsabilité de l'État - L'engagement de la responsabilité des hôpitaux publics*, Dossiers thématiques, avril 2009, [en ligne]. Disponible sur : <http://www.conseil-État.fr/cde/fr/dossiers-thematiques/responsabilite-de-l-%C3%89tat-l-engagement-de-la.html>

CORPART (I), « Décès et accès au dossier médical par les ayant-droit », 2007. [en ligne]. Disponible sur :

<http://www.google.fr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCIQFjAA&url=http%3A%2F%2Fgreitd.free.fr%2Fyveslebonniec171100.doc&ei=w6B1VfjuBMv3UoL1gNAE&usg=AFQjCNFRyQFAYdc42CUmO80zoKGcrXlnJQ>

<http://www.informationhospitaliere.com/actualite-10684-deces-acces-dossier-medical-ayants-droit.html>

<http://www.iutcolmar.uha.fr/internet/recherche/Jcerdacc.nsf/cd18f819e6910f4ac1256c910039510d/c8651f2988fe477cc1256d0900307420?OpenDocument>

<http://www.jac.cerdacc.uha.fr/internet/recherche/Jcerdacc.nsf/NomUnique/JLAE-5LMCCS>

LE BONNIEC Yves, « *Le choix qui n'écarte rien et le refus du choix qui détermine* », La réforme du système de protection sociale en Colombie, I.H.E.A.L. C.R.E.D.A, Paris, novembre 2000, [en ligne]. Disponible sur :

SCHNEIDER (A), *Le principe de virtualité de la faute : Une conséquence de l'emprise du collectif dans le droit de la responsabilité civile extra-contractuelle*, Journal des accidents et des catastrophes, JAC. n° 34, [en ligne]. Disponible sur :

V. Textes d'ordre international, constitutionnel et légal

Dispositions constitutionnelles colombiennes

Constitutions :

Disponibles sur le site : www.lablaa.org (Biblioteca Luis Ángel Arango).

Constitution colombienne de 1991.

Dispositions constitutionnelles d'autres pays

Constitution espagnole de 1978, 106 al. 2.

Dispositions légales

Lois et Décrets colombiens

Lois :

Disponible sur le site : www.secretariassenado.gov.co

Loi 23 du 18 février 1981 (JO n° 35.711, du 27 de février 1981

La loi 1751 du 16 février 2015 (JO n° 49.427 du 16 février 2015)

Décrets :

Disponible sur le site : www.web.presidencia.gov.co/decretoslinea

Décret 3380 du 30 novembre 1981 (JO n°. 35.914 du 30 de novembre de 1981)

Lois et Décrets français

Lois :

Disponibles sur le site : www.legifrance.gouv.fr

Loi n° 91-1406 du 31 décembre 1991 (portant diverses dispositions d'ordre social [JORF n°3 du 4 janvier 1992 p. 178]).

Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 (relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé [JO n° 54 du 5 mars 2002 page 4118 texte n° 1]).

Loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 (relative aux droits des malades et à la fin de vie).

Codes

Colombie :

Disponible sur le site : www.encolombia.com/derecho/derecho-leyes.htm

Code de la Procédure Administrative et du Contentieux Administratif (Loi 1437 de 2011 [JO n° 47.956 du 18 janvier 2011]).

Code Civil (Loi 57 de 1887)

France :

Code de la Santé Publique, commenté sous la direction de F. Dreifuss-Netter ; Litec, 2009

VI. Jurisprudence

Jurisprudence colombienne

Cour Constitutionnelle Colombienne

Disponible sur le site www.corteconstitucional.gov.co

C.C, Chambre de révision, décision T-484/92 du 13 août 1992, dossier N°. 2130, Magistrats Chargés de l'affaire : Fabio MORON DIAZ, Simon RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Jaime SANIN GREFFENSTEIN

C.C, décision T-401 du 12 septembre 1994, Magistrat chargé de l'affaire : Eduardo CIFUENTES MUÑOS

C.C, décision T-411/94 du 19 septembre 1994, dossier T-38362, Magistrat charge de l'affaire : Vladimiro NARANJO MESA

C.C, décision SU-377/99 du 23 Octobre 1995. Magistrat chargé de l'affaire : Alejandro MARTINEZ CABALLERO

C.C, décision T-477 du 23 octobre 1995, Magistrat chargé de l'affaire Alejandro MARTINEZ CABALLERO

C.C, Chambre de révision, décision T-571/95 du 1 novembre 1995, dossier N° T-78626. Magistrat chargé de l'affaire : Fabio MORON DIAZ

C.C, décision C-264-96 du 13 juin 1996, Magistrat chargé de l'affaire : Eduardo CIFUENTES MUÑOS

C.C, décision C-333/96 du 1° août 1996, Magistrat chargé de l'affaire : Alejandro MARTÍNEZ CABALLERO

C.C, décision T-474 du 25 septembre 1996, Magistrat chargé de l'affaire : Fabio DIAZ MORON

C.C, décision T-100472 du 25 septembre 1996, Magistrat chargé de l'affaire : Fabio MORON DIAZ

C.C, décision C-239/97 20 du mai 1997, Magistrat chargé de l'affaire : Carlos GAVIRIA DIAZ

C.C, décision SU-337 du 12 mai 1999, Magistrat chargé de l'affaire : Alejandro MARTINEZ CABALLERO

C.C, décision T-650/99 du 2 septembre 1999, dossier T-237272, Magistrat chargé de l'affaire : Alfredo BELTRAN SIERRA

C.C, décision n° C-111-00 du 9 février de 2000, Magistrat chargé de l'affaire : Alvaro TAFUR GALVIS

C.C, décision n° D-2585 du 12 avril 2000, Magistrat chargé de l'affaire : Antonio BARRERA CARBONELL

C.C, décision n° D-3885 du 24 juillet 2002, Magistrat chargé de l'affaire : Rodrigo ESCOBAR GIL

C.C, décision n° C-1027-02 du 27 novembre de 2002, Magistrat chargé de l'affaire : Clara Inés VARGAS HERNÁNDEZ

C.C, décision C-043/04 du 27 janvier 2004, Magistrat chargé de l'affaire : Marco Gerardo MONROY CABRA

C.C, décision T-306/05 du 31 mars 2005, dossier N° T-1008946, Magistrat chargé de l'affaire : Clara Inés VARGAS HERNÁNDEZ

C.C, 1^{ère} chambre de Révision, décision T-456 du 4 mai 2005, Magistrat chargé de l'affaire : Jaime ARAUJO RENTERIA

C.C, Ass. décision n° D-6017 du 3 mai 2006, Magistrat chargé de l'affaire : Clara Inés VARGAS HERNÁNDEZ

C.C, décision n° C-338/06 du 3 mai 2006, Magistrat chargé de l'affaire : Clara Inés VARGAS HERNÁNDEZ

C.C, décision T-834/06 du 12 octobre 2006, dossier T-1370709, Magistrat chargé de l'affaire : Nelson PINILLA PINILLA

C.C, 2^{ème} chambre de Révision, décision T-760-08 du 31 juillet 2008, Magistrat chargé de l'affaire : Manuel José CEPEDA

C.C, Ass., décision N° C-755-13 du 30 octobre 2013, Magistrat chargé de l'affaire : Maria Victoria CALLE CORREA

Conseil Supérieur de la Magistrature du Conseil Supérieur de la Magistrature

C.S.M., Salle Juridictionnelle Disciplinaire, décision n° 200401207 du 26 mai de 2004, Magistrat chargé de l'affaire : Alonso FLECHAS DIAZ

Cour Suprême de Justice

Disponible sur le site : www.cortesuprema.gov.co

CSJ, civ., décision du 31 mai 1938, Gazette Judiciaire, Tome XLVI, p. 566

CSJ, cassation civile, décision du 5 Mars 1940, Magistrat chargé de l'affaire : Liborio ESCALLON, Gazette Judiciaire XLIX, p.116

CSJ, Chambre des affaires généraux, décision du 14 Mars 1942, Gazette Judiciaire, Tome XII, p. 937

CSJ, Chambre des affaires généraux, décision du 13 décembre 1943, Magistrat chargé de l'affaire : Anibal CARDOZO GAITAN

CSJ, décision du 14 Octobre 1959, Gazette Judiciaire 2217, pages. 759

CSJ, décision du 3 mai 1965, Gazette Judiciaire Tome CXL, page. 126

CSJ, décision du 3 Novembre 1977, Gazette Judiciaire, 2398, p. 332

CSJ, civ., décision du 26 Novembre 1980, Magistrat chargé de l'affaire : Hector GOMEZ URIBE, *GJ* n°. 2423, p. 359

CSJ, Décision du 12 Septembre 1985, Gazette Judiciaire, 2419, p. 407

CSJ, civ, décision no. 2423 du 26 Novembre 1986, Gazette Judiciaire CLXXXIV, p. 358-389, Magistrat chargé de l'affaire : Hector GOMEZ URIBE

CSJ, civ., décision S-074 du 8 Septembre 1998, Magistrat chargé de l'affaire : Pedro LAFONT PIANETA, Bogotá D.C

CSJ, civ.,décision n° 5507 du 30 janvier 2001, Eduardo AFANADOR SALOMON y Alba Luz GORDILLO HERNANDEZ y otros c/ José Antonio RIVAS CORREA., Magistrat chargé de l'affaire : José Fernando RAMIREZ GOMEZ

CSJ, civ., décision n° 5507 du 30 janvier 2001, Eduardo AFANADOR SALOMON y Alba Luz GORDILLO HERNANDEZ y otros c/ José Antonio RIVAS CORREA., Magistrat chargé de l'affaire : José Fernando RAMIREZ GOMEZ

CSJ, civ., décision n° 6436, du 4 Avril 2001, Magistrat chargé de l'affaire : Jorge SANTOS BALLESTEROS

CSJ, civ., décision n° 6143 du 27 septembre 2002, Ligia RENDON MUÑOZ c/ Comunidad Hermanas Dominicas de la Presentacion de la Santisima Virgen de Tour Providencia de Medellin, Magistrat chargé de l'affaire : Nicolas BECHARA SIMANCAS

CSJ, civ., décision n° 6430 du 11 septembre 2002 Jorge Enrique PARRA RODRIGUEZ c/ OFTALMOS S.A. y Alejandro ARCINIEGAS CASTILLA., Magistrat chargé de l'affaire : José Fernando RAMÍREZ GÓMEZ

CSJ, civ., décision n° 6199 du 13 de septembre de 2002, Efraín Araque Bautista, c/ Guillermo Orozco Martinez, Magistrat chargé de l'affaire :. Nicolas BECHARA SIMANCAS

CSJ, civ., décision n° 14415 du 18 mai 2005, Clínica Nuestra Señora del Pilar Ltda. y Armando ARDILA CUÉLLAR c/ Florencio SÁENZ PEÑA y otros, Magistrat chargé de l'affaire : Jaime Alberto ARRUBLA PAUCAR

CSJ, civ., décision n° 05001 3103 000 1996 5497- 01 du 19 Décembre 2005, Magistrat chargé de l'affaire : Pedro Octavio MUNAR CADENA

CSJ., cass. sociale, décision n° 29519 du 13 février 2007, Álvaro CORREA PESCADOR et María Edilma GÓMEZ BOHORQUEZ c/ Entidad Promotora de Salud Organismo Cooperativo "SALUDCOOP", Magistrat chargé de l'affaire : Carlos Isaac NADER

CSJ., cass. sociale, décision n° 28.983 du 17 mars 2007, Alfonso BARRAGAN CASTRILLON c/ Instituto de Seguros Sociales, Magistrat chargé de l'affaire : Isaura VARGAS DIAZ

Csj., cass. sociale. Décision du 26 avril 2007, Magistrat chargé de l'affaire : Luis Javier OSORIO LOPEZ

CSJ., cass. sociale, décision n° 30621 du 22 janvier 2008, Instituto de Seguros Sociales c/ Olga Beatriz PEREZ, Magistrat chargé de l'affaire : Eduardo LÓPEZ VILLEGAS

CSJ, civ., décision n° 05001 3103 002 1998 00869 00 du 28 juin 2011, Raúl CORREA VELÁSQUEZ c/ Clínica de Especialistas Envigado Ltda, Magistrat chargé de l'affaire : Pedro Octavio MUNAR CADENA

CSJ, civ., décision n° 05001-3103-002-2002-00099-01 du 4 mai 2009, Magistrat chargé de l'affaire : William NAMÉN VARGAS

CSJ, civ., décision du 30 novembre 2011, Manuel GUILLERMO VELÁSQUEZ VELOZA y otros c/ COLSANITAS S.A. Compañía de Medicina Prepagada y otros, Magistrat chargé de l'affaire : Arturo SOLARTE RODRÍGUEZ

CSJ, civ., décision n° 11001-3103-027-1998-37459-01 du 13 septembre 2013, Magistrat chargé de l'affaire : Arturo SOLARTE RODRÍGUEZ ;

CSJ, civ., décision n° 20001-3103-005-2005-00025-01 du 5 novembre 2013, Magistrat chargé de l'affaire : Arturo SOLARTE RODRÍGUEZ

Conseil d'État

Disponible sur le site : www.consejodeestado.gov.co

CE, Section III, 28 avril 1967, William BENDECK c/ État colombien, Magistrat chargé de l'affaire : Carlos PORTOCARRERO MUTIS

CE, Section III, décision n° 5902 du 24 Octobre 1990, Magistrat chargé de l'affaire : Gustavo DE GREIFF RESTREPO

CE, section III, décision du 22 novembre 1991, Magistrat chargé de l'affaire : Julio César URIBE ACOSTA

CE, section III, décision 6637 du 16 mars 1992, Maria Alexia ARANGO G y otros c/ Instituto de Seguros Sociales, Magistrat chargé de l'affaire : Daniel SUAREZ HERNANDEZ

CE, Section III, décision n° 5988 du 22 mai 1992, Amable Genaro ROSERO c/ INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, Magistrat chargé de l'affaire : Juan de Dios MONTES HERNÁNDEZ AGUIRRE

CE, Section III, décision n° 6897 du 30 juillet 1992. Magistrat chargé de l'affaire : Daniel SUAREZ HERNANDEZ **CE**, Section III, décision n° 7248 du 6 mai 1993, Magistrat chargé de l'affaire : Julio César URIBE

CE, Section III, décision n° 7336 du 3 novembre 1992, Gloria Ines CADAVID DE VARGAS c/ Instituto de Seguros Sociales - I.S.S., Magistrat chargé de l'affaire : Daniel SUAREZ HERNANDEZ

CE, Section III, décision n° 7248 du 6 mai 1993, Magistrat chargé de l'affaire : Julio César URIBE

CE, Section III, décision n° 8163 du 13 juillet 1993, Magistrat chargé de l'affaire : Carlos BETANCOR JARAMILLO

CE, Section III, décision n° 8423 du 14 décembre 1993, Martin Bernardo TANGARIFE VELASQUEZ c/ Instituto de Seguros Sociales, Magistrat chargé de l'affaire: Daniel SUAREZ HERNANDEZ

CE, Section III, décision n° 7973 du 18 février 1994, Magistrat chargé de l'affaire : Julio César URIBE ACOSTA

CE, Section III, décision n° 7973 du 18 avril 1994, Magistrat chargé de l'affaire : Julio César URIBE ACOSTA

CE, Section III, décision n° 9618 du 21 octobre 1994, Maritza PADILLA JOJOA c/ Caja Nacional De Previsión, Magistrat chargé de l'affaire : Julio César URIBE ACOSTA

CE, Section III, décision 11312 du 20 février 1996, José Pedro HERNÁN TAMAYO c/ Departamento de Santander - I. S. S., Magistrat chargé de l'affaire : Daniel SUÁREZ HERNÁNDEZ

CE, Section III, décision n° 11301 du 22 mai 1996, Laura Rosa GIL RENDÓN y otros c/ Ministerio de Salud y Dirección Seccional de Salud del Dpto. de Caldas, Magistrat chargé de l'affaire : Jesús María JARAMILLO BALLESTEROS

CE, Section III, décision n° 10251 du 4 septembre 1997, Magistrat chargé de l'affaire : Ricardo HOYOS DUQUE

CE, Section III, décision n° 11652 du 2 octobre 1997, Francisco Javier NARANJO PELAEZ y Otros. c/ La Nación - Ministerio De Salud y Otros, Magistrat chargé de l'affaire : Daniel SUÁREZ HERNÁNDEZ

CE, Section III, décision n° 10239 du 4 novembre 1997, Margarita MARTINEZ DE RODRIGUEZ c/ CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE CUNDINAMARCA, Magistrat chargé de l'affaire : Ricardo HOYOS DUQUE

CE, Section III, décision n° 10530 du 24 janvier de 1998, Magistrat chargé de l'affaire : Ricardo HOYOS DUQUE

CE, Section III, décision n° 10807 du 29 janvier 1998, Alba Miriam MOLANO c/ Instituto de Seguros Sociales, Magistrat chargé de l'affaire : Jesús María CARRILLO BALLESTEROS

CE, section III, décision n° 11943 du 3 mai 1999, Fernando SOSA NAÑEZ y otros c/ MINSALUD, Departamento de Risaralda, Servicio seccional de salud, Hospital Universitario San Jorge, Universidad Tecnológica de Pereira, Magistrat chargé de l'affaire : Jesús María CARRILLO BALLESTEROS

CE, Section III, décision n° 11169 du 3 de mai 1999, Magistrat chargé de l'affaire : Ricardo HOYOS DUQUE

CE, Section III, décision n° 12655 du 7 Octobre 1999, Magistrat chargé de l'affaire : Maria Elena GIRALDO GOMEZ

CE, Section III, décision n° 10948 du 21 octobre 1999, Magistrat chargé de l'affaire : Alier Eduardo HERNANDEZ ENRRIQUEZ

CE, Section III, décision n° 11878 du 10 février 2000, Magistrat chargé de l'affaire : Alier Eduardo HERNANDEZ ENRRIQUEZ

CE, Section III, décision n° 12489 du 9 mars 2000, Alvaro BARON y otros c/ I.S.S. y Nación (Minsalud), Magistrat chargé de l'affaire : Maria Elena GORALDO GOMEZ

CE, Section III, décision n° 12548 du 15 juin 2000, Maria Isabel Montoya de Carmona y otros c/ La Nación, Ministerio de Salud, Magistrat chargé de l'affaire : María Elena GIRALDO GOMEZ

CE, Section III, décision n° 11842 du 19 juillet 2000, Magistrat chargé de l'affaire : Alier Eduardo HERNANDEZ ENRIQUEZ

CE, Section III, décision n° 11405 du 28 septembre 2000, Magistrat chargé de l'affaire : Alier Eduardo HERNANDEZ ENRRIQUEZ
CE, Section III, décision n° 11948 du 18 octobre 2000, Dinora Sofia VÁSQUEZ c/ Hospital San Marcos, Departamento de Sucre y Nación (Ministerio De Salud), Magistrat chargé de l'affaire : María Elena GIRALDO GÓMEZ

CE, section III, décision n° 12843 du 22 mars 2001, Magistrat chargé de l'affaire : Ricardo HOYOS DUQUE.

CE, Section III, décision n° 13006 du 14 Juin 2001, Magistrat chargé de l'affaire : Maria Elena GIRALDO GOMEZ

CE, section III, décision n° 12701 du 22 juin 2001, Magistrat chargé de l'affaire : Maria Elena GIRALDO GÓMEZ.

CE, Section III, décision n° 12506 du 12 septembre 2001, Magistrat chargé de l'affaire : Alier Eduardo HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ

CE, Section III, décision n° 12706 du 24 janvier 2002, Alfredo SÁNCHEZ y otros c/ Hospital Militar Central, Magistrat chargé de l'affaire : Jesús María CARRILLO BALLESTEROS

CE, Section III, décision n° 12287 du 21 février 2002, Gloria Elena MONTOYA DE BOTERO c/ Instituto de Seguros Sociales, Magistrat chargé de l'affaire : Alier Eduardo HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ

CE, section III, décision n° 13122 du 11 avril 2002, Magistrat chargé de l'affaire : Alier Eduardo HERNÁNDEZ ENRIQUEZ.

CE, Section III, décision n° 13675 du 26 avril 2002, Magistrat chargé de l'affaire : Jesús María CARRILLO BALLESTEROS

CE, Section III, décision n° 13546 du 5 décembre 2002, Magistrat chargé de l'affaire : Jesús Maria CARRILLO

CE, Section III, décision n° 18273 du 29 janvier 2004, Mery Teresa COLMENARES TOVAR y otros c/ Nación- Ministerio de Salud Distrito Capital de Bogotá - Secretaría Distrital de Salud, Magistrat chargé de l'affaire : Alier Eduardo HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ

CE, Section III, décision n° 14696 du 1^{er} juillet 2004, Magistrat chargé de l'affaire : Alier Hernando HERNANDEZ ENRRIQUEZ

CE, Section III, décision n° 14696 du 1^{er} août 2004, Magistrat chargé de l'affaire : Alier Eduardo HERNANDEZ ENRIQUEZ

CE, Section III, décision n° 14.767 du 7 décembre 2004, Magistrat chargé de l'affaire : Ruth Stella CORREA PALACIOS

CE, section III, décision 14170 du 24 février 2005, Prospero CURCHO AVILA c/ Nación - Ministerio de Salud - Departamento de Casanare - Seccional de Salud - Hospital San Miguel de Tamara, Magistrat chargé de l'affaire : Ramiro SAAVEDRA BECERRA

CE, Section III, décision n° 14.786 du 28 Avril 2005, Magistrat chargé de l'affaire Ruth Stella CORREA PALACIO

CE, Section III, décision n° 15.276 (R-1382) du 14 juillet 2005, Magistrat chargé de l'affaire : Ruth Stella CORREA PALACIOS

CE, Section III, décision n° 15178 du 10 septembre 2005, Magistrat chargé de l'affaire : Maria Elena GIRALDO GOMEZ

CE, Section III, décision n° 21700 du 1^{er} mars 2006, Enrique COBO y otros c/ Ministerio de Minas y Energía, Superintendencia de Servicio Públicos, Superintendencia de Industria y Comercio, Empresa de Energía de Bogotá, Magistrat chargé de l'affaire : Alier Eduardo HERNANDEZ ENRIQUEZ

CE, Section III, décision n° 14400 du 11 mai 2006, Magistrat chargé de l'affaire : Ramiro SAAVEDRA BECERRA

CE, Section III, décision 30836 du 19 juillet 2006, Olga Nelly del Carmen MEJIA DE MUÑOZ y Otros c/ Nación-Ministerio De la Proteccion Social y Otra, Magistrat chargé de l'affaire : Mauricio FAJARDO GOMEZ

CE, Section III, décision n° 15772 du 31 août 2006, Magistrat chargé de l'affaire : Ruth Stella CORREA

CE, Section III, décision n° 28448 du 31 août 2006, Elkin Antonio CONTENTO SANZ c/ Lotería La Nueve Millonaria de la Nueva Colombia Ltda., Magistrat chargé de l'affaire : Ruth Stella CORREA PALACIO

CE, Section III, décision n° 16098 du 3 mai 2007, Magistrat chargé de l'affaire : Enrique GIL BOTERO

CE, Section III, décision 33226 du 19 juillet 2007, Hernan DUQUE RUIZ y otros c/ Unidad Administrativa Especial de Aeronautica Civil, Magistrat chargé de l'affaire : Ruth Stella CORREA PALACIO

CE, Section III, décision 15526 du 29 août 2007, Flor Lilia BAQUERO PARRADO y otros c/ MINISTERIO DE SALUD Y OTROS, Magistrat chargé de l'affaire : Mauricio FAJARDO GOMEZ

CE, décision n°16.402 du 3 octobre 2007 Magistrat chargé de l'affaire : Mauricio FAJARDO GOMEZ

CE, Section III, décision du 4 octobre 2007, dossiers cumulés : 16058 et 21112, Magistrat chargé de l'affaire : Enrique GIL BOTER

CE, Section III, décision AG-00029 du 18 octobre 2007, Magistrat chargé de l'affaire : Enrique GIL BOTERO

CE, Section III, décision n° 16010 du 19 septembre 2007, Maria Edilma GERRERO c/ Hospital San Vicente de Paul de Palmira, Magistrat chargé de l'affaire : Ernesto GIL BOTERO

CE, Section III, décision n° 30871 du 19 octobre 2007, Ana Milady VILLAMIZAR UREÑA y otros c/ Hospital Erasmo Meoz de Cúcuta y otros, Magistrat chargé de l'affaire : Enrique GIL BOTERO.

CE, Section III, décision n° 17918 du 4 décembre 2007, Carmen ROJAS TAPIERO y otros c/ MUNICIPIO DEL GUAMO y otros, Magistrat chargé de l'affaire : Enrique GIL BOTERO

CE, section III, décision 14432 du 26 mars 2008, Rosalba NARVAEZ MELLIZO y otros c/ Hospital Universitario del Valle -Evaristo García-, Magistrat chargé de l'affaire : Myriam GUERRERO DE ESCOBAR

CE, Section III, décision n° 15725 du 26 mars 2008, Magistrat chargé de l'affaire : Ruth Stella CORREA PALACIO

CE, Section III, décision n° 16085 du 26 mars 2008, Magistrat chargé de l'affaire : Ruth Stella CORREA PALACIO

CE, Section III, décision n° 17062 du 24 avril 2008, Calixto HERRERA DEVIA y otro c/ Departamento del Meta y otro, Magistrat chargé de l'affaire : Enrique GIL BOTERO

CE, Section III, décision n° 15726 du 30 juillet 2008, Magistrat chargé de l'affaire : Myriam GUERRERO DE ESCOBAR

CE, section III, décision 16483 du 30 juillet 2008, Magistrat chargé de l'affaire : Erique GIL BOTERO.

CE, section III, décision n° 27268 du 1^{er} octobre 2008, Leonel CEBALLOS GALLO y otros c/ Instituto de Seguros Sociales y otro, Magistrat chargé de l'affaire : Erique GIL BOTERO

CE, Section III, décision n° 17001 du 1^{er} octobre 2008, Magistrat chargé de l'affaire : Myriam GUERRERO DE ESCOBAR

CE, décision n°16270 du 15 de octobre 2008, Magistrat chargé de l'affaire : Myriam GUERRERO de ESCOBAR

CE, Section III, décision n° 15737 du 18 décembre 2008, Magistrat chargé de l'affaire : Ruth Stella CORREA PALACIO

CE, Section III, décision N° 16700 du 28 janvier 2009, German RIVEROS ZARATE y otros c/ Instituto de Seguros Sociales, Seccional Meta, Magistrat chargé de l'affaire : Mauricio FAJARDO GOMEZ

CE, Section III, décision n° 16064 du 29 janvier 2009, Adiel GARCIA VINASCO y otros c/ Nación- Fiscalía General y otros, Magistrat chargé de l'affaire : Ruth Stella CORREA PALACIO

CE, Section III, décision n° 16915 du 29 janvier 2009, Magistrat chargé de l'affaire : Ruth Estella CORREA PALACIOS

CE, Section III, décision n° 16147 du 12 février 2009, Jésus Antonio HERRAN ABRIL c/ NACION-Ministerio de Defensa - Policia Nacional, Magistrat chargé de l'affaire : Ramiro SAAVEDRA BECERRA

CE, Section III, décision n° 20654 du 12 février 2009, Jose Angelino ROJAS MORALES y otros c/ Instituto de Seguros Sociales, Magistrat chargé de l'affaire : Myriam GUERRERO DE ESCOBAR

CE, décision n° 16080 du 19 de février 2009, Magistrat chargé de l'affaire : Mauricio FAJARDO GOMEZ

CE, section III, décision n° 15003 du 13 mai 2009, Magistrat chargé de l'affaire : Ruth Stella CORREA PALACIOS

CE, section III, décision n° 16701 du 20 mai 2009, Jose Alberto TIUSO IBAÑEZ c/ NACION-MINISTERIO DE SALUD Y OTRO, Magistrat chargé de l'affaire : Enrique GIL BOTERO

CE, Section III, décision n° 16451 du 8 juillet 2009, Hector Fabian FLOREZ MORALES y Alicia FLOREZ MORALES c/ Instituto de Seguros Sociales, Seccional Quindio y Corsalud S.A., Magistrat chargé de l'affaire : Enrique GIL BOTERO

CE, Section III, décision n° 18364 du 9 août 2009, Glueimar ECHEVERRY ALEGRIA y otros c/ INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, Magistrat chargé de l'affaire : Enrique GIL BOTERO

CE, Section III, décision n° 16728 du 19 août 2009, Aura Maria VANEGAS DE BAUTISTA Y OTROS c/ Instituto de Seguros Sociales ISS-, Magistrat chargé de l'affaire : Enrique GIL BOTERO

CE, Section III, décision N° 17483 du 23 septembre 2009, Jerson MEDINA NARVAEZ c/ INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO-INPEC-, Magistrat chargé de l'affaire : Myriam GUERRERO DE ESCOBAR

CE, Section III, décision n° 18373 du 7 octobre 2009, Flor Milena LUCAS GARCIA c/ Nación-Ministerio de Salud, Instituto de Seguros Sociales de Tumaco, Magistrat chargé de l'affaire : Ruth Stella CORREA

CE, Section III, décision n° 17819 du 3 février 2010, Luis Carlos HENAO y otros c/ Hospital San Jose de Popayan, Magistrat chargé de l'affaire : Mauricio FAJARDO GOMEZ

CE, Section III, décision n° 18433 du 3 février 2010, Magistrat chargé de l'affaire : Ruth Stella CORREA PALACIOS

CE, Section III, décision n° 17876 du 18 février 2010, Magistrat chargé de l'affaire : Ruth Stella CORREA PALACIOS

CE, décision n° 20536 du 18 février 2010, Magistrat chargé de l'affaire : Mauricio FAJARDO GOMEZ

CE, Section III, décision n° 17725 du 28 avril 2010, Magistrat chargé de l'affaire : Ruth Stella CORREA PALACIO

CE, section III, décision n° 18574 du 28 avril 2010, Magistrat chargé de l'affaire : Ruth Stella CORREA PALACIOS

CE, section III, décision n° 19474 du 28 avril 2010, Ivan SANTOS MORA Y OTRO c/ INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, Magistrat chargé de l'affaire : Enrique GIL BOTERO

CE, section III, décision 19474 28 avril 2010, Magistrat chargé de l'affaire : Erique GIL BOTERO

CE, décision 18.683 n° du 9 juin 2010, Magistrat chargé de l'affaire : Mauricio FAJARDO GOMEZ.

CE, Section III, décision n° 18348 du 23 juin 2010, Nilsa Milena ROSERO y otros c/ Nación- Ministerio de Salud; Departamento de Nariño; Instituto Departamental de Salud de Nariño y Hospital Eduardo Santos, Magistrat chargé de l'affaire : Gladys AGUDELO ORDOÑEZ

CE, Section III, sous-section C, décision n° 34387 du 7 février 2011, Maria Victoria AGUDELO SALAZAR y otros c/ INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL, Magistrat chargé de l'affaire : Jaime Orlando SANTOFIMIO GAMBOA

CE, Section III, sous-section B, décision n° 19040 du 10 février 2011, Ana Gladys NIETO y otros c/ Instituto de Seguros Sociales I.S.S., Magistrat chargé de l'affaire : Danilo ROJAS BETANCOURTH

CE, Section III, décision n° 20215 du 28 février 2011, Magistrat chargé de l'affaire : Ruth Stella CORREA PALACIO

CE, Section III, sous-section B, décision n°18515 du 28 février 2011, Luz Mary OSORIO MARTINEZ y otros c/ INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL, Magistrat chargé de l'affaire : Stella CONTO DIAZ DEL CASTILLO

CE, Section III, décision n° 20836 du 24 mars 2011, William Humberto MELGUIZO MARQUEZ y otros c/ Instituto de Seguros Sociales, Magistrat chargé de l'affaire : Enrique GIL BOTERO

CE, Section III, sous-section B, décision n° 19801 du 7 avril 2011, Alberto JARAMILLO CUARTAS y otros c/ Nacion- Ministerio de Salud y otros, Magistrat chargé de l'affaire : Ruth Stella CORREA PALACIO

CE, Section III, sous-section B, décision n° 20374 du 27 avril 2011, Luis Evelio OSPINA FRANCO y otros c/ Nacion- Ministerio de Salud y otros, Magistrat chargé de l'affaire : Ruth Stella CORREA PALACIO

CE, Section III, sous-section B, décision n° 20502 du 27 avril 2011, Mariela GIRALDO de MARIN y otros c/ Caprecom y Hospital de Caldas, Magistrat chargé de l'affaire : Ruth Stella CORREA PALACIO

CE, **Section III**, décision n° 38.222 du 14 septembre 2011, Magistrat chargé de l'affaire : Enrique GIL BOTERO

CE, Section III, sous-section C, décision n° 21344 du 19 octobre 2011, Blanca Rosa VEGA TORRES y otros c/ HOSPITAL MILITAR CENTRAL, Magistrat chargé de l'affaire : Olga Melida VALLE DE DE LA HOZ

CE, Section III, sous-section B, décision n° 22163 du 28 mars 2012, Magistrat chargé de l'affaire : Enrique GIL BOTERO

CE, Section III, décision n° 21962 du 14 mars 2012, Martin Alonso MORENO SUCERQUIA c/ Departamento de Antioquia y Otros, Magistrat chargé de l'affaire : Enrique GIL BOTERO

CE, Section III, sous-section C, décision n° 21.861 du 25 avril 2012. XXX et autres c/ MUNICIPIO DE RIONEGRO, Magistrat chargé de l'affaire : Enrique GIL BOTERO

CE, Section III, sous-section C, décision n° 22304 du 9 mai 2012, Luis Felipe Lopez y otros c/ Hospital Regional Antonio Roldan Betancur E.S.E. y otros, Magistrat chargé de l'affaire : Enrique GIL BOTERO

CE, section III, sous-section B décision 25870 du 13 février 2013, Mery Suarez Rueda y otros c/ Instituto de Seguros Sociales y ministerio de Salud, Magistrat chargé de l'affaire : Oolga Melida VALLE DE LA HOZ

CE, section III, sous-section B, décision 22165 du 3 mai 2013, Gonzalo Garzon Medina y otros c/ Hospital María Inmaculada de Florencia, Magistrat chargé de l'affaire : Stella CONTO DIAZ DEL CASTILLO

CE, section III, sous-section B, décision 26352 du 3 mai 2013, Guillermo León ARBOLEDA y otros c/ Hospital Salazar de Villeta, Magistrat chargé de l'affaire : Danilo ROJAS BETANCOURTH

CE, section III, sous-section A, décision 26120 du 12 juin 2013, Gilma Ines Lozano de Almanza y otros c/ Departamento del Meta, Magistrat chargé de l'affaire : Mauricio FAJARDO GOMEZ

CE, section III, sous-section B décision 30283 du 29 août 2013, Juan Carlos ROJAS TACHA y otros c/ Instituto de Seguros Sociales, Magistrat chargé de l'affaire : Danilo ROJAS BETANCOURTH

CE, section III, sous-section B, décision 27493 du 12 décembre 2013, Magistrat chargé de l'affaire : Stella Conto DIAZ DEL CASTILLO

CE, section III, sous-section A, décision 34125 du 12 février 2014, Nazly Isabel Bedoya Gil y otros c/ Instituto de Seguros Sociales, Magistrat chargé de l'affaire : CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

CE, section III, sous-section A, décision 33494 du 26 février 2014, María del Pilar Gómez y otros c/ Instituto de Seguros Sociales, Magistrat chargé de l'affaire : Carlos Alberto ZAMBRANO BARRERA

CE, section III, sous-section A, décision 35420 du 27 mars 2014, Pablo Emilio Conde Moreno y otros c/ Instituto de Seguros Sociales, Magistrat chargé de l'affaire : CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

CE, section III, sous-section B décision 26660 du 27 mars 2014, Dalio Torrente Bravo y otros c/ Instituto de Seguros Sociales y ministerio de Salud, Magistrat chargé de l'affaire : Danilo ROJAS BETANCOURTH

CE, section III, sous-section A, décision 35420 du 27 mars 2014, Pablo Emilio Conde Moreno y otros c/ Instituto de Seguros Sociales, Magistrat chargé de l'affaire : CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

Jurisprudence française

Conseil constitutionnel

C.C., 11 décision N° 2010-2 QPC du juin 2010, , JCP G, n° hors-série, 1er Mai 2011, chro. BERTRAND MATHIEU, JurisData n° 2010-030572

Cour de Cassation et Cours d'Appel

CA Lyon, décision n° 1999/05772 du 13 juin 2002, Juris-Data n° 184826

CA d'Aix-en-Provence, 10^{ème} chambre B, M. Jacques BI c/ Clinique générale de Marignane, 21 JCP G, 2007 n° 28, II, 10126, p. 25

CA de Paris, 1^{ère} chambre B, décision n° 06/2260523 janvier 2009, Gazette du Palais, 26 mars 2009, jur., p. 1270

Cass., 20 mai 1936, Mercier, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, 12^{ème} édition 2008, p. 162

Cass., Chambre des requêtes, TEYSSIER, 28 janvier 1942, RFDA, 2003, n° 2, p. 353

Cass., 1^{ère} civile, arrêt WELTI du 18 octobre 1960, Bull. 1960, I, n° 442 ; D.P. 1961.1.125 ; JCP 1961, II, 11846, obs. R. SAVATIER

Cass., 1^{ère} civ., pourvoi n° 59-10.825 du 21 février 1961, Bull. 1961, I, n° 115

Cass., chambre criminelle, 30 octobre 1974, Dalloz 1975, J. p°178, note R. Savatier ; JCP 1975, II, n°18038, note L. Mourgeon

Cass., 1^{ère} civile, 30 mai 1969, Dame X c/ Docteur Z, Bull. civ. 1969, I, n.202

Cass., 1^{ère} civile, pourvoi n° 82-15958 du 28 février 1984, Bull. 1984, I, n° 77, p. 63

Cass., 1^{ère} civile, pourvoi n° 83-14.759 du 11 décembre 1984, Bull. 1984, I, n° 333, D.1985, I.R. 464, obs J. PENNEAU

Cass., 1^{ère} civ., pourvoi n° 84-15.753 du 9 décembre 1986, Bull. 1986, I, n° 290, p. 276

Cass., chambre criminelle, pourvoi n° 87-81166 du 3 mai 1989, JurisData n° 1989-002928

Cass., chambre criminelle, 6 juin 1990, Bulletin Criminel, n° 224 ; JCP, G., 1991, IV, p.329.

Cass., Chambre sociale, porvoi n° 88-20276 du 28 mars 1991. Rapporteur : M. BERTHÉAS, Bulletin 1989, V, n° 39, p. 23 ; JurisData : 1991-001022

Cass., 1^{ère} civ., pourvoi n° 89-10.446 du 4 juin 1991, Bull. 1991, I, n° 185, p. 122, JCP G 1991, II, 21730, note J. SAVATIER

Cass., 1^{ère} civ., pourvoi n° 94-16.586 du 21 mai 1996, Bull. 1996, I, n° 219, p. 152

Cass., 2^{ème} civ., décision n° 93-10914 du 19 mars 1997, , JCP G 1997, n° 19-20, IVN° 1006, p. 157 ; JurisData : 1997-001230

Cass., 1^{ère} civ., pourvoi n° 95-19.609 du 14 octobre 1997, rapporteur SARGOS, Bull. septembre 1997, i278 ; Bull. 1997, I, n° 278

Cass., 1^{ère} civ., pourvoi n° 97-18.481, 97-18.509 et 97-19.131 du 16 juin 1998, Bull. 1998, I, n° 210, p. 144

Cass., 2^{ème} civi, pourvoi n° 97-13242 du 19 novembre 1998, M. Issaly c/ Société Axa assurances et autres, JurisData n° 1998-004524

Cass., 1^{ère} civ., pourvoi n° 97-15.608 du 26 mai 1999, Bull. 1999, I, n° 175, p. 115, JCP G 1999, II, 10112, rapport. P. SARGOS

Cass., 1^{ère} civ., pourvoi n° 97-15.818 du 29 juin 1999, Rec. Dalloz.1999, p.559

Cass., 1^{ère} civ., pourvoi n° 97-20.903, 97-14.254 du 29 juin 1999, Rec. Dalloz 1999, I.R., p.201 ; Bull. 1999, I, n° 220 et 222, p. 141

Cass., Ass., pourvoi n° 97-17.378, 97-20.152 du 25 février 2000, Costedoat, Bull., no 2 p.3 ; GAJC, 11^{ème} éd., n° 217 ; Responsabilité civile et assurances 2000, septembre, n° 9 p.4, Note H GROUTEL ; JCP G, 2000, -04-26, n° 17, p. 743 ; JurisData n° 2000-000650

Cass., 1^{ère} civ., pourvoi n° 98-20440 du 23 mai 2000. Rapporteur : M.SARGOS, Bull. 2000, I, N° 153 p. 100 ; JurisData n° 2000-002111

Cass., 1^{ère} civ., pourvoi n° 98-19869 du 23 mai 2000. Rapporteur : M.SARGOS, Bull. civil 2000, I, n° 153, p. 100 ; JurisData n° 2000-002108

Cass., 1^{ère} civ., pourvoi n° 98-19295 du 6 juin 2000, Rapporteur : M. SARGOS, Bulletin 2000, I, N° 176 p. 114 ; JurisData n° 2000-002337

Cass., 1^{ère} civ., pourvoi n° 98-22032 du 18 juillet 2000. Précédent. M. LEMONTEY, JurisData n° 2000-003057

Cass., 1^{ère} civ., pourvoi n° 1815 du 8 novembre 2000. Bull., 2000, I, n° 287, p. 186

Cass., Ass., pourvoi n° 99-13.701 du 17 novembre 2000, Perruche, Dalloz 2000, I.R. p.295 ; Bull. 2000, A PN° 9, p. 15

Cass., 1^{ère} civ., pourvoi n° 98-19.433 du 13 février 2001, Bull 2001, I, n° 32, p. 20

Cass., 1^{ère} civ., pourvoi n° 99-13.471 du 27 mars 2001, Bull., 2001, I, n° 86, p. 56 ; JurisData n° 2001-008906

Cass., 1^{ère} civ., pourvoi n° 99-16.093 du 13 mars 2001, Bull. 2001, I, n° 72, p. 46 ; Rapport annuel.2001, p. 430 ; RTD. civ., p 599, note P. JOURDAIN ; Dr.et patr. 2001, p. 93, note F. CHABAS ; Rapport annuelle 2007.

Cass., 2^{ème} civ., pourvoi n°01-13289 du 19 juin 2003, Petites affiches 19 septembre 2006, N° 187, p. 7

Cass., 1^{ère} civ., Ass., pourvoi n° 505 du 19 novembre 2003, Rapport de M. Lesueur de Givry, JurisData n° 2003-021643

Cass., 1^{ère} civ., pourvoi n° 01-17908 du 9 novembre 2004, Bull. 2004, I, n° 262, p. 219 ; Juris-Data n° 2004-025553 et 2004-025554

Cass., 1^{ère} civ., pourvoi n° 01-16.739 du 9 novembre 2004, Bulletin 2004, I, N° 261 p. 218

Cass., 1^{ère} civ., pourvoi n° 02-16.400 du 26 octobre 2004, JurisData n° 2004-025399

Cass., 1^{ère} civ., pourvoi n° 03-18.052, 1er février 2005, JurisData n° 2005-026804

Cass., 1^{ère} civ., pourvois n° 02-11.947 et 02-12.065 du 5 avril 2005, Bull. 2005, I, n° 173, p. 146 ; RTD. civ. juillet -septembre 2005, n° 3, p. 607-610, note P. Jourdain, JCP 2005, I, n° 149 note Viney, p. 1227

Cass., 1^{ère} civ., pourvoi n° 02-16.648 du 24 janvier 2006, Bull. 2006, I, n° 35, p. 34

Cass., 1^{ère} civ., pourvoi n° 04-16.179 du 24 janvier 2006, Bull. 2006, I, n° 33, p. 130

Cass., 1^{ère} civ., pourvoi n° 01-01-684 et 01-17.042, 02-12.260, 02-13.775 du 24 Janvier 2006, Dalloz 2006, IR p.325, note GALLMEISTER

Cass., 1^{ère} civ., pourvoi n° 05-19.020 du 13 mars 2007, Bulletin. 2007, I, n° 118, p. 102 ; JCI. A, Responsabilité des établissements publics de santé Fasc. 906-20, n°5

Cass., 1^{ère} civ., pourvoi n° 06-17888 du 31 mai 2007, JurisData n° 2007-039060

Cass., 1^{ère} civ., pourvoi n° 06-12641 du 31 mai 2007, Monsieur X. c/ Monsieur Jacques Y ; JurisData n° 2007-039061

Cass., 1^{ère} civ., pourvoi n° 06-12624 06-13790 du 12 juillet 2007, Bull.2007, I, N° 270

Cass., 1^{ère} civ., pourvoi n° 06-19.301 du 6 décembre 2007, JurisData n° 2007-041766 ; Bull. civ. 2007, I, n° 380

Cass., 1^{ère} civ., pourvoi n° 06-20.568 du 17 janvier 2008, JurisData n° 2008-042338

Cass., 1^{ère} civ., pourvoi n°06-20.107 du 17 janvier 2008, Bull. 2008 I n° 14 p. 12

Cass., 1^{ère} civ., pourvoi n° 06-14.952 du 22 mai 2008, Bull. 2008, I, 147 ; JurisData n° 2008-044123

Cass., 1^{ère} civ., pourvoi n° 06-10.967 du 22 mai 2008, JCP G 2008, I, 186, n° 6, Ph. Stoffel-Munck ; JCP G 2008, II, 10131, L. Grymbaum

Cass., 1^{ère} civ., pourvoi n° 05-20.317 du 22 mai 2008, JurisData n° 2008-043969

Cass., 1^{ère} civ., pourvoi n° 07-12170 du 18 septembre 2008. Bull. 2008, I, n° 205

Cass., 2^{ème} civ., pourvoi n° 1498 du 13 novembre 2008. Rapporteur. M. HEDERER.

Cass., 1^{ère} civ., pourvoi n° 07-15963 du 27 novembre 2008, Bull. I, n° 273

Cass., 2^{ème} civ., pourvoi n° 08-16829 du 28 mai 2009, JurisData n° 2009-048335

Cass., 1^{ère} civ., pourvoi n° 08-12.781 du 25 juin 2009. Rapporteur. Mme. CREDEVILLE, Bull. 2009, I, 141

Cass., 1^{ère} civ., pourvoi n° 08-11.073 du 9 juillet 2009, Bull. 2009, I, 176 ; JurisData n° 2009-049060

Cass., 1^{ère} civ., pourvoi n° 08-20571 du 28 janvier 2010, JurisData n° 2010-051374

Cass., 1^{ère} civ., pourvoi n° 09-11.27 du 11 mars 2010, Sté Medical Insurance company Ltd c/ONIAM, Bull. civil 2010, I, 63 ; JurisData n° 2010-001508

Cass., 1^{ère} civ., pourvoi n° 09-13.591 du 3 juin 2010 ; JCP G 2010, p. 788, note S. Porchy-Simon; Dalloz 2010, p. 1484, obs. I. Gallmeister ; *ibidem*. p. 1522, note P. Sargos ; Petites Affiches 18 août 2010, p. 9, note R. Mislawski

Cass., 2^{ème} civ., pourvoi n° 09-15.842 du 17 juin 2010, F-P+B, H. et a. c/ Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages, JurisData n° 2010-009348

Cass., 1^{ère} civ., arrêt n° 09-68.042 du 20 janvier 2011, CPAM des Bouches-du-Rhône, JurisData n° 2011-000527

Cass., 1^{ère} civile, pourvoi n° 10-26.7052 du 6 janvier 2012, inédit, JurisData n° 2012-0001326

Conseil d'État, Cours Administratives d'appel, Tribunal Administratifs

TA de Toulouse, décision n° 96BX00151 du 16 novembre 1995, C.P.A.M. de Tarn-et-Garonne c/ Centre hospitalier de Montauban, Petites affiches, 10 juin 1996, n°70, p.11

TA de Lille, 25 août 2002, Gazette du Palais 15/17 septembre, p 11

TA de Bastia, n° 0500230 du 12 septembre 2005, notes de F. Vialla, JPG n° 13 du 29 mars 2006, p. 622 et sq ; JCP 9 janvier 2008 G II n°10007, note Benoît Apollis et François Vialla ;

CAA de Lyon, décision n° 89LY01742 21 décembre 1990, Consorts Gomez, J.C.P., 1991, II, 21698 note MOREAU J., MEDOUZE R-M., R.T.D.S.S., 1991, p. 258 ; A.J.D.A., 20 juillet/20 août 1997, p. 562

CAA de Marseille, décision n° 99MA01790 du 19 février 2004, JCP A 2005 N°4, Concl. Cormier, p.1045

CAA de Lyon, 6^{ème} chambre, décision n° 03LY00229 du 6 février 2007, JurisData n° 2007-345099

CAA de Lyon, 6^{ème} chambre, décision n° 04LY00116 du 15 mai 2007, JurisData n° 2007-352888

CAA de Paris, 8^{ème} Chambre, décision n° 07PA03630 - 07PA03717 du 6 octobre 2008, Rev. Droit Administratif n° 12, Décembre 2008, comm. 169 ; JCP A n° 15, 6 Avril 2009, 2083 chron. Marie-laure Moquet-Anger ; JurisData n° 2008-004189

CAA de Douai, décision n° 09DA01632 du 6 août 2010, Centre Hospitalier Universitaire de Rouen

CAA de Lyon, 6^{ème} chambre, décision n° 12LY01149 du 16 mai 2013, Centre Hospitalier Universitaire de Saint Etienne

CE, arrêt n° 34922 du 3 février 1911, ANGUET, Rec. Lebon 1911, p. 446

CE, arrêt 49595, 55240 du 26 Juillet 1918, Epoux Lemonnier, Rec. Lebon, 1918, p. 772 ; GAJA 1919 ; Revue du droit public 1919, p. 41

CE, arrêt 01074 du 28 Juillet 1951, Laruelle, Rec. Lebon 1951, p. 464 ; JCP G 1951, II, p. 6532 ; GAJA 1951

CE, Ass., 28 juillet 1951, DELVILLE, N° 04032, Rec., p. 464

CE, 7 octobre 1955, Hôpital-Hospice de Bayeux c/ Vve Hervé, Rec., p. 470

CE, ass., 7 mars 1958, Secrétaire d'État à la santé publique c/ sieur Déjous, Rec p. 153 ; AJDA 1958.2.220, chron

CE, Section, 26 juin 1959, ROUZET, Rec., p. 425 ; A.J.D.A. 1959-11, p. 273

CE, 18 novembre 1960, Savelli c/ Hôpital Conception Marseille, Rec. p. 640 ; Revue internationale de droit comparé 1976, Vol. 28, N°3, p.517

CE, arrêt 35778 du 23 février 1962, MEIER, Rec., p.122

CE, 19 mars 1969, arrêts 71682 et 71686, Assistance publique à Paris c/ Damoiselle Bey, Rec. p.165

CE, arrêt n° 7238 du 9 juillet 1969, époux PECH, Rev. trimestrielle de droit sanitaire, 1970 p. 81

CE, 25 janvier 1974, arrêt n° 85307, Centre Hospitalier de Sainte-Marthe d'Avignon, Rec., p. 64 ; JCP G 75, II, 18012

CE, Ass., arrêt n° 90598 du 14 février 1975, Société des eaux de Marseille, Rec., Lebon, 1975, p. 124

CE, 3^{ème} et 5^{ème} SSR, arrêt 05768 du 6 décembre 1978, M. X c/ Hôpital Édouard Herriot à Lyon

CE, 3^{ème} et 5^{ème} SSR, arrêt n° 20419 du 5 mai 1982, Époux HOMBOURGER, Rec., 1982, p. 170

CE, arrêt n° 39069-4879327 du février 1985, Centre hospitalier de Tarbes

CE, 3^{ème} et 5^{ème} SSR, arrêt 37090 du 23 décembre 1987, Époux BACHELIER, Rec. Lebon, 1987, p. 431

CE, 5^{ème} et 10^{ème} SSR, arrêt n° 80273 du 4 mars 1988, Commissaire du gouvernement M. FORNACCIARI, JurisData n° 1988-040734

CE, 3^{ème} et 5^{ème} SSR, arrêt 74952 du 18 novembre 1988, Ministre de la Défense c/ Époux RASZEWSKI Rec. Lebon, 1988, p. 416

CE, arrêt n° 65087 du 9 décembre 1988, Cohen, Rec., p.431 ; Dalloz 1989, sommaire, N°36, p.347

CE, arrêt n° 67255 du 1 mars 1989, époux PEYRES, JCP G n° 24, 14 Juin 1989, 101645

CE, 5^{ème} SS, arrêt n° 63930 du 4 juillet 1990, Société d'Assurances "Le Sou Médical" c/ Centre Hospitalier Général de Gap, Rapporteur : Mme. MITJAVILE, JurisData n° 1990-644996

CE, arrêt n° 79027 du 10 avril 1992, M. et Mme VERGOZ, conclusions M. LEGAL, A.J.D.A., 1992, p.335

CE, Ass., du Contentieux 09 avril 1993, BIANCHI, Dalloz 1993, N° 18, IR, p. 118 ; JCP G, 1993, N° 23, IIN° 22061

CE, arrêt n° 143238 du 26 mai 1995, Consorts N., JurisData n° 1995-042582

CE, arrêt n° 133238 du 14 février 1997, Centre hospitalier régional de Nice c/ Époux QUAREZ, JCP G, 1997, N° 17, IIN° 22828 ; Rec., 1997, N° 12, IR, PAGE 77 ; AJDA 1997, 5, 430

CE, 3^{ème} et 5^{ème} SSR, arrêt 149983 du 11 décembre 1996, M. et Mme. Cousin c/ Centre Hospitalier Régional de Brest

CE, 3^{ème} et 5^{ème} SSR, arrêt 185123 du 30 juin 1999, Centre Hospitalier General d'Aix-les-Bains c/ M. et Mme. X, JurisData n° 1999-050689

CE, arrêt n° 212813 du 29 décembre 2000, Dalloz 2001, I.R. p.595

CE, 4^{ème} et 6^{ème} SSR, arrêt n° 213931 du 28 décembre 2001, M. VALETTE Michel c/ Assistance publique-Hôpitaux de Paris, JurisData n° 2001-063348

CE, Formation des référés, 16 août 2002, Mme Valérie F. et Mme Isabelle F, Ordonnance du Juge des Référé N°249552, JurisData n° 2002-064221

CE, 5^{ème} et 7^{ème} SSR, arrêt n° 184009 du 27 février 2002, Assistance Publique de Marseille ; Fonds d'Indemnisation des Transfusés et Hémophiles, JurisData n° 2002-063658

CE, 5^{ème} et 7^{ème} SSR, arrêt n° 247908 du 19 février 2003, MAURICE, JurisData n° 2003-065006

CE, 5^{ème} et 7^{ème} SSR, arrêt 195007 du 19 mars 2003, Centre Hospitalier Régional et Universitaire de Caen c/ M. Ibrahim X, JurisData n° 2003-065117

CE, 5^{ème} et 7^{ème} SSR, arrêt n° 220437 du 9 juillet 2003, Assistance publique de Paris c/ Mme. M., JurisData n° 2003-065726

CE, décision N°249416 du 10 octobre 2003, Mme T. et autres, JurisData n° 2003-065969

CE, arrêt n° 255990 du 9 février 2005, Centre Hospitalier Émilie Roux du Puy-en-Velay, Petites affiches, 29 juillet 2011, n° 150, p.14

CE, 5^{ème} et 4^{ème} SSR, arrêt n° 250704 du 24 février 2006; Dalloz 2006, IR p.813.

CE, 3^{ème} et 8^{ème} SSR, arrêt N° 283257 du 2 mars 2007, Banque Française Commerciale de l'Océan Indien, Bulletin Juridique de Contrats Publics N° 5 3, juillet 2007, p. 314-316

CE, arrêt 267635 du 9 mars 2007, JCP G 2007, n° 31-35, II, 10142, p. 30 ; JCP A 2007, n° 19, 2108, p. 33

CE, 5^{ème} et 4^{ème} SSR, arrêt 289054 du 25 juillet 2007, Centre Hospitalier du Puy-en-Velay c/ M. et Mme. A, JurisData n° 2007-072285

CE, 5^{ème} et 4^{ème} SSR, avis du 10 octobre 2007, n° 306590, Sachot, AJDA 2007, p. 2328 concl. J.-P. Thiellay ; RFDA 2008, p. 343, concl. J.-P. Thiellay

CE, section du contentieux, arrêt 2893287 du 21 décembre 2007, Centre Hospitalier de Vienne, JurisData n° 2007-072859

CE, 5^{ème} et 4^{ème} sous-sections réunies, arrêt n° 293938 du 11 avril 2008, Rapporteur : Jean-Yves Rossi, JurisData n° 2008-073446 ; JCP A n° 23, 7 Juin 2010, 2186

CE, arrêt 296686 du 21 mai 2008, Centre Hospitalier du Havre, JurisData n° 2008-073723

CE, arrêt 305685 du 11 juillet 2008, JurisData n° 2008-073871

CE, arrêt 289763 du 11 juillet 2008, JurisData n° 2008-073863

CE, arrêt 305622 du 24 octobre 2008, JurisData n° 2008-074

CE, 4^{ème} et 5^{ème} SSR, arrêt n° 301851 du 24 octobre 2008, JurisData n° 2008-074381

CE, 5^{ème} et 4^{ème} SSR, arrêt 283237 du 28 novembre 2008, JurisData n° 2008-074573

CE, arrêt 306842 du 24 juillet 2009, Centre hospitalier Sens, JCP A 2010, n° 23, p. 25 et 26

CE, 5^{ème} et 4^{ème} SSR, arrêt 292783 du 2 septembre 2009, JurisData n° 2009-008071

CE, 5^{ème} SS, arrêt 305588 21 octobre 2009, Centre Hospitalier d'Alberville

CE, 5^{ème} et 4^{ème} SSR, arrêt n° 314759 du 21 octobre 2009, JurisData n° 2009-011682

CE, 5^{ème} et 4^{ème} SSR, arrêt 314759 du 21 octobre 2009, Mme. ALTET-CAUBISSENS, JurisData n° 2009-011682 ; JCP G n° 46, 9 Novembre 2009, p.427

CE, 5^{ème} et 4^{ème} SSR, arrêt 309521 du 4 décembre 2009, JurisData n° 2009-016828

CE, 5^{ème} et 4^{ème} SSR, arrêt 301216 du 9 décembre 2009, Commissaire du gouvernement M. THIELLAY, JurisData n° 2009-016831

CE, 5^{ème} et 4^{ème} SSR, arrêt 311604 du 18 décembre 2009, Centre Hospitalier de Voiron c/ M. et Mme. A, JurisData n° 2009-016876

CE, 3^{ème} et 5^{ème} SSR, arrêt 310421 du 19 mars 2010, M. Robert A c/ Centre Hospitalier Régional de Bordeaux, JurisData n° 2010-002746

CE, 14 avril 2010, arrêt N° 329290, JurisData n° 2010-003887

CE, 5^{ème} et 4^{ème} SSR, arrêt n° 306617 du 26 mai 2010, Caisse Nationale Militaire de sécurité sociale, JurisData n° 2010-007243

CE, 5^{ème} et 4^{ème} SSR, arrêt 306354 du 26 mai 2010, JurisData n° 2010-007425

CE, 5^{ème} SS, arrêt n° 316182 du 9 juillet 2010, Commissaire du gouvernement M. THIELLAY, JurisData n° 2010-013229

CE, 5^{ème} et 4^{ème} SSR, arrêt 327449 du 4 octobre 2010 Centre Hospitalier Universitaire de Besançon, JurisData n° 2010-017829

CE, arrêt 333774 du 13 octobre 2010, Groupe Hospitalier Sud-Réunion, JurisData n° 2010-01841

CE, 5^{ème} et 4^{ème} SSR, arrêt N° 329290 du 13 mai 2011, R. F. de droit constitutionnel 2011, n° 88, p. 869 ; JurisData n° 2011-008423

CE, arrêt 326416 du 18 mai 2011, JurisData n° 2011-009805

CE, 5^{ème} SS, arrêt n° 314870 du 26 juillet 2011, Centre Hospitalier d'Aunay-Sur-Odon, Rapporteur : Jean-Yves ROSSI ; JurisData n° 2011-017440

CE, 5^{ème} et 4^{ème} SSR, arrêt n° 350426 du 10 octobre 2012, M. Michel C. c/ CHU de Rouen ; AJDA 2012

CE, décision n° 339922 du 25 juillet 2013, PEIGNE (J.), *La responsabilité hospitalière du fait de l'implantation d'une prothèse défectueuse*, RDSS n°5, Dalloz 2013, p. 881 ; JurisData n° 2013-015783

Tribunal de Conflits

TC, décision n° 0003530 du juillet 1873, Pelletier, Rec. Lebon p. 117- 1er suppl - ; Rec. Dalloz 1874, 3, p.5

TC, décision n° 02177 du 15 décembre 1980, Préfet de la Haute Corse, Rec. Lebon 1980

Cour européenne des droits de l'homme (CEDH)

Disponible sur le site : www.echr.coe.int/echr/fr/hudoc

CEDH, requête n° 46043/14 du 5 juin 2015, Lambert et a. c/ France

CEDH, 2^{ème} section, requête n° 58148/00 du 18 mai 2004, Éditions Plon c/ France

CEDH, décision n° 2346/0229 du avril 2002, Pretty c/ Royaume-Uni ; VIALLA François, *Les grandes décisions du droit médical*, L.G.D.J, 2009, p. 76

CEDH, Grande Chambre, requête n° 1513/03 du 6 octobre 2005, affaires DRAON c/ France

CEDH, requête n° 11810/03 du 6 juillet 2014, affaire MAURICE c / France

Table des matières

INTRODUCTION	13
LE CADRE GÉNÉRAL DE LA RESPONSABILITÉ DES ORGANISMES PRESTATAIRES DES SERVICES DE SANTÉ EN COLOMBIE	39
<i>TITRE I. Les fondements de la responsabilité hospitalière et médicale.....</i>	<i>43</i>
Chapitre I. Les fondements institutionnels de la responsabilité hospitalière et médicale	46
Section 1. Les fondements constitutionnels et légaux de la mission étatique de prestation du service public de santé en droit colombien.	49
1.1. Le cadre constitutionnel du droit à la santé et de l'activité médicale en droit colombien.	50
1.1.1. Le droit à la santé dans la Constitution Colombienne de 1886.....	51
1.1.2. Le droit à la santé dans la Constitution Colombienne de 1991.....	51
1.1.2.1. Le droit à la vie.	53
1.1.2.2. Le droit à une couverture sociale.....	54
1.2. Le cadre légal du droit à la santé et de la responsabilité médicale en Colombie.....	57
1.2.1. Le cadre normatif général du droit à la santé et de l'activité médicale	58
1.2.2. Le cadre normatif de la responsabilité médicale en particulier	63
Section 2. Les fondements généraux de la responsabilité applicable aux organismes publics	65
2.1. La notion de dommage <i>anti-juridique</i>	71
2.2. Les éléments structurels de la responsabilité	81
2.2.1. La faute.....	81
2.2.3. Le lien de causalité et l'imputabilité.....	96
Chapitre II. Les fondements contractuels de la responsabilité médicale.....	104

Section 1. Le contrat de prestation de services médicaux ou contrat de soins.....	106
1.1. La définition du contrat médical et ses éléments.	108
1.1.1. Conditions de validité du contrat.....	109
1.1.1.1. La capacité légale de contracter.....	109
1.1.1.2. Le consentement –exempt de tout vice- de la partie qui s'oblige	112
1.1.1.3. Un objet licite dans acte.....	114
1.1.1.4. La cause licite dans l'obligation.	116
1.1.2. Les principales théories sur la nature juridique du contrat médical.....	116
1.2. Les obligations des parties	122
1.2.1. Les obligations du médecin.....	122
1.2.1.1. L'obligation de diagnostic et thérapeutique.....	123
1.2.1.2. Le registre obligatoire de l'acte médical « <i>Le dossier médical personnel</i> »	124
1.2.1.2.1. La valeur probatoire du dossier médical.....	127
1.2.1.2.2. L'accès au dossier médical	129
1.2.1.3. Le secret professionnel ou secret médical.	132
1.2.1.4. Le devoir d'information et le consentement éclairé	137
1.2.2. Les obligations du patient.	165
1.2.2.1. Le suivi rigoureux des traitements et des instructions données par le personnel médical.....	165
1.2.2.2. L'obligation de donner des informations claires, vraies et complètes sur son état de santé.....	166
Section 2. Un regard sur la responsabilité civile dans l'environnement médical.....	167
2.1. La responsabilité civile contractuelle dans le cadre des activités médicales	173
2.1.1. L'existence du contrat médical.....	176
2.1.2. La responsabilité civile dérivée de l'acte médical ou le principe de la faute.....	176

2.1.2.1.	Les causes génératrices de la faute médicale.....	178
2.1.2.2.1.	L'Impéritie ou l'inobservation des règles de l'art	180
2.1.2.2.2.	La négligence.....	180
2.1.2.2.3.	L'Imprudence.....	181
2.2.	Les causes d'exonération.....	182
2.2.1.	Le cas fortuit et la force majeure	185
2.2.2.	Le comportement fautif du patient.....	188
2.2.3.	Le fait d'un tiers	192
<i>TITRE II.</i>	<i>Nature des obligations à la charge des services hospitaliers et médicaux</i>	<i>195</i>
Chapitre I.	Les obligations de moyens et les obligations de résultat.....	200
Section 1.	Le cadre général des obligations de moyens	204
1.1.	Le cadre conceptuel des obligations de moyens	205
1.2.	L'impact des obligations de moyens sur la responsabilité liée à la prestation du service public de santé.....	209
Section 2.	L'analyse de la responsabilité médicale d'après des critères objectifs.....	214
2.1.	L'aléa thérapeutique et le risque sanitaire	214
2.1.1.	L'indemnisation de l'aléa thérapeutique	226
2.2.	Les infections nosocomiales et les infections iatrogènes	231
Chapitre II.	Les obligations de résultat. Vers l'objectivisation de la responsabilité ?.....	239
Section 1.	Le cadre d'application des obligations de résultat.....	241
Section 2.	Les actes médicaux susceptibles de faire l'objet d'une obligation de résultat	250
2.1.	La chirurgie plastique esthétique et la chirurgie reconstructrice	251
2.2.	L'obstétrique.....	254

2.3. Les examens cliniques ou de diagnostic	257
2.4. L'utilisation de moyens et de produits défectueux	276
DEUXIÈME PARTIE :	287
LA MISE EN ŒUVRE DE LA RESPONSABILITÉ HOSPITALIÈRE ET MÉDICALE	287
<i>TITRE I. L'obligation d'indemniser en matière de responsabilité hospitalière et médical.....</i>	<i>289</i>
Chapitre 1. La responsabilité des établissements prestataires. Bref récapitulatif d'actes constitutifs d'une faute	295
Section 1. La faute dans l'organisation et le fonctionnement du service.....	299
1.1. Le défaut de surveillance	300
1.2. Le défaut de maintenance des locaux, des équipements ou des instruments	307
1.3. L'omission ou la mauvaise administration des médicaments.....	310
1.4. Autres lésions causées à l'intérieur de l'organisme hospitalier.....	312
1.5. La faute dans les actes de soins courants ou bénins.....	315
Section 2. La faute de nature médicale proprement dite	317
2.1. L'erreur de diagnostic	318
2.1.1. Le choix thérapeutique erroné	325
2.1.2. La faute dans des actes médicaux à proprement parler	328
Chapitre 2. La responsabilité personnelle des agents et la responsabilité en équipe.....	336
Section 1. La responsabilité de l'agent hospitalier	337
1.1. La faute personnelle détachable du service	344
1.2. Le cumul de fautes.....	350
Section 2. La responsabilité collective ou en équipe.....	355
<i>TITRE II. La réparation du préjudice dans le cadre de la responsabilité hospitalière et médicale....</i>	<i>372</i>

Chapitre 1. Les principaux critères d'évaluation subjectifs et objectifs utilisés par le juge en matière de responsabilité	373
Section 1. La faute : critères d'appréciation	373
1.1 La faute présumée du service.....	375
1.2. La faute virtuelle ou le principe <i>res ipsa loquitur</i>	380
Section 2. Le dommage : critères d'appréciation.....	390
2.1 La perte de chance ou d'opportunité	390
2.2. Le dommage à la vie de relation ou préjudice d'agrément.....	406
2.3. Les troubles dans les conditions d'existence.....	412
Chapitre 2. Les dispositifs de réclamation et d'indemnisation	416
Section 1. La voie contentieuse	418
1.1. La procédure devant le juge administratif.....	420
1.1.1. L'aménagement de compétences entre les juridictions « Connexion processuelle ou fuero de atracción ».....	425
1.2. La compétence du juge du travail. Une particularité du droit Colombien	429
1.3. L'action de « <i>répétition</i> » ou récursoire.....	437
1.3.1. L'appel en garantie	442
Section 2. Un régime spécifique de financement de l'indemnisation. Le modèle français	444
2.1. Les conditions d'application	445
2.2. La CNAMed, les CRCI et l'ONIAM	447
2.3. La procédure d'indemnisation	452
2.4. La prise en charge de l'indemnisation par l'ONIAM.....	457
CONCLUSION	460
BIBLIOGRAPHIE	465

Thèse de Doctorat

Claudia Mosquera

LA RESPONSABILITÉ DU FAIT DE LA PRESTATION DES SERVICES DE SANTÉ

Analyse comparative du droit colombien et du droit français

Résumé

L'acte médical, de plus en plus complexe et technique, a vocation à guérir mais il peut aussi léser, sans qu'il y ait parfois une faute de son auteur ou du service qui a pris en charge le patient.

Alors, lorsque le patient ou ses ayants droit subissent un dommage matériel ou moral du fait d'un acte médical, le droit, par les biais de mécanismes de réparation et d'indemnisation, judiciaire ou extra judiciaire, tente d'apporter des solutions.

Le droit français avant-gardiste en matière de responsabilité médicale et hospitalière et en réparation de dommages médicaux, s'interroge depuis déjà quelques années sur la reconnaissance et la prise en charge de ces dommages.

Grâce à ce long processus de réflexion la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé a vu le jour en France

Le droit colombien, alors qu'il possède des principes juridiques proches du système français, commence à peine à s'interroger sur ces questions. A l'heure actuelle il ne possède pas un système juridique propre à l'indemnisation des dommages médicaux et la reconnaissance judiciaire de certains préjudices est encore très faible.

Cette thèse permet de confronter les solutions adoptées par le droit français et celle du droit colombien pour apporter des points de réflexion, notamment aux juristes colombiens.

Mots clés

Responsabilité, médical, contractuelle, extracontractuelle, dommage, préjudice, réparation, aléa, faute, professions médicales, indemnisation, service public,

Abstract

The medical act increasingly complex and technical, has a vocation to heal. However it may also harm without any fault of its author or of the service that supported the patient.

So when the patient or his successors suffer from material or moral damage by virtue of medical procedure, the law through mechanisms of repair and compensation judicial or extra - judicial attempts to provide solutions.

The avant-garde French law in matters of medical and hospitable liability, and in matter of medical damage repair has been questioning since years already on the recognition and support of such damages.

Thanks to this long reflection process, the Law of 4 March 2002 on patients' rights and on the quality of the health system has seen the day in France.

Colombian Law, while it possesses the legal principles close to the French system, has just begun to examine these issues. It still does not possess its own legal system dedicated to medical damage compensation. Moreover, the judicial recognition of some damage is still very low.

This thesis allows to compare the solutions adopted by the French law and Colombian law to provide reflection points for Colombian lawyers.

Key Words

Liability, medical, clinical, contractual, non contractual, damage, harm, hazard, compensation, medical profession, indemnity, public service