

100 ANS DE RESPONSABILITE HOSPITALIERE

Caroline Lantero, MCF en droit public à l'UCA, EA 4232.

Revue droit & santé : la revue juridique des entreprises de santé, 2021, n°100, pp. 150-159

Parce que la santé relevait initialement de la vie privée avant de devenir chose publique ; parce que l'activité médicale fût longtemps à l'abri de la justice des hommes ; parce que la responsabilité médicale n'existât d'abord que devant le juge judiciaire, la responsabilité hospitalière n'est aujourd'hui pas encore centenaire. Le chemin parcouru n'en est pas moins remarquable et ponctué de grands « moments » jurisprudentiels et législatifs, mais la naissance de la responsabilité hospitalière a été particulièrement laborieuse.

Intouchable médecine - Auréolée de sa fonction sacrée, la médecine est longtemps restée à l'abri de la justice de droit commun. En dépit d'indices anciens démontrant qu'une faute sacrilège pouvait être sanctionnée (loi de Hammourabi en - 2000¹), que cet art était assorti de devoirs (serment d'Hippocrate en -400), que l'ignorance, l'imprévoyance ou l'impéritie d'un médecin n'était pas admise dans la prise en charge des hommes libres (pour les esclaves, les sanctions étaient moins sévères : loi aquilienne en -287²), la médecine n'est devenue justiciable en France qu'au XIXe siècle³. Un fort corporatisme n'était d'ailleurs pas étranger à cela, mu par des siècles de contrôle des médecins par leurs seuls pairs, et faisant encore entendre, même après l'adoption du Code civil, que « *la responsabilité des médecins, dans l'exercice consciencieux de leur profession, ne serait être justiciable de la loi [...]* »⁴, ou que « *(...) le médecin ne reconnaît pour juge, après Dieu, que ses pairs, et n'accepte point d'autre responsabilité que celle, toute morale, de la conscience* »⁵. Majoritairement rétive à une responsabilité pénale, une partie de la doctrine juridique était toutefois sensible à l'idée d'une responsabilité civile des médecins, à l'instar des juriconsultes François Dareau : « *quoique la bonne foi puisse les mettre à l'abri des autres peines qui sont au pouvoir de la justice, cependant, comme le préjudice est toujours égal pour celui qui souffre, soit qu'il y ait bonne foi ou non, les dommages et intérêts n'en sont pas moins dus* » ; ou encore Jean Domat : « *Toutes les pertes et tous les dommages (...), doivent être réparées par celui dont l'imprudence ou autre faute y a donné lieu, car c'est un tort qu'il a fait quand même il n'aurait pas eu l'intention de nuire* »⁶ ; mais aussi Claude-Joseph de Ferrière : « *Quand un chirurgien par impéritie ou par méprise cause la mort de quelqu'un ou l'estropie, ce fait est regardé comme un quasi-délit qui ne se punit que par une condamnation de dépens et dommages-intérêts et non pas de peine afflictive, parce qu'autrement personne ne voudrait se mêler d'une profession si hasardeuse* »⁷. Il faudra pourtant attendre 1835 pour que la Cour de

¹ V. Scheil, *La loi de Hammourabi (vers 2000 avant J.-C.)*, Traduction en français du Code des lois de Hammourabi découvert à Suse par M. De Morgan, 1904, 71 p.

² F. Ferrès, *Du fondement et du caractère de la responsabilité juridique des médecins*, thèse Droit Strasbourg, Imp. Worré- Mertens, Luxembourg, 1934, p. 127 et E. Hû, *Étude historique et juridique sur la responsabilité du médecin dans le droit romain, dans notre ancien droit, dans notre droit actuel*, Thèse droit, Paris, Chaumont, 1880, pp. 36-80

³ Sur les rares traces de responsabilité civile ou pénale d'un médecin jusqu'au XIXe siècle, voir J.-C. Careghi, « La responsabilité médicale au crible de l'histoire », *Les cahiers du droit de la santé du sud-est*, n°4, Les études hospitalières, PUAM, 2007, p. 17.

⁴ Rapport de l'Académie royale de médecine du 29 septembre 1829, *Les annales d'hygiène et de médecine légale*, 1830, III (1) : 159-160.

⁵ Médecins de Lyon, *Gazette médicale de Paris* 1834, p. 77.

⁶ J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris 1723, Livre 2, sect. 4, n°1.

⁷ C.-J. de Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique*, Toulouse 1779, T. 1, p. 306.

cassation mette un terme solennel⁸ à l'immunité médicale avec la célèbre affaire Thouret-Leroy : « du moment que les faits reprochés au médecin sortent de la classe de ceux qui, par leur nature, sont exclusivement réservés aux doutes et aux discussions de la Science, du moment qu'ils se compliquent de négligence, de légèreté ou d'ignorance des choses que l'on devrait nécessairement savoir, la responsabilité de droit commun est encourue et la compétence de la justice est ouverte »⁹. La responsabilité médicale est née. Mais seulement devant la juridiction judiciaire.

Des hospices à l'hôpital – L'hôpital moderne ne naît véritablement que dans les années 1940¹⁰. Les hospices, d'abord religieux puis civils, avaient principalement pour vocation d'accueillir les indigents et d'enfermer les aliénés et les soins étaient donnés par des sœurs religieuses, puis des infirmières. Bien que l'activité sanitaire aurait pu faire naître un contentieux, les hôpitaux et hospices étant reconnus comme des établissements publics à responsabilité propre et le Conseil d'État existant en tant que juridiction depuis 1873, la rare jurisprudence administrative traitait essentiellement de litiges autour de frais hospitaliers et non de responsabilité.

Le tournant 1935 - Les premières jurisprudences retracées grâce à la consultation du recueil Lebon portent uniquement sur le défaut de surveillance¹¹. Il faut attendre 1935 et les arrêts *Dame Loiseau* et *Dame Philipponeau* pour que le Conseil d'État fasse émerger une première typologie de la responsabilité hospitalière. Celle-ci sera scindée en deux avec, d'une part, la responsabilité pour faute de service, et d'autre part la responsabilité pour faute médicale, laquelle doit être lourde¹². La typologie classique de la responsabilité hospitalière est posée, mais la jurisprudence n'évolue guère. Elle reconnaît ci et là quelques fautes de service dans la manipulation d'appareils¹³ ou dans les activités infirmières¹⁴, mais peine à faire émerger des fautes médicales lourdes. Ces dernières devant par définition être manifestes et d'une particulière gravité¹⁵, elles sont rares à s'imposer aux yeux du juge, qui n'ordonne d'ailleurs pas ou peu de mesures d'instruction telles que des expertises pour faire la lumière sur le dossier¹⁶. Mais pendant ce temps, le juge judiciaire, qui a renoncé au fondement délictuel de la responsabilité médicale pour lui préférer un fondement contractuel¹⁷,

⁸ On recense plusieurs décisions des juges du fond peu avant, dont l'affaire du Dr Hélie devant le tribunal civil de première instance de Domfront en 1826, qui a également marqué les esprits du fait d'une confrontation hostile entre l'Académie de médecine et les juges : C. Sureau, *Fallait-il tuer l'enfant Foucault ?*, Paris, Stock, 2003, 381 p. ; C. Sureau, « Les trois fautes de Frédéric Hélie », *Bull Acad Natl Med*, 2000, vol. 184 (9), 1963–1975. Mais aucune de ces décisions n'étaient remontées devant la Cour de cassation.

⁹ Cass. 18 juin 1835, Dr. Thouret-Noroy, S. 1835, I, 402.

¹⁰ Loi du 21 décembre 1941 portant réorganisation des hôpitaux et des hospices civils, dite « Charte hospitalière » ainsi que le règlement d'application n°43-891 du 17 avril 1943.

¹¹ CE 5 novembre 1931, Véra, Leb. p. 952 au sujet du décès d'un enfant suite à une chute du lit et étranglement avec la courroie qui le maintenait : « *accident imputable, dans une certaine mesure, à un défaut de surveillance du personne* » ; CE 2 novembre 1932, Balin, Leb. p. 899 : « *il n'est pas établi que le décès du jeune Balin, survenu à l'hôpital de Lagny le 4 février 1926, soit imputable à un défaut de surveillance ; (rejet)* » ; et CE 2 janvier 1935, Consorts Grand Claude, n° 31583, Leb. p. 8, au sujet du décès dont on apprend seulement qu'il n'est pas imputable à une faute de service.

¹² CE 8 novembre 1935, Loiseau et Philipponeau, n° 29669, n° 31999, Leb. pp. 1019-1020.

¹³ CE 21 décembre 1938, Commission administrative des hospices civils de Marseille c. Dame Torchio, Leb. p. 968 : brûlures causées lors d'un traitement radiothérapique, du fait d'un mauvais réglage de l'appareil radio-générateur.

¹⁴ Ou élèves-infirmières : CE 26 janvier 1938, Hospices civils de Strasbourg, Leb. p. 91.

¹⁵ CE 19 mars 1943, Hospice civils de Flers, n° 67678, Leb. p. 409.

¹⁶ CE 18 mai 1938, Commission administrative des hospices civils de Marseille, Leb. p. 435 « *La responsabilité de l'administration de l'assistance publique ne pouvant être engagée qu'en cas de faute grave, c'est à tort qu'un conseil de Préfecture a ordonné une expertise pour rechercher seulement s'il existait une relation de cause à effet entre le fonctionnement du service et le préjudice allégué.* ».

¹⁷ Cass, Civ. 1., 20 mai 1936, Mercier, D. 1936, 1, 88.

ouvre la voie d'actions en justice moins vite atteintes par la prescription et pouvant reposer sur une faute simple. À la fin des années 1950, la jurisprudence du Conseil d'État sur la faute médicale lourde est une défense impénétrable et les victimes de fautes médicales, même commises à l'hôpital, se tournent plus volontiers vers le juge judiciaire, qui le leur rend bien en s'estimant compétent. Selon lui en effet, les médecins, fussent-ils hospitaliers, exerçaient en toute liberté et en toute indépendance un art autonome du service public et ne pouvaient être regardés comme des préposés de l'administration¹⁸.

Le tournant 1957 – Par deux arrêts *Chilloux* et *Isaad Slimane* du 25 mars 1957, le tribunal des conflits tranche cette question de compétence et attribue la faute médicale commise à l'hôpital à la compétence du juge administratif. Si des fautes imputées aux médecins devaient être démontrées, elles « *se rattacheront à l'exécution du service public* »¹⁹ et ne « *constitueraient pas une faute personnelle, détachable de l'accomplissement du service public de santé* »²⁰. La responsabilité hospitalière a désormais son juge.

Cisèlement d'un régime de responsabilité– Pour que la responsabilité hospitalière **existe**, il fallait que la responsabilité médicale soit acceptée, que l'hôpital existe et que le juge administratif soit compétent. Pour qu'elle **se construise**, il faudra encore que le juge administratif s'émancipe des fondements classiques de la responsabilité administrative et s'intéresse à la nature de la faute hospitalière. Trois grandes séquences du droit de la responsabilité hospitalières peuvent être identifiées. Dans sa posture et son office de juge de l'administration, le Conseil d'État a d'abord eu une approche très classique de la faute commise à l'hôpital et ne s'est intéressé dans un premier temps qu'à la faute dans l'organisation et le fonctionnement du service. La nécessité d'une faute lourde en matière médicale la rendra rare, et elle sera même parfois cachée derrière la faute dans l'organisation et le fonctionnement du service, curieusement omniprésente (I). L'abandon de la faute lourde sera ainsi davantage un renoncement à des artifices qu'un véritable changement de régime de responsabilité, mais il ne s'en agira pas moins d'un tournant de la responsabilité hospitalière (II), au demeurant immédiatement suivi d'un autre avec la consécration d'un régime de responsabilité sans faute (III).

I. L'OMNIPRESENTE FAUTE DANS L'ORGANISATION ET LE FONCTIONNEMENT DU SERVICE (1935-1992)

Les illustrations de fautes dans l'organisation et le fonctionnement du service sont nombreuses. Elles pouvaient d'ailleurs être purement administratives, au sens le plus classique du terme, comme la rédaction erronée d'une retranscription d'examen²¹, ou un retard dommageable dans l'admission d'un patient²². Elles pouvaient également être purement liées à la vie hospitalière et se rapprocher de la logique des dommages de travaux publics, comme en cas de chutes²³, de fugues²⁴, ou de tentatives de suicide²⁵. Mais elles étaient majoritairement paramédicales, c'est-à-dire commises par du personnel infirmier ou aide-soignant, et prenaient essentiellement les traits du « défaut de

¹⁸ Cass, Civ. 1., 9 octobre 1956, AJDA 1957, p. 1541 ; Cass. Civ. 15 janvier 1957, JCP 1957, II, 9287, note R. Savatier. V. J.-M. Auby, « Une divergence des jurisprudences administratives et judiciaires : la responsabilité des médecins et chirurgiens des hôpitaux publics », S. 1957, Chron. p. 1.

¹⁹ TC 25 mars 1957, *Chilloux*, n° 1624, Leb. p. 816.

²⁰ TC 25 mars 1957, *Isaad Slimane*, n° 1626, Leb. p. 816.

²¹ CE 8 janvier 1959, *Chirpatris et Centre hospitalier du Mans*, n°s 31475 et 31636, Leb. p. 19.

²² CAA Paris, Plén., 9 juin 1998, *Mme B.*, n° 95PA03525.

²³ CE 14 décembre 1983, *Guilblain*, n° 40383; CE 15 avril 1983, *Rousseau*, n° 11384, Leb. p. 156.

²⁴ CE 23 décembre 1979, *Centre hospitalier de Sevrey*, n° 10706, Leb. p. 464.

²⁵ CE 17 février 1988, *Assistance publique à Marseille c. Bois*, n° 71377.

surveillance ». Ce dernier était par exemple constitué pour n'avoir pas suffisamment surveillé un nouveau-né dans les suites d'un accouchement difficile²⁶ ; pour n'avoir pas repéré des signes évocateurs d'infection qui ont conduit à une amputation²⁷ ; pour avoir tardé à alerter un chirurgien sur la dégradation de santé post-opératoire²⁸, ou n'avoir pas immédiatement fait appel à l'obstétricien de garde en présence de signes évidents de souffrances fœtales²⁹.

La responsabilité pour faute lourde a certes été engagée dans l'histoire de la responsabilité hospitalière dès lors que des manquements aussi grossiers qu'impardonnables étaient commis, ce qui arrive malheureusement, et même encore aujourd'hui, mais n'est évidemment pas fréquent. Sous ce régime, seules les situations suivantes permettaient d'engager la responsabilité de l'hôpital : suture d'une plaie sans la nettoyer et sans enlever les fragments de verre présents³⁰ ou sans repérer une gangrène pourtant déjà naissante³¹ ; non-réalisation d'un examen indispensable au diagnostic³² ; diagnostic grossièrement erroné conduisant à confondre un traumatisme crânien et un état d'ébriété³³ ; ou un état dépressif et une grosse tumeur cérébrale³⁴ ; ou des troubles du comportement et une surdité totale³⁵. Mais, hier comme aujourd'hui, la majorité des fautes commises à l'hôpital ne sont pas régulièrement aussi graves.

La qualification de faute grave restait rare et trop exigeante sur le plan probatoire. Le juge administratif a donc développé une jurisprudence autour de la faute dans l'organisation et le fonctionnement du service, dont il suffisait qu'elle fût simple pour engager la responsabilité de l'hôpital. Parce qu'il ne pouvait pas agir sur la qualification de la faute lourde, il a préféré absorber la faute médicale dans la faute de service³⁶, ou donner à certaines fautes médicales les traits de la faute dans l'organisation et le fonctionnement du service, notamment en jugeant que certains actes médicaux étaient trop courants pour leur appliquer un régime de responsabilité pour faute lourde. Le régime de responsabilité pour faute simple émerge avec la jurisprudence *Rouzet* de 1959 dans laquelle le Conseil d'État estime qu'une faute commise par du personnel médical lors de l'accomplissement d'un acte qui pouvait être réalisé par un non-médecin n'avait pas « *présenté le caractère d'une faute lourde* », mais avait « *été de nature à engager envers la victime la responsabilité de l'administration générale de l'Assistance publique à Paris* »³⁷. Cela montre deux choses : une volonté finaliste coïncidant avec un début de prise en compte de la victime, et la volonté de sortir d'un piège purement signalétique.

II. L'ABANDON DE LA FAUTE LOURDE ET LE MANIEMENT DE LA SIMPLE FAUTE (1992-...)

A. L'abandon de la faute lourde

²⁶ CE 20 mars 1957, Hospices de Perpignan, n° 7295 et 19220, AJDA 1957, p. 250.

²⁷ CE 27 mai 1957, Denis, n° 35159, Leb. p. 351.

²⁸ CE 24 avril 1964, Hôpital-Hospice de Voiron, n° 61278, Leb. p. 259 ; CE 26 mai 2010, Pradeau, n° 306354.

²⁹ CE 26 mai 2010, Pradeau, n° 306354, Leb. T. ; CE 4 mars 2016, Lubanzila, n° 384109.

³⁰ CE 22 novembre 1967, Ciabrini, n° 68660, Leb. p. 439.

³¹ CE 4 août 1982, Hôpital civil Thann, n° 27727, Leb. T. p. 741.

³² CE 10 novembre 1976, CPAM de Montbéliard, n°s 97760 et 97787, Leb. T. p. 1114.

³³ CE 9 juillet 1969, Gojat, n° 63783, Leb. p. 371.

³⁴ CE 2 décembre 1977, Rossier, n° 700, Leb. p. 485.

³⁵ CE 17 janvier 1986, Centre hospitalier régional de Toulouse-Rangueil, n° 46744, Leb. T. p. 706

³⁶ CE 16 mars 1984, Centre hospitalier de Beauvais c. Coulombel et Duhamel, n°s 23583 et 40325, au sujet d'une faute médicale et infirmière de surveillance des signes d'ischémie.

³⁷ CE, Sect., 26 juin 1959, Rouzet, n° 31396, Leb. p. 405.

Quoiqu'assez peu commentée en son temps³⁸, la décision *Époux V* de 1992³⁹ demeure un repère historique très fort, tant pour la responsabilité hospitalière qui sera désormais engagée pour toute faute « simple », que pour la responsabilité administrative qui connaît là une étape fondamentale du déclin général de la faute lourde. La retentissante disparition du qualificatif « lourde » marquera la fin des manœuvres du Conseil d'État pour faire entrer les ronds de la faute médicale dans les carrés de la faute de service, et la fin de la dissociation des régimes de responsabilités selon que la faute est commise par le médecin ou le service. La faute sera désormais hospitalière et qualifiée de « faute de nature à engager la responsabilité de l'hôpital ». Place à la faute simple, ou plutôt à la simple faute. Toutes les fautes médicales engageront désormais la responsabilité de l'hôpital, qu'elles soient d'ordre purement technique, diagnostique ou thérapeutique. Dix ans plus tard, le législateur entérinera le régime de responsabilité pour faute⁴⁰ (simple) et le juge administratif poursuivra l'engagement de la responsabilité pour toute faute commise en son sein.

B. L'extension du domaine de la simple faute

La responsabilité hospitalière est une matière sur laquelle le juge administratif montre qu'il affine en permanence ses solutions et ses positions. À ce titre et puisque nous regardons dans le rétroviseur, on peut observer dans la tendance jurisprudentielle récente deux managements intéressants de la faute médicale.

Le premier est relatif au qualificatif « caractérisé », toujours présent en matière de responsabilité pour faute *caractérisée* dans le diagnostic prénatal⁴¹ et en matière de responsabilité en raison d'une infection nosocomiale, notamment en raison d'un manquement *caractérisé* aux obligations de lutte contre lesdites infections⁴². Le terme « caractérisé », qui n'avait pas été défini par le législateur en 2002, semblait alors emprunté au droit pénal⁴³, et renvoyer à une sorte de faute lourde qui ne porterait pas son nom, ou qu'à tout le moins il n'était plus permis de désigner ainsi puisqu'elle avait disparue. On lisait d'ailleurs sous la plume de certains membres du Conseil d'État qu'il s'agissait pour les infections nosocomiales d'une « *faute établie, démontrée, par un manquement caractérisé* »⁴⁴ et pour le diagnostic prénatal d'une « *faute lourde légèrement maquillée pour être plus acceptable* »⁴⁵. La jurisprudence récente du Conseil d'État a donné, pour l'une comme pour l'autre des situations d'engagement de responsabilité hospitalière, une interprétation plus « simple », dans tous les sens du terme. La faute est caractérisée, non pas parce qu'elle est *lourde*, mais parce qu'elle est *établie*. A titre d'exemple, si une faute peut prendre les traits d'un manquement aux règles d'hygiène dans le régime de responsabilité pour les infections nosocomiales, elle peut aussi être « *toute faute établie à l'origine du dommage* », de la même manière qu'un défaut d'information, pourtant ultra présomptif, a pu être qualifié de « *faute établie* » à l'origine d'une perte de chance d'éviter une telle infection⁴⁶. Ainsi, en matière de diagnostic prénatal, l'intensité et l'évidence de la faute qui étaient normalement les marqueurs de la faute « caractérisée » semblent s'affadir. Dans une affaire jugée en 2016, le

³⁸ Deux notes assez brèves : P. Bon et P. Terneyre, « Des erreurs successives peuvent constituer une faute médicale de nature à engager la responsabilité de l'hôpital », D. 29 avril 1993.146; et J. Moreau, Commentaire, JCP G n° 27, 1er Juillet 1992, II 21881

³⁹ CE, Ass., 10 avril 1992, *Époux V.*, n° 79027, Leb.

⁴⁰ Article L. 1142-1 du code de la santé publique, issu de la loi n°2002-303 du 4 mars 2002.

⁴¹ Art. L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles.

⁴² Art. L. 1142-17 et L. 1142.21 du code de la santé publique.

⁴³ Loi « Fauchon » n° 2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels.

⁴⁴ Concl. CE 21 mars 2011, Centre hospitalier de Saintes, n°334501, Gaz. Pal., n°s 215 à 216, 2011, pp. 11-14, note C. Lantero.

⁴⁵ J.-P. Thiellay, « Les suites tirées par le Conseil d'État des décisions du Conseil constitutionnel », RFDA 2011, p. 772.

⁴⁶ CE 28 novembre 2014, ONIAM c. centre hospitalier de Saintes, n°366154.

Conseil d'État a déduit d'indices qui « *laissaient fortement soupçonner* » une « *forte probabilité* » que l'enfant à naître puisse être atteinte d'une affection justifiant une interruption médicale de grossesse, que les médecins avaient manqué à leur devoir d'information et qu'il s'agissait là d'une faute « caractérisée »⁴⁷.

Le second remaniement est relatif à la faute déontologique, et à la reconnaissance feutrée de la **faute d'humanisme**. La faute médicale déontologique est un manquement aux règles professionnelles inscrites dans le code de déontologie des médecins, intégralement codifié dans la partie réglementaire du code de la santé publique. Dans le contentieux de la responsabilité hospitalière, l'invocation des manquements déontologiques a été supplantée par l'invocation des manquements aux droits des patients codifiés, eux, dans la partie législative du code de la santé publique. Il n'en demeure pas moins que le devoir d'information et l'interdiction de l'obstination déraisonnable, qui s'inscrivent l'un comme l'autre autant dans la sphère juridique que dans la sphère éthique, sont par exemple historiquement des devoirs des médecins avant d'être des droits des patients. La « faute d'humanisme » est quant à elle purement conceptuelle et renvoie aux idées d'empathie, d'humanité et de compassion, et plus spécifiquement aux manquements aux devoirs inhérents au ministère du médecin et à la violation des droits subjectifs du patient⁴⁸. L'expression est très présente dans le vocabulaire des auteurs de droit privé de la responsabilité médicale⁴⁹, qui opposent systématiquement la faute « d'humanisme » à la faute dite « technique » et identifient d'ailleurs le défaut d'information comme la faute d'humanisme par excellence⁵⁰. L'expression demeure introuvable dans la jurisprudence administrative et chez la doctrine publiciste. Toutefois, cette nouvelle typologie de la faute fait son chemin et, sans labelliser la responsabilité hospitalière avec une formule qui lui est étrangère, il est possible d'identifier une inclination du juge administratif à juger les attitudes et les consciences professionnelles. Il nous semble que la reconnaissance en 2012 d'un préjudice d'impréparation psychologique causé par le défaut d'information va en ce sens⁵¹, et que la consécration en 2016 qu'un tel préjudice puisse être présumé corrobore cette analyse⁵². Il nous semble pareillement que dans les enjeux relatifs aux procédures d'arrêt ou de limitation des traitements, le juge est de plus en plus amené à sonder les consciences professionnelles et démêler ce qui relève de l'acharnement opiniâtre de ce qui relève de la ténacité déraisonnable⁵³. Les recours en responsabilité dans ce domaine demeurent rares et aucun n'est encore remonté jusqu'au Conseil d'État, mais la menace d'une responsabilité pour « déraison » est réelle et les décisions prises par les juges du fond ne manquent pas de démontrer qu'ils marchent véritablement sur une ligne de crête⁵⁴. Au-delà du devoir d'information et de son corollaire, le respect du consentement⁵⁵, et au-delà des enjeux liés à l'obstination déraisonnable, il faut s'arrêter un instant sur d'autres signaux très forts et très récents allant dans le sens d'une reconnaissance de la faute d'humanisme. En 2019, le Conseil d'État a en effet accepté d'engager la responsabilité d'un

⁴⁷ CE 7 avril 2016, X et CPAM du Bas-Rhin, n° 376080, 376225, Leb. T., AJDA 2016. 1583, note C. Lantero.

⁴⁸ M. Lannoy, « Corps à corps : la personne humaine en droit de la responsabilité hospitalière », RDSS 2015. 117

⁴⁹ F. Violla, « La faute d'humanisme », *RGDM*, n° 17, 2013, p. 61-81. ; B. Muller, « Les fautes techniques et les fautes d'humanisme dans la jurisprudence de la Cour de cassation », F. Violla (dir.), *Les Grandes Décisions du Droit Médical*, LGDJ 2009, p.519

⁵⁰ S. Hocquet-Berg, « La place du défaut d'information dans le mécanisme d'indemnisation des accidents médicaux », *Responsabilité civile et assurances* n° 5, Mai 2010, étude 5.

⁵¹ CE 10 octobre 2012, Beaupère et Lemaitre, n° 350426.

⁵² CE 16 juin 2016, Champeaux, n° 382479.

⁵³ Sur la mise en garde contre une interchangeabilité des termes : F. Violla, « De l'obstination dans l'acharnement », *LPA* 2010 n° 66, p. 10.

⁵⁴ TA Nîmes, 2 juin 2009, n° 0622251, AJDA 2009. 2474, Concl. D. Riffard ; *LPA* 2010 n° 66, p. 10, note F. Violla ; CAA Marseille, 28 février 2019, M. et Mme E. c. AP-HM, n° 17MA01092, AJDA 2019. 1949, note C. Lantero.

⁵⁵ CE 24 septembre 2012, Cairala, n° 336223

centre hospitalier pour « manque d'empathie » envers des proches dans la façon d'annoncer un décès⁵⁶. La même année, la Cour administrative d'appel de Nantes a jugé que la (mauvaise) prise en charge d'une patiente par la régulation médicale d'un SAMU était constitutive d'une attitude « à l'origine d'un préjudice moral spécifique pour l'intéressée, qui s'est trouvée abandonnée par l'institution qui aurait dû lui porter secours alors qu'elle était dans un état de grande souffrance physique et morale »⁵⁷. Il est indiscutable que la responsabilité hospitalière fait son chemin vers la reconnaissance d'une nouvelle typologie de la faute et que le juge accepte déjà de contrôler cette fameuse faute d'humanisme, même s'il ne la nomme pas.

III. L'ABANDON DE LA FAUTE (1993-... ?)

Retour en arrière avec cette troisième séquence, qui commence presque en même temps que l'abandon de la faute lourde avec lequel elle a d'ailleurs beaucoup en commun. Alors que le souci de l'équité n'est pas étranger au juge administratif qui manipule la responsabilité sans faute pour risque depuis 1895⁵⁸, celui de la réparation du dommage sanitaire fait son chemin vis-à-vis de ces patients qui ne sont ni des collaborateurs du service public, ni des tiers, ni des usagers comme les autres puisqu'ils viennent précisément s'exposer à un risque dans l'espoir d'aller mieux. Ce souci est d'autant plus contrarié que le régime de responsabilité est celui de la redoutable faute lourde en matière médicale. Qu'à cela ne tienne, le Conseil d'État fait émerger en 1993⁵⁹ un régime de responsabilité sans faute avec sa célèbre décision *Bianchi* au sujet des aléas thérapeutiques⁶⁰. Il a alors pleinement conscience de ce que sa solution s'éloigne des sentiers traditionnels du droit de la responsabilité administrative, y compris du droit de la responsabilité sans faute, jusqu'alors fondée sur la rupture d'égalité ou les activités dangereuses de l'administration. Son vice-président déclare de manière assumée que cette solution est « fondée sur des considérations humanitaires » et que le « Conseil d'État a donné un fondement juridique à une solution que l'équité appelait »⁶¹, et les conclusions de Serge Daël sur cet arrêt confirme cette posture : « En effectuant maintenant un retour sur les conditions classiques de la responsabilité sans faute, pour l'adapter à une matière dont la spécificité est certaine, il est possible de dégager les conditions auxquelles devrait répondre une situation pour engager la responsabilité de l'hôpital »⁶². Il faut noter ici l'attitude totalement finaliste du juge administratif.

On sait que le législateur de 2002 va mettre un terme à la responsabilité sans faute, réconciliant sur ce point le juge judiciaire pour lequel il s'agissait d'une hérésie contractuelle et le juge administratif, et remplacer le régime de responsabilité hospitalière sans faute pour les aléas thérapeutiques par un régime d'indemnisation fondé sur la solidarité nationale pour les accidents médicaux non fautifs. En théorie, à lire les dispositions de l'article L. 1142-1 du code de la santé publique, la responsabilité sans faute s'est éteinte en 2002. En pratique, à lire la jurisprudence du Conseil d'État, ce n'est pas du tout le cas et la responsabilité sans faute est encore très présente. Dans chaque alinéa dudit article se glisse une occasion, que le Conseil d'État a largement saisie, de laisser survivre ou de faire émerger un régime de responsabilité sans faute.

⁵⁶ CE 12 mars 2019, Consorts Galey, n° 417038.

⁵⁷ CAA Nantes, 19 juillet 2019, CHU Nantes, n° 17NT02664.

⁵⁸ CE 21 juin 1895, Cames, n° 82490, concl. J. Romieu : Revue générale du droit *on line*, 2018, n° 29302 (www.revuegeneraledudroit.eu/?p=29302).

⁵⁹ Nous sommes peu après l'abandon de la faute lourde mais la réflexion avait été lancée par la cour administrative d'appel de Lyon dès 1990 : CAA Lyon, 21 décembre 1990, Cts Gomez, n°89LY01742, Leb. p. 498.

⁶⁰ CE, Ass., 9 avril 1993, Bianchi, n° 69336, Leb. p. 127, concl. S. Daël.

⁶¹ R. Denoix de Saint Marc, « La responsabilité médicale devant le juge administratif », Bull. Acad. Natle. Med, 2000, 184, n°9, pp. 1977-1990.

⁶² S. Daël, Conclusions publiées au Lebon, p. 127.

Les produits de santé et la responsabilité sans faute – Article L. 1142-1 alinéa 1 : « *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.* »

Dans un arrêt *Marzouk* de 2003, statuant sur des faits antérieurs à 1998, le Conseil d'État a fait émerger un éclatant régime de responsabilité sans faute de l'hôpital lorsque celui-ci utilise un matériel défectueux (en l'espèce un respirateur artificiel)⁶³. Ce régime issu de la jurisprudence s'inscrit à côté d'un autre régime de responsabilité sans faute, institué par le droit de l'Union européenne avec une directive de 1985 transposée en 1998, et désignant la primo-responsabilité du producteur. Une véritable saga a démarré quant à la pérennité de cette jurisprudence permettant l'engagement de la responsabilité sans faute de l'hôpital prestataire de service (et non fabricant du produit) alors qu'existe un régime de responsabilité du producteur. On pensait que la loi de 2002 avait sans doute fait disparaître le régime *Marzouk* mais ce n'était pas très clair. Soit la formule « *hors le cas où* » désigne une exception à la responsabilité pour faute, soit elle renvoie à la législation transposant la directive de 1985. Les travaux parlementaires indiquent clairement cette dernière solution puisqu'il est indiqué que l'article L. 1142-1 n'a pas vocation à modifier « *les règles de responsabilité du fait des produits défectueux définies par la loi n° 93-389 du 19 mai 1998* »⁶⁴. Pourtant, le Conseil d'État continue d'appliquer sa jurisprudence *Marzouk* en engageant la responsabilité du service public hospitalier, sans même s'embarrasser à viser les dispositions du code de la santé publique⁶⁵. Cette attitude vise très clairement à maintenir un régime de responsabilité plus favorable aux justiciables qui conservent ainsi un seul interlocuteur, sont épargnés d'une fastidieuse recherche du producteur, et échappent à d'éventuelles procédures complexes et coûteuses à l'étranger.

La responsabilité de plein droit et les infections nosocomiales – Article L. 1142-1 alinéa 2 : « *Les établissements, services et organismes susmentionnés sont responsables des dommages résultant d'infections nosocomiales, sauf s'ils rapportent la preuve d'une cause étrangère* ». Alors que le régime de responsabilité hospitalière était antérieurement en la matière celui d'une responsabilité pour faute révélée⁶⁶, le législateur de 2002 est venu diviser le régime de réparation des dommages issus des infections nosocomiales en deux. Au-delà d'un certain seuil de gravité, l'indemnisation incombe à la solidarité nationale. En deçà, elle engage la responsabilité de l'établissement. La subtilité consistait encore à s'entendre sur le régime de responsabilité applicable, ce qui n'était de nouveau pas limpide à la seule lecture de la loi. Il était en tout cas légitime de penser que le législateur avait recherché un régime de présomption de faute plutôt qu'un régime de responsabilité sans faute, auquel le juge judiciaire était si hostile. Et à nouveau, c'est ce que paraissent confirmer les travaux parlementaires : « *Ces dispositions ne sauraient bien entendu remettre en cause la présomption de faute admise dans de nombreux cas par la jurisprudence, lorsque cette faute consiste en un défaut dans l'organisation ou le fonctionnement du service. Elles n'entendent pas non plus remettre en question la jurisprudence relative au manquement à l'obligation de sécurité en cas d'infection nosocomiale* »⁶⁷. Le juge

⁶³ CE 9 juillet 2003, AP-HP c. Marzouk, n° 220437, Leb. p. 338. Notons que la Cour administrative d'appel de Paris avait déjà pris l'initiative de proposer un régime de faute présumée : CAA Paris, 8 février 2000, AP-HP c/ Marzouk, n° 98PA02249.

⁶⁴ Rapp. Sénat n° 174, 2001-2002, p. 230, par F. Giraud, G. Deriot et J.-L. Lorrain ; *adde*, Rapport Ass. nat. n° 3263, 18 septembre 2001, p. 24.

⁶⁵ CE 4 mars 2012, CHU de Bordeaux, n°324455, 332061 ; CE 24 avril 2012, CH de Mantes-la-Jolie, n°331967.

⁶⁶ CE 9 décembre 1988, Cohen, n° 65087, Leb. p. 431.

⁶⁷ Projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 5 septembre 2001, n° 3258.

administratif décidera qu'il s'agit en fait d'une responsabilité « de plein droit » que le juge doit, à l'instar de la responsabilité sans faute, relever d'office⁶⁸. Le choix de l'expression « de plein droit » est intéressant pour se placer au milieu du gué entre responsabilité pour faute présumée et responsabilité sans faute. Marcel Waline disait qu'« *à partir du moment où l'on interdit à celui sur qui repose une prétendue présomption de faute, de s'en dégager par la preuve contraire, il ne faut plus dire qu'il est responsable pour faute présumée, mais qu'il est responsable sans faute* »⁶⁹. C'était particulièrement vrai sous l'empire de la définition de la cause étrangère telle qu'appliquée par le Conseil d'État jusqu'en 2018, le régime de responsabilité prenant alors tous les traits d'un régime de responsabilité sans faute. Ça l'est moins depuis la redéfinition de la cause étrangère en 2018⁷⁰, et on peut voir un certain mouvement de balancier vers un régime de responsabilité pour faute présumée. En retenant une responsabilité « de plein droit », le juge administratif s'est ménagé une marge de manœuvre confortable pour affiner le régime de responsabilité hospitalière en matière d'infections nosocomiales.

*

À l'issue de cette rétrospective sur la responsabilité hospitalière, il est très net que si laborieuse fut sa naissance, son évolution a été parfaitement maîtrisée par le juge administratif, pour ne pas dire contrôlée et modelée à l'image qu'il a décidé de s'en faire. Pour être complet, et peut-être est-ce une promesse qui pourrait être tenue à l'occasion des « vrais » cent ans de la responsabilité hospitalière, une seconde évolution mériterait d'être observée : celle de l'œil du juge porté sur la victime. Cette victime, globalement absente des réflexions menées en responsabilité administrative en général, a gagné, notamment grâce à la responsabilité hospitalière et grâce à un juge qui a accepté de la regarder, un véritable statut juridique.

⁶⁸ CE 6 mars 2015, CH de Roanne, n° 368520, AJDA, 2015, p. 1379.

⁶⁹ M. Waline, *Droit administratif*, Sirey, 9e éd., 1963, p. 849.

⁷⁰ Moins impossible à qualifier qu'avant : CE 23 mars 2018, Bazizi, n° 402237, Leb.