

Université René Descartes
Faculté de Médecine, Paris 5
Président : Pr J.-F. DHAINAUT

DEA d'Ethique Médicale et Biologique

Directeur : Pr Christian Hervé

Année 2003-2004

**La prise en charge des accidents médicaux par la loi du
4 mars 2002 : problèmes pratiques et éthiques**

Présenté par :
Alexandra Salfati

Directeur(s) de mémoire :

Pr. Christian Hervé et Docteur Grégoire Moutel

RESUME

La loi du 4 mars 2002, relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé vise, dans son ensemble, à reconnaître au patient une nouvelle place dans le système de santé au travers de nouveaux droits et d'une nouvelle place active dans le système de santé. Le chapitre qui a fait l'objet de ce mémoire est le chapitre IV de cette loi qui vise la prise en charge des risques sanitaires.

La loi du 4 mars a voulu régler la question de la responsabilité médicale au travers de la création d'un droit à l'indemnisation des accidents médicaux non-fautifs et d'une procédure de règlement amiable. Un système a été mis en place autour de la création de trois entités : les Commissions régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales (CRCI), l'Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux (ONIAM) et la Commission Nationale des Accidents Médicaux (CNAM), et d'une procédure singulière.

Ce travail porte sur l'adéquation du système de réparation des risques sanitaires mis en place par la loi du 4 mars 2002, face aux réalités pratiques de sa mise en œuvre et du questionnement éthique qui en découle. L'adéquation de ce système ne pouvait se comprendre qu'en déterminant les objectifs sous jacents à cette démarche. Il voulait répondre à trois objectifs principaux, qui sont l'indemnisation des accidents médicaux non fautifs, le recadrage de la responsabilité médicale et enfin le désengorgement des instances juridiques, en vue d'une indemnisation facilitée et rapide des victimes.

Ce système étant très récemment mis en place, le travail qui devait être fait ne pouvait avoir la prétention d'une véritable évaluation. Nous avons donc mené ce travail dans une optique prospective. Nous nous sommes concentrés sur les problèmes pratiques et éthiques que pourraient poser ce système. Pour ce faire, il a été mené une étude bibliographique qui a cherché à expliquer le processus et le questionnement qui a abouti au système mis en place par la loi et dans un second temps à l'expliquer. Une méthodologie a été mise en place permettant de cerner les différents points positifs et négatifs que ce système induit et pourra induire. Ces points ont été débattus, en confrontation avec les données bibliographiques lors de la discussion.

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier en premier lieu le Professeur Christian Hervé et le Docteur Grégoire Moutel pour leur aide et leur soutien durant toute cette année.

Je remercie également les Présidents des CRCI, les membres de l'ONIAM et les médecins qui ont accepté de me recevoir et de répondre à mes questions dans le cadre de cette étude.

Je remercie aussi Ingrid Callies pour ses relectures et Cécile Manaouil pour ses éclairages.

Je remercie également toutes les personnes du Laboratoire d'éthique médicale et biologique, que sont Danièle Rius, Nathalie Duchange, David Rodriguez, Céline Loubières, Valérie Pelletier, Jacques-Aurélien Sergent, Emmanuelle Grand et Bice Berdougou qui, par leur soutien, ont fait de cette année d'étude un véritable plaisir.

Je tiens enfin à remercier mes parents qui ont relu ce mémoire et qui m'ont soutenue durant toute cette année.

Merci à vous tous, grâce à vous, cette année fut très enrichissante tant du point de vue professionnel que personnel.

SOMMAIRE

I- Introduction

II- Problématique

III- Etude bibliographique

III-1 Définition des termes utilisés

- III-1-1 L'accident médical
- III-1-2 L'aléa thérapeutique
- III-1-3 L'accident indemnisable
- III-1-4 Le dommage indemnisable

III-2 Contexte historique de l'évolution de la notion d'aléa thérapeutique et de sa prise en charge.

- III-2-1 La perception historique de la répartition des risques
- III-2-2 La répartition des risques dans les cas d'accidents médicaux

III-3 La situation juridique avant l'adoption de la loi du 4 mars 2002

- III-3-1 La perception historique de la responsabilité médicale
- III-3-2 Un vide juridique porteur d'inégalité et d'injustice

- III-3-2-1 Une triple inégalité
- III-3-2-2 Une double injustice

- III-3-3 Une nécessité de légiférer

III-4 Le choix d'un modèle d'indemnisation

- III-4-1 Un choix pratique à portée éthique
- III-4-2 Qui devait supporter la prise en charge du risque ?
- III-4-3 Les principaux projets de loi

- III-4-3-1 La transformation du droit de la responsabilité : de la faute au risque
- III-4-3-2 La conciliation et la médiation comme outil de l'apaisement de la relation médecin/patient
- III-4-3-3 Maintenir la notion de faute et mieux couvrir les victimes

- III-4-4 Analyse des principaux projets de loi
- III-4-5 Les modèles envisageables

- III-4-5-1 Les exemples fournis par le droit comparé
- III-4-5-2 Les possibilités envisageables en France

III-5 Système mis en place par la loi du 4 mars 2002

- III-5-1 Le choix de la réparation par la solidarité nationale
- III-5-2 Nécessité de préserver la responsabilité pour faute
- III-5-3 Organismes créés par la loi du 4 mars 2002
 - III-5-3-1 L'Office national d'indemnisation des accidents médicaux (O.N.I.A.M)
 - III-5-3-2 La Commission nationale des accidents médicaux (C.N.A.M)
 - III-5-3-3 Les Commissions régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales (C.R.C.I)
- III-5-4 Les procédures d'accès au système
 - III-5-4-1 Un dispositif subsidiaire
 - III-5-4-2 La saisine des C.R.C.I
 - III-5-4-3 Les conditions de recevabilité des dossiers
 - III-5-4-4 Le traitement des demandes
 - III-5-4-5 Les régimes d'indemnisation

IV- Méthodologie

IV-1 Présentation de la méthodologie

- IV-1-1 Objectifs de la recherche
- IV-1-2 Elaboration et mise en place
 - IV-1-2-1 Choix de la méthodologie
 - IV-1-2-2 Elaboration des entretiens semi-directifs
 - *Le choix des entretiens semi-directifs*
 - *Le choix des personnes visées*
 - IV-1-2-3 Mise en place de la méthodologie
 - IV-1-2-4 Critiques
- IV-1-3 Présentation du questionnaire

IV-2 Traitement des données

- IV-2-1 Définition de ce qu'est un aléa thérapeutique
- IV-2-2 La légitimité sociale d'une loi sur l'indemnisation de l'aléa thérapeutique
- IV-2-3 Les attentes de la loi du 4 mars 2002
- IV-2-4 L'adéquation du système mis en place
- IV-2-5 Les déviations possibles du système de l'indemnisation mis en place par la loi du 4 mars 2002

V- Discussion

V-1 La victoire de l'idéologie de l'indemnisation

- V-1-1 La reconnaissance de l'indemnisation de l'aléa thérapeutique
- V-1-2 Le risque de déresponsabiliser
- V-1-3 Une indemnisation des aléas thérapeutiques limitée aux dommages graves
- V-1-4 Un manque d'harmonisation de l'interprétation des seuils de gravité, porteur d'inégalité

V-2 La procédure de règlement amiable comme alternative aux contentieux juridiques

- V-2-1 Une alternative limitée aux dommages graves
- V-2-2 Le règlement amiable pour une indemnisation rapide et facilitée
- V-2-3 L'échec de la procédure de conciliation

V-3 Minimiser le recours à la faute en recadrant la responsabilité médicale

- V-3-1 Un manque de définition de la faute et de l'aléa
- V-3-2 Un recadrage dépendant de l'expertise et de sa réforme

VI- Conclusion

I- Introduction

La loi du 4 mars 2002, relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé vise, dans son ensemble, à reconnaître au patient une nouvelle place dans le système de santé au travers de nouveaux droits et d'une nouvelle place active dans le système de santé.

Le chapitre qui fera l'objet de ce mémoire est le chapitre IV de cette loi qui vise la prise en charge des risques sanitaires. La réparation des accidents médicaux est un problème qui a occupé les législateurs depuis plus de vingt ans et qui a donné naissance à de multiples propositions de lois à ce sujet. Cette loi est le résultat de multiples débats, de décisions de justice et d'affaires litigieuses retentissantes. Autant d'essais qui ne font que montrer la complexité des intérêts en cause et de la multiplicité des objectifs à atteindre.

La situation qui a préexisté à la loi était tout aussi insatisfaisante du point de vue des patients que de celui des professionnels de santé. Les patients étaient dans une situation d'injustice et d'inégalité. Face à cette situation, les juges ont eu tendance à permettre l'indemnisation des accidents médicaux non fautifs au travers d'une responsabilité médicale étendue par une interprétation large de la faute. Une faute qui a été étendue, par exemple, au manque d'information, ou à la violation de l'obligation de résultats en ce qui concerne les mesures d'hygiène et d'asepsie. Le Conseil d'Etat est même allé jusqu'à reconnaître, dans son arrêt Bianci, datant du 9 avril 1993, l'indemnisation de l'accident médical non fautif à des conditions très strictes. La Cour de Cassation s'est refusée de le suivre ce qui a créé une dualité qui n'a fait qu'aggraver la situation d'inégalité pour les patients. C'était une situation de judiciarisation systématique des contentieux médicaux qui tendait à créer une situation d'inconfort chez les professionnels de santé dans l'exercice de leurs pratiques. Le législateur a voulu répondre à cette volonté de déjudiciariser la responsabilité médicale par la création d'un droit à l'indemnisation de l'accident médical non fautif et d'une procédure amiable des contentieux en responsabilité médicale ; l'ensemble étant regroupé dans un même système.

Ce nouveau système a entraîné la création de trois entités. La première, les Commissions régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales (CRCI), ont pour mission de sélectionner les dossiers, de mandater les expertises et de faciliter le règlement amiable de contentieux en

responsabilité médicale. La deuxième, l'Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux (ONIAM), a pour principale mission d'indemniser les victimes d'accidents médicaux non fautifs ou leurs ayants droits au titre de la solidarité nationale. La troisième, la Commission Nationale des Accidents Médicaux (CNAM), a pour mission de créer la liste nationale des experts en accidents médicaux et l'harmonisation des actions des CRCI.

C'est un système qui permet l'accès à une indemnisation des accidents médicaux non fautifs et un règlement amiable des accidents médicaux fautifs. L'accès à ce système n'est possible qu'aux dommages ayant atteint un certain seuil de gravité. Ces seuils de gravité sont au nombre de quatre. Il faut que le dommage soit égal ou supérieur à 24% d'IPP, ou ait entraîné une durée d'incapacité temporaire de travail (ITT) au moins égale à six mois consécutifs ou égale à six mois non consécutifs sur une période de douze mois. A titre exceptionnel, seront recevables les dossiers contenant une déclaration d'inaptitude définitive à exercer l'activité professionnelle que la victime exerçait avant l'accident médical, de l'affection iatrogène et de l'infection nosocomiale ou que la victime ait subi des troubles particulièrement graves, y compris économiques dans ses conditions d'existence. Ne seront recevables que les dommages dont le fait générateur s'est produit avant la date du 5 septembre 2001.

La distinction entre accident médical fautif ou non fautif se fait a posteriori par une expertise, qui sera le fondement de l'avis des CRCI. Cette distinction permettra de diriger les victimes soit vers un règlement amiable s'il y a faute, soit vers une indemnisation par la solidarité nationale s'il n'y a pas faute. Les dossiers qui s'avèreront, a posteriori, inférieurs aux seuils de gravité seront dirigés vers une procédure de conciliation.

La poids de la prise en charge de l'indemnisation des accidents médicaux non fautifs se fait par la solidarité nationale. Cette indemnisation ne concerne que les dommages ayant atteint un certain seuil de gravité, causés par un accident médical non fautif. Ces seuils de gravité sont les mêmes que pour les conditions de recevabilité vues ci-dessus. Faisant suite à différentes réclamations des assurances, la loi du 31 décembre 2001 a aussi mis à la charge de la solidarité nationale, les dommages, supérieurs à 24% d'IPP, causés par une infection nosocomiale.

Nous nous limiterons dans ce travail aux problématiques liées à la prise en charge de l'accident médical fautif ou non.

L'étude de ce système semblait inévitable puisque de son bon fonctionnement dépendra la bonne prise en charge de l'accident médical non fautif et l'évolution du règlement amiable des accidents médicaux. C'est là un véritable pari sur l'avenir qu'a fait le législateur.

Ce système étant très récemment mis en place, le travail qui devait s'en faire ne peut avoir la prétention d'une véritable évaluation. Il reste encore beaucoup d'incertitudes que seul le temps pourra infirmer ou confirmer. Nous avons donc mené ce travail dans une optique prospective. Nous nous sommes concentrés sur les problèmes pratiques et éthiques que pourraient poser ce système. Pour ce faire, il a été mené une étude bibliographique qui a cherché à expliquer le processus et le questionnement qui a abouti au système mis en place par la loi et dans un second temps à l'expliquer. Une méthodologie a été mise en place permettant de cerner les différents points positifs et négatifs que ce système induit et pourra induire. Ces points seront débattus, en confrontation avec les données bibliographique lors de la discussion.

II- Problématique

L'objet de ce travail porte sur l'adéquation du système de réparation des risques sanitaires mis en place par la loi du 4 mars 2002, face aux réalités pratiques de sa mise en œuvre et du questionnement éthique qui en découle. L'adéquation de ce système ne peut se comprendre qu'en déterminant les objectifs sous jacents à cette démarche.

Le système mis en place par la loi du 4 mars 2002 veut répondre à trois objectifs principaux, qui sont l'indemnisation des accidents médicaux non fautifs, le recadrage de la responsabilité médicale et enfin le désengorgement des instances juridiques, en vue d'une indemnisation facilitée et rapide des victimes.

Premièrement un nouveau droit à l'indemnisation de l'accident médical non fautif émane d'un courant de pensée sociale, où le risque est de moins en moins toléré et où il faut toujours un coupable. C'est une société qui tend vers la socialisation du risque, mettant à la charge de la collectivité la survenance du risque. Il était perçu comme injuste que les personnes victimes d'accidents médicaux non fautifs soient laissées seules à porter le poids de la malchance. Une inégalité d'autant plus forte face à la différence de traitement entre les institutions judiciaires et administratives. C'était une question de choix, de responsabilité et de répartition des risques entre les acteurs de la société. C'était aussi un choix à portée éthique puisqu'en faisant porter le poids du risque individuel à la collectivité, pour des raisons politiques et budgétaires, seules les victimes de dommages graves seront indemnisées. C'est une nouvelle forme d'exclusion qui reste à se justifier.

Deuxièmement, l'indemnisation de l'accident médical est aussi un moyen de recadrer la responsabilité médicale. Ce droit fait suite à toute une jurisprudence administrative et judiciaire qui pour des motifs d'équité et de justice a élargi la responsabilité médicale au travers de la notion de faute, pour pouvoir indemniser les victimes d'accidents médicaux non fautifs. Cette notion de faute est le point essentiel de la responsabilité médicale, puisqu'elle en est l'élément constitutif : plus la notion de faute était interprétée largement et plus la responsabilité médicale est large. On en était arrivé au point où les professionnels de santé se sentaient, pour la plupart, menacés par une action en justice dans l'exercice de leurs pratiques. Ce n'était pas tant le risque d'une dérive « à l'américaine » qui était en cause ici mais bien

plus de voir se profiler une suspicion dans la relation médecin-patient. Il ne fallait pas aboutir à une médecine défensive qui ne saurait être qu'un frein au progrès technique et à une bonne prise en charge des soins. Le législateur a donc voulu recadrer la responsabilité médicale autour de la faute sans pour autant la définir, ou plutôt la redéfinir. Un véritable recadrage de la responsabilité médicale était-il réaliste en l'absence d'une distinction claire et uniforme entre accident fautif ou non ?

Troisièmement, en vue d'une déjudiciarisation du contentieux en responsabilité et dans le cadre de l'indemnisation des accidents médicaux, la loi du 4 mars 2002 a prévu une procédure spécifique de règlement amiable. L'objectif était de désengorger les institutions judiciaires et d'offrir une indemnisation plus rapide et facilitée aux victimes d'accidents médicaux. C'est la concrétisation de la voie du règlement amiable qui est une forme d'atomisation des règlements des litiges dans le cadre d'entités indépendantes et non juridiques. Ce système intègre un schéma déjà bien connu de nos règlements de conflits. Pourtant, cette procédure n'est ouverte qu'aux victimes de dommages les plus graves excluant ainsi les autres victimes, qui n'auront pas d'autre choix que de retourner vers le juridique. C'est une forme d'exclusion que l'on a du mal à justifier puisque les dommages les moins graves sont les plus nombreux et que la procédure de règlement amiable était une réponse au problème de l'encombrement des instances juridictionnelles. Ce système sera-t-il adéquat pour permettre un réel désengorgement de la justice ? Les dommages les plus graves sont aussi les moins faciles à régler à l'amiable. En effet, plus le dommage est grave et plus le dossier est lourd et complexe. Il faut donc se demander si le système tel qu'il a été prévu est susceptible d'offrir une alternative adéquate au contentieux juridique ?

III- Etude bibliographique

III-1 Définition des termes utilisés

Pour pouvoir définir l'aléa médical il faut intégrer sa définition dans la pratique médicale. Il faut bien distinguer dommage indemnisable, accident indemnisable, accident médical et aléa thérapeutique.

III-1-1 L'accident médical

La loi du 4 mars 2002¹ ne parle pas d'aléa thérapeutique mais d'accident médical. Elle le définit « a contrario ». En effet l'article 1142-1 CSP tel qu'issu de cette loi situe l'indemnisation de l'accident médical sur la faute en disposant que « *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* ». On peut en déduire que le législateur a voulu rattacher la notion d'accident médical à l'absence de faute. Le terme de la loi peut ne pas paraître tout-à-fait adéquat pour la matière qu'il traite puisque l'accident médical est la réalisation d'un risque², lié à l'activité médicale, indépendamment d'une faute. L'accident médical peut donc être fautif ou non. Ce terme aurait été adéquat si le système mis en place par la loi avait pris en compte l'indemnisation de l'ensemble des accidents médicaux fautifs ou non. Mais le système tel qu'actuellement instauré ne vise que l'indemnisation de l'accident médical non fautif, ce qu'on peut appeler dans le langage courant aléa thérapeutique. C'est pour cela que dans la suite de ce travail nous parlerons d'aléa thérapeutique et non d'accident médical.

¹ Loi n°2002-303, 4 mars 2002, relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé

² P. Jourdain, "L'évolution de la jurisprudence judiciaire et de l'indemnisation des accidents médicaux" in "L'indemnisation des accidents médicaux", Acte du colloque du 24 avril 1997, sous la direction de G.Viney, L.G.D.J, 1997, p.21ss.

III-1-2 L'aléa thérapeutique

La définition de l'aléa thérapeutique doit se faire au travers de celle de la faute puisque l'aléa est la non-faute. C'est une définition qui doit être médico-légale³. L'étendue de ce que l'on peut concevoir comme aléa dépendra de la largesse de l'interprétation de la faute. Tout ce qui n'est pas fautif est aléa. L'aléa est, en tout cas en théorie, la réalisation de risques irréductibles⁴. Parce que l'on part de l'idée qu'il y a faute si le risque aurait pu être évité. L'aléa thérapeutique est, selon le rapport du conseil Economique et Social, « *la part de risque que comporte inévitablement un traitement médical et thérapeutique légitimement et correctement mené et dont la réalisation entraîne des effets indésirables* »⁵. C'est l'accident exceptionnel non fautif.

La problématique de l'aléa s'intègre dans le calcul des risques : on envisage une opération si celle-ci comporte plus d'avantage que d'inconvénients prévisibles. Mais l'aléa étant l'imprévisible, c'est un risque inhérent à l'acte médical. L'aléa est le résidu de l'indéterminable.

Cette notion même de faute est délicate et on le voit très bien dans les interprétations jurisprudentielles, qu'elles soient élargies ou rétrécies selon les objectifs visés. Il en a été ainsi de la distinction faite par certains auteurs entre faute et erreur⁶. La faute, élément constitutif de la responsabilité, est le comportement que n'aurait pas eu le « bonus vir » du droit romain. Le « bonus vir » est dans le cadre de la responsabilité médicale un médecin type dont on compare le comportement hypothétique avec celui du cas d'espèce. Le comportement type étant le comportement non fautif. L'erreur par contre regroupe toutes les défaillances d'attention, de mémoire, de réflexe etc...que tout individu est susceptible de commettre. «Errare humanum est », n'est donc pas susceptible d'engager la responsabilité de celui qui l'a commise. C'est surtout le statut de la maladresse qui a posé des problèmes. Doit-elle être reliée à l'erreur ou à la faute ? La Cour de Cassation, suivant le rapport de M. Sargos (7/01/1997) a considéré que toute maladresse était inadmissible et donc qu'elle engageait la

³ R. Saury, « Le point de vue du médecin sur l'indemnisation des accidents médicaux » in « L'indemnisation des accidents médicaux », Acte du colloque du 24 avril 1997, sous la direction de G.Viney, L.G.D.J, 1997, p.91ss

⁴ P. Jourdain, « L'évolution de la jurisprudence judiciaire et de l'indemnisation des accidents médicaux » in « L'indemnisation des accidents médicaux », Acte du colloque du 24 avril 1997, sous la direction de G.Viney, L.G.D.J, 1997, p.25

⁵ A. Zeidenberg, mémoire de maîtrise, Laboratoire d'éthique médicale, de santé publique et de droit de la santé.

⁶ Voir entre autre A.Tunc, « Rapport introductif », in « L'indemnisation des accidents médicaux », Acte du colloque du 24 avril 1997, sous la direction de G.Viney, L.G.D.J, 1997, p.1ss.

responsabilité de celui qui l'a commettait⁷. On voit par ces deux exemples que la faute n'est pas forcément clairement définissable, en tout cas en pratique.

III-1-3 L'accident indemnisable

Selon la définition du dictionnaire Larousse l'accident est défini comme étant « un évènement imprévu, malheureux ou dommageable ». L'accident indemnisable en responsabilité médicale est l'accident médical causé par un acte de prévention, de diagnostic ou de soins, lié à une faute (art. L.1142-1 CSP). L'accident est la source du dommage indemnisable et pour qu'il soit indemnisé il faut l'existence d'un lien de causalité entre ces deux éléments.

III-1-4 Le dommage indemnisable

Cette notion implique de faire une distinction entre le droit à réparation et le droit de la responsabilité. Le propre de la responsabilité civile est « de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime, aux dépens du responsable, dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu »⁸. Donc, si on intègre ces deux notions, ne sont indemnissables que les dommages ayant pour origine la faute d'un tiers dont la responsabilité est engagée. Cette logique excluait donc une partie des victimes qui, faute de responsabilité d'un tiers, se retrouvaient seules à supporter le poids du dommage. Il a donc semblé nécessaire de distinguer les deux. Comme le dit très justement Geneviève Viney, il peut arriver des cas « où il est juste d'indemniser la victime sans qu'il soit pour autant juste de condamner l'auteur des soins »⁹. Ce sont des intérêts et des impératifs distincts et une telle distinction semble essentielle pour y répondre au mieux. Même si ce ne sont pas des cas analogiques, c'est une séparation théorique qui a permis entre autres l'indemnisation des victimes de la route et celles d'une infraction ou d'un acte terroriste¹⁰. C'est sur un principe identique que l'indemnisation de l'aléa thérapeutique est désormais possible.

Dans le cadre de la responsabilité médicale non fautive, le dommage indemnisable est défini par la loi selon les critères de recevabilité des dossiers auprès des CRCI : ce sont des

⁷ Ibid

⁸ M. Le Roy, « L'évaluation du préjudice corporel », Jurisclasseur, Litec, 16^e édition, 2002, p.1

⁹G. Viney, « Rapport de synthèse », in « *L'indemnisation des accidents médicaux* », Acte du colloque du 24 avril 1997, sous la direction de G.Viney, L.G.D.J, 1997, p.103

¹⁰ Loi n °90-589, du 6 juillet 1990 relative aux victimes d'infraction

dommages liés à un acte de soins, de prévention ou de diagnostic, indépendamment de toute faute et qui ont atteint un certain seuil de gravité (art. L. 1142-1 CSP).

III-2 Contexte historique de l'évolution de la notion d'aléa thérapeutique et de sa prise en charge.

III-2-1 La perception historique de la répartition des risques

Le XIX^{ème} siècle est celui de la responsabilité. Le monde est perçu comme un monde dangereux et la réalisation de dommages sans faute fait partie des risques de la vie.

La valeur morale qui s'y référait était que chacun devait supporter le poids du destin. C'était une conception de responsabilisation individuelle.

La fin du XIX^{ème} siècle marque le début des dispositifs de solidarité. C'est le début de la socialisation du risque. La philosophie sous jacente est qu'il existe des risques sociaux et que leurs réalisations doivent donner lieu à une prise en charge collective et solidaire. Comme il y avait solidarité dans le bien, il fallait répartir la charge des risques. La prise en charge des risques était inséparable du progrès et essentiel pour ne pas le freiner. Dans le cadre médical, il fallait éviter de faire de la médecine une médecine défensive. Le progrès était a priori synonyme de sécurité mais avec le temps cette certitude s'est affaiblie. Actuellement, on peut plus facilement dire qu'« au monde de la sécurité a succédé la conscience d'un monde de vulnérabilité »¹¹ par la modification de l'ampleur des risques, accrue par la technologie. Cette réalité fut soulignée par Orio Giarini, qui rappelle dans son ouvrage, que « plus une technologie est avancée et complexe, plus la marge d'erreur et de tolérance est restreinte, étant donné les coûts extrêmement élevés et les mauvaises conséquences liées à un mauvais fonctionnement »¹². On assiste donc à un risque de moins en moins bien assumé par ses victimes et de plus en plus revendicateur. C'est lors de l'affaire du sang contaminé que l'opinion publique s'est très largement sensibilisée à la question de l'indemnisation des risques sanitaires. Ce n'était pas la première intervention étatique en ce qui concerne l'indemnisation des accidents médicaux liés à une transfusion. La jurisprudence de la transfusion s'est généralisée avec la pratique de la transfusion sanguine dès la fin de la

¹¹ Rapport de F.Ewald à M.B. Kouchner, ministre de la Santé et de l'Action Humanitaire, « Le problème français des accidents thérapeutiques. Enjeux et solutions. », éd. du SICOM, sept./oct. 1992

¹² O.Giarini « La responsabilité civile dans la nouvelle économie de service », SCOR notes, *Responsabilité civile et innovation*, Janvier 1991, p.18

seconde guerre mondiale. Les cas de contamination concernaient alors la transmission de la syphilis et du paludisme. C'était l'instauration d'une responsabilité pour faute du centre de transfusion sanguine. C'est sur cette jurisprudence que se sont fondés les tribunaux saisis de l'affaire du sang contaminé. C'est aussi en 1989 que l'on a créé le fonds d'indemnisation des victimes contaminées par le VIH. Il était devenu moralement et socialement impossible de laisser la victime supporter seule le poids de l'erreur et de la méconnaissance scientifique. Il était tout aussi impossible de laisser la charge du risque à la seule assurance des professionnels de santé. « Responsable, mais pas coupable » fut le slogan porteur de cette revendication. C'est cette revendication que l'on a utilisée à propos des accidents médicaux. On a donc assisté au travers entre autres de ce cas à l'idée d'une prise en charge par l'Etat de la réalisation de certains risques au travers de la solidarité nationale. La philosophie de la solidarité est celle de l'intégration du risque : garantir le progrès technique par une répartition du risque. C'est l'incarnation de l'Etat Providence, qui est le nôtre¹³.

III-2-2 La répartition des risques dans les cas d'accidents médicaux

La relation thérapeutique est par définition une relation d'incertitude quant aux risques. Il fallait savoir comment répartir le risque entre les différents acteurs du système de soins : quelle devait être la part prise en charge par l'Etat, le patient, et le professionnel de santé. La jurisprudence a introduit une certaine répartition des risques mais celle-ci était, avant la loi du 4 mars 2002 encore incertaine et changeante.¹⁴

En effet, la philosophie de base de la responsabilité instaure comme principe que chacun est seul responsable de son sort et de ce qui lui arrive, sans qu'il puisse, sauf faute d'un tiers, en reporter la charge sur un autre. La faute est dans ce cadre une limitation à la responsabilité. Seul est responsable pour un tiers celui qui a commis une faute. Mais ce principe fort, fondé sur la faute, a été largement tronqué par les diverses jurisprudences, qui ont instauré des présomptions de faute en vue d'indemniser les victimes d'accidents non-fautifs dans un souci d'équité, comme nous le verrons plus tard. Plus la notion de faute est élargie et plus on étend la portée de la responsabilité et on amoindrit les cas d'aléa. Par cette jurisprudence d'équité, la frontière entre faute et aléa devenait de plus en plus brouillée. Il y avait une marginalisation

¹³ Rapport de F.Ewald à M.B. Kouchner, ministre de la Santé et de l'Action Humanitaire, « Le problème français des accidents thérapeutiques. Enjeux et solutions. », éd. du SICOM, sept./oct. 1992

¹⁴ Ibid, chap. 3

de l'interprétation stricte de la faute et il était nécessaire de recaler la responsabilité civile parce qu'une telle logique faisait fi de la distinction entre droit de la responsabilité civile et droit à l'indemnisation de son préjudice. Pourtant cette distinction a été essentielle pour justifier le droit à l'indemnisation des aléas thérapeutiques.

III-3 La situation juridique avant l'adoption de la loi du 4 mars 2002

III-3-1 La perception historique de la responsabilité médicale

Avant l'arrêt Mercier de 1936¹⁵, la responsabilité du médecin se limitait à une responsabilité quasi délictuelle. C'est la promulgation du Code Pénal qui va marquer le premier grand tournant en matière du statut juridique du médecin. Le médecin, avant cette date était encore vu, comme on peut se l'imaginer celui que Molière décrivait, un notable, au statut d'intouchable et de supérieur : « Les bévues ne sont point pour nous et c'est la faute de celui qui meurt. Enfin le bon de cette profession est qu'il est parmi les morts une honnêteté, une discrétion la plus grande du monde. »¹⁶. Avec le nouveau Code Pénal celui qui a commis un homicide ou des dommages corporels à autrui volontairement ou par négligence est sanctionné. Cette règle s'applique indifféremment à tous les citoyens, y compris les médecins. Ce texte adopté en 1810 a été l'objet de vives critiques au sein du corps médical, qui voulait que leur responsabilité se limite aux coups et blessures volontaires. Mais il faudra attendre quinze ans avant qu'un médecin soit condamné.

Avec l'arrêt Mercier, la responsabilité médicale devient aussi contractuelle. La Cour de Cassation, dans cet arrêt instaure une relation contractuelle entre le médecin et son malade. qui comporte pour le praticien, « *l'engagement, sinon bien évidemment, de guérir le malade, ce qui n'a jamais été allégué, du moins de lui donner des soins, non pas quelconques, mais consciencieux, attentifs, et, réserve faite des circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science* »¹⁷. En cas de violation de cette obligation, qui reste de moyen, la responsabilité du praticien est engagée. Il n'est donc pas tenu du résultat mais d'avoir donné les soins conformes aux données de la science. C'est un grand bouleversement pour la relation médecin patient puisque celle-ci est désormais soumise aux règles civiles. La seule réglementation jusque là de la pratique médicale était le code de déontologie. Cet arrêt

¹⁵ Cass. 1re civ., 20 mai 1936, Dr. Nicolas c/ époux Mercier, dans Captitant, Weill, Terré, Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 8e éd., Dalloz, 1984, p.342ss.

¹⁶ Molière, "Le médecin malgré lui", Acte III

¹⁷ Cass. 1er civ. 20 mai 1936, Dr. Nicolasc/époux Mercier.

marque le début de la responsabilité médicale mais aussi de l'intrusion du droit dans la relation médicale.

Les infections nosocomiales sont les infections qui apparaissent au cours d'une hospitalisation, alors qu'elles étaient absentes à l'admission dans l'établissement de santé. Il y a présomption de faute si la victime avait contracté une infection nosocomiale en salle d'opération¹⁸. En 1999, la Cour de Cassation renforce la protection des patients en mettant à la charge des cliniques une obligation de résultat en ce qui concerne les mesures d'hygiène et d'asepsie. L'institution médicale ne peut alors se libérer qu'en apportant la preuve d'une cause étrangère¹⁹. La Cour est même allée jusqu'à étendre cette obligation de résultat en la mettant aussi à la charge du médecin. Celui-ci, comme pour les établissements de soins, ne pouvait se libérer qu'en apportant la preuve d'une cause étrangère à l'infection nosocomiale. L'obligation de résultat en matière de sécurité sanitaire s'étendait aussi au professionnel privé²⁰. Cette solution se justifiait par le fait que les obligations d'asepsie étaient un des devoirs fondamentaux de la pratique médicale et qu'on ne pouvait accepter que les praticiens se cachent derrière l'établissement public ou l'Etat. (cf. art.71 code de déontologie.) Aucune action récursoire du médecin contre l'établissement de santé n'était possible. Le médecin était seul à assumer la faute d'asepsie commise. Par la suite, la jurisprudence a précisé les degrés de preuves exigées. Le patient devait démontrer que l'infection dont il était atteint présentait un caractère nosocomial et que donc le médecin était responsable du dommage pour violation de son obligation de sécurité sanitaire. L'infection est nosocomiale si celle-ci est contractée dans l'établissement de santé où les soins ont été pratiqués. Donc il faut un lien de causalité direct entre l'intervention et l'infection²¹. Ce lien est difficilement prouvable du fait qu'il est difficile voire quasiment impossible de prouver l'origine exacte des germes contaminants. Cette condition légale n'était pas vraiment réaliste au vu des circonstances pratiques.

Pour le patient cette situation n'était pas satisfaisante puisque la charge de cette preuve était difficile et onéreuse, à tel point que les juridictions, dans un souci de protection de la partie faible, se servirent parfois d'une violation de l'obligation d'information pour permettre une indemnisation de la victime²². Pour le médecin il était difficilement acceptable que son assurance prenne en charge la totalité de ces dommages puisque le médecin ne peut pas régler

¹⁸ Civ1,21 mai 1996, B I n°219

¹⁹ Civ1 29 juin 1999 :D.1999, Som.395 obs. J. Penneau

²⁰ Arrêt de la première chambre civile du 13 fév.2001 – JCP IV 1639, D.2001, Som.p.3083, obs. J. Penneau

²¹ Civ. 1 27 mars 2001, JCP 2001 IV 1972, D.2001 IR 1284, Rtdciv.2001, 596 obs.Jourdain

²² Arrêt Teyssier, C. Cass, 2_ juin 1942, D. 1942, rec. Crit., jur. P.63

tous les problèmes sanitaires dans l'endroit où il pratique, cela étant onéreux et prenant beaucoup de temps. Il y avait le risque que le médecin réponde à la place de l'établissement de santé où il pratique.

Avec la loi du 4 mars 2002 cette solution insatisfaisante a plus ou moins, en tout cas en théorie, été réglée. Selon l'article 1142-1 alinéa 2, « *Les établissements, services et organismes susmentionnés sont responsables des dommages résultant d'infections nosocomiales, sauf s'ils apportent la preuve d'une cause étrangère* ». La loi instaure ici une présomption de faute au bénéfice des victimes ce qui permet d'éviter, en tout cas en théorie, aux victimes la tâche difficile d'apporter la preuve de la faute et/ou de l'infection nosocomiale. Pour les médecins ils sont déchargés de cette responsabilité puisque l'obligation de sécurité sanitaire, instaurée désormais légalement, est à la charge des établissements de santé. La responsabilité du médecin ne peut être engagée que sur preuve d'une faute de sa part.

En ce qui concerne les dommages causés par des actes médicaux non fautifs, la responsabilité s'est d'abord limitée à celle des hôpitaux publics. Dans un premier temps, la Cour administrative d'appel de Lyon a admis, en 1990, l'indemnisation d'une victime d'aléa thérapeutique, dans le cas où l'on a dû faire usage d'une thérapeutique nouvelle pour des raisons vitales et à condition que le dommage soit « *exceptionnellement et anormalement grave* ». Cette limitation s'expliquait par une volonté de restreindre la portée de cette jurisprudence qu'à des actes en soi aléatoires et donc à l'origine de risques spéciaux²³. Trois ans plus tard, dans l'affaire Bianchi²⁴ datant du 9 avril 1993, le Conseil d'Etat dispose que la responsabilité du service public hospitalier est engagée s'il a été procédé sur la victime, à un acte médical nécessaire pour le diagnostic ou pour le traitement d'une maladie dont l'existence d'un risque est connu mais dont la réalisation est exceptionnelle et dont aucune raison ne permet de penser que le patient y soit particulièrement exposé et que cet acte soit la cause directe du dommage, sans rapport avec l'état initial du patient selon l'évolution prévisible de son état. Dans cet arrêt ce n'est plus l'acte médical qui est aléatoire et le risque spécial, mais un acte médical courant et un risque exceptionnel et imprévisible. Par cet arrêt, le Conseil d'Etat a admis l'indemnisation du risque thérapeutique, sous réserve des conditions strictes. Mais celle-ci n'était reconnue qu'en ce qui concerne les hôpitaux publics, la jurisprudence judiciaire était quant à elle moins favorable aux patients. En effet, par un arrêt

²³ CAA Lyon, 21/12/1990, Cts Gomez, Rec. CE, p.498

²⁴ CE ass. 9 avril 1993, Bianci: Rec. CE, p. 127

de la Cour Civile de 1^{er} instance, datant du 8 novembre 2000, la Cour de Cassation a affirmé 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'écart* »²⁵.

III-3-2 Un vide juridique porteur d'inégalité et d'injustice

III-3-2-1 Une triple inégalité

Le cas des victimes d'aléa thérapeutique était synonyme d'une triple inégalité. Premièrement il y avait une inégalité vis-à-vis des autres régimes d'indemnisations. En effet, il s'est développé des réglementations spécifiques suivant la nature du dommage (accidentés de la route, victimes d'actes de terrorisme...). En parallèle d'une jurisprudence qui étendait la notion de faute pour inclure les dommages non fautifs au sens strict, l'Etat s'est instauré en assurance en assumant la répartition des risques et la redistribution des charges anormales. Une multitude de dispositions protectrices ont été adoptées, créant une véritable « cacophonie juridique »²⁶. Il en découle de grandes disparités entre les systèmes de prises en charge et d'indemnisations car chaque système a sa particularité. Des disparités qui sont contraires au principe d'égalité quand à la prise en charge mais aussi quant à l'évaluation du dommage. Puisqu'il faut rappeler que le juge est soumis au principe de la réparation intégrale du dommage mais que son évaluation est soumise à sa liberté d'appréciation²⁷.

A la veille de l'adoption de la loi du 4 mars 2002, les situations dommageable non couvertes par une assurance ou la solidarité nationale, devenait l'exception. L'aléa était l'une de ces exceptions.

Une deuxième inégalité existait avec les victimes d'accidents médicaux fautifs. Du point de vue de la victime, le dommage était le même dans une situation, qui n'avait, pour seule différence, l'existence d'une faute d'un professionnel de santé.

Une troisième inégalité était celle qui existait entre les victimes d'aléa thérapeutique, que leur dommage ait eu lieu dans une institution privée ou publique, par un professionnel de santé du

²⁵ Bull.civ.I, n°287, rapp. Ann. C. Cass., 2000, p.384

²⁶Rapport de F.Ewald à M.B. Kouchner, ministre de la Santé et de l'Action Humanitaire, « Le problème français des accidents thérapeutiques. Enjeux et solutions. », éd. du SICOM, sept./oct. 1992

²⁷ M.Le Roy, « L'évaluation du préjudice corporel », Jurisclasseur, Litec, 16^e éd., 2002, p.5ss.

privé ou du public. En effet il est important de rappeler que les deux juridictions, judiciaire et administrative, n'avaient pas la même attitude face à l'interprétation de la faute et les conditions d'indemnisations des cas d'aléas. Le Conseil d'Etat²⁸ ayant admis l'indemnisation de l'aléa thérapeutique sous certaines conditions, au contraire de la Cour de Cassation²⁹ qui en a exclu la possibilité.

III-3-2-2 Une double injustice

Il existait une injustice du point de vue des patients mais aussi du corps médical. C'est dans un souci de justice que les tribunaux ont élargi l'interprétation de la faute en créant toute une jurisprudence en la matière. Il n'était plus acceptable de laisser seules ces victimes, et surtout de les laisser sans moyens.

Pour les professionnels de santé c'était une insécurité et un fort sentiment d'injustice. Une insécurité face à des règles d'engagement de la responsabilité, essentiellement jurisprudentielles et donc évolutives et parfois hétérogènes. Une injustice parce que le procès a toujours un caractère infamant et qu'il était d'autant plus dur à admettre qu'ils devaient supporter à eux seul la charge de la réalisation de certains risques, par une interprétation large de la faute.

III-3-3 Une nécessité de légiférer

C'est donc dans un souci de justice sociale et d'égalité que doit se lire le chapitre 4 de la loi du 4 mars 2002. La loi vient mettre un terme à une réglementation jurisprudentielle insatisfaisante tant du point de vue du patient que de celui du médecin.

Une loi devait répondre à un triple besoin, celui des patients, celui des médecins et enfin à celui des assurances.

- **Pour les médecins**, l'accident médical est un échec en soi, le procès qui peut s'en suivre est diffamant, injuste. Pour leur donner satisfaction, il fallait envisager un système les mettant à l'abri de réclamations qu'ils ressentaient comme injustes. On peut se dire que toute réclamation est ressentie par le défendeur comme injuste, donc il fallait bien définir la responsabilité médicale pour que les contentieux les engageant ne

²⁸ Arrêt Bianchi, CE, 9 avril 1993, rec. p. 127

²⁹ Bull.civ. I, n°287, rapp. Ann. C. cass., 2000, p. 384

soient pas objectivement injustes. Ils n'avaient pas à supporter le poids de la malchance, même si d'un point de vue purement financier ils n'étaient qu'indirectement touchés, puisque couverts par leurs assurances. Mais d'un point de vue humain ils ne pouvaient être que touchés. C'était un risque de médecine défensive. Leur garantir une certaine sécurité dans leur pratique, une marge d'erreur, permettant de maintenir une relation de confiance, dont doit s'inspirer la relation médecin/patient. Cette relation ne doit pas être juste une prestation de service où le bénéficiaire peut, s'il est mécontent du service rendu, se tourner vers les tribunaux.

C'était aussi la volonté très forte de déjudiciariser la relation médecin/patient. Les médecins en effet se trouvaient dans l'angoisse de pratiquer, du fait de l'instabilité juridique qui régnait dans la notion de faute et de responsabilité médicale. C'était une peur d'un système « à l'américaine ».

Cette déculpabilisation de l'activité médicale ne devait pas pour autant entraîner une déresponsabilisation des professionnels de santé. Une déresponsabilisation qui ne pouvait s'accommoder d'une société qui connaît « une résurgence sociale de l'accusation »³⁰.

- **Pour les patients**, c'était une situation d'injustice et d'inégalité comme nous l'avons vu ci-dessus.
- **Pour les assureurs** il fallait trouver un système de financement leur permettant de faire face à la charge des sinistres et à leurs frais généraux. Si l'assurance coule c'est l'indemnisation qui coule.

Le projet de loi qui donnera naissance à la loi du 4 mars 2002 voulait en plus d'instaurer un nouveau droit à l'indemnisation, clarifier et réaffirmer les principes de la responsabilité médicale. Les professionnels de santé et les établissements de santé ne devaient être responsables qu'en cas de faute. C'était le moyen de mettre un terme au procès fait aux médecins et surtout de sécuriser leurs situations.

³⁰ P. Ricoeur, « Concept de responsabilité, essai d'analyse sémantique », in *Le Juste*, Esprit, Paris, 1995, p.59

La modification du régime de responsabilité participe à la volonté d'améliorer la qualité du système de santé. C'est le compromis délicat que le législateur a dû trouver entre les intérêts des victimes d'aléas thérapeutiques d'une part et ceux des professionnels et des établissements de santé d'autre part. Un choix à faire en réponse à des intérêts souvent contradictoires. Un choix porteur de valeurs éthiques.

III-4 Le choix d'un modèle d'indemnisation

III-4-1 Un choix pratique à portée éthique

L'institution d'un système de prise en charge de l'aléa thérapeutique et le choix de son modèle était des choix de société. Soit on continuait dans la voie de la socialisation des risques et des responsabilités, soit on trouvait une alternative pour indemniser convenablement en tenant compte d'une responsabilisation des acteurs de la décision, tout en respectant ainsi la solidarité.

Le choix d'un système d'indemnisation est tout de même limité à certaines réalités pratiques. La première limite est la capacité financière et la solvabilité du capital imposable. La seconde est la relation particulière entre médecin et patient, qui se caractérise par un rapport de confiance en plus d'un rapport contractuel. Cette relation nécessite l'instauration d'un langage commun, d'un règlement des contentieux extra-judiciaire, d'une confiance mutuelle. C'est un rapport entre humains ou aucune des parties ne doit être lésée ni avantagée au détriment de l'autre.

La troisième est qu'il fallait trouver un système permettant de répondre rapidement aux besoins d'indemnisation de la victime

III-4-2 Qui devait supporter la prise en charge du risque ?

La problématique de la prise en charge du risque pose la question de savoir qui doit en répondre. C'est plus cette question qui a posé des problèmes dans la question de l'aléa thérapeutique que la question de savoir si on devait indemniser ou non.

Il ne fallait pas « endormir les gens dans une couverture systématique »³¹, qui entraînerait une indifférence face aux risques. La déresponsabilisation des individus ne doit pas remplacer l'idée d'aide aux victimes et la solidarité.

Devait-on lier l'indemnisation à la prise de décision ? Dans ce cadre avant la loi du 4 mars 2002, cela aurait été le médecin. C'est le résultat auquel on arrivait avec les interprétations jurisprudentielles par l'instauration de présomption de faute. Admettre cette philosophie, c'était condamner à plus ou moins brève échéance le progrès et créer une médecine défensive. Le système tel qu'il existait était insuffisant et cette lacune s'est faite sentir dans plusieurs situations de crise sanitaire. La plus marquante fut celle du VIH.

III-4-3 Les principaux projets de loi

III-4-3-1 La transformation du droit de la responsabilité : de la faute au risque

Depuis près de 30 ans, le problème de la prise en charge des accidents médicaux a fait l'objet de divers projets de loi. Ces projets suivent eux-mêmes une certaine logique, en fonction entre autres d'intérêts et de valeurs changeant au cours des années. Les années 70 voient naître l'idée de la prise en charge des accidents médicaux, née d'un courant doctrinal, instauré par le Pr. A.Tunc et repris par son élève, le Dr. J.Penneau. Ils y défendent l'idée d'une sécurité médicale, comme il en était de la sécurité routière. Une vingtaine de propositions depuis firent suite à ce mouvement doctrinal³².

La première phase de propositions³³ envisage une profonde transformation du droit de la responsabilité civile médicale, en supprimant l'idée d'une responsabilité contractuelle et de l'obligation de moyen qui y est liée. C'est une époque qui est marquée par les débats autour de la réforme de la responsabilité en matière d'accident de la route et l'analogie y est présente. Le médecin est vu comme un prestataire de service, le patient comme un usager. On reste dans un système de la responsabilité mais l'indemnisation n'est plus liée à la faute mais au risque. La seule arrivée du risque, qui cause un dommage est indemnisable selon des règles d'indemnisations assurantielles privées.

³¹ Rapport de F.Ewald à M.B. Kouchner, ministre de la Santé et de l'Action Humanitaire, « Le problème français des accidents thérapeutiques. Enjeux et solutions. », éd. du SICOM, sept./oct. 1992

³² Ibid

³³ Le projet Penneau, thèse de 1973 et repris en annexe de « La responsabilité médicale », Sirey, 1977 ; Dehalle et Pons, *Proposition de loi tendant à créer un fonds de garantie à indemniser les accidents corporels occasionnés par une activité médicale*, déposé aux Chambres le 3/11/77 et le 30/10/1980 ; Gau et Alii, *Proposition de loi tendant à créer un fond d'indemnisation des dommages occasionnés par les soins dispensés par les membres des professions de santé*, déposé aux Chambres le 28/06/77 et le 01/07/78.

Ces projets faisaient abstraction de la relation particulière médecin/patient et mettaient les médecins en porte-à-faux dans leurs pratiques.

III-4-3-2 La conciliation et la médiation comme outil de l'apaisement de la relation médecin/patient³⁴

Les années 80 voient naître un véritable engouement pour la voie de la médiation. L'évolution du règlement amiable dans le cadre de la responsabilité médicale s'inscrit dans une évolution globale des modes alternatifs de règlement des conflits, ie tous les modes de l'expression de règlement des conflits autres que le mode contentieux judiciaire traditionnel. Ce choix du règlement amiable vient du constat que la plupart des actions intentées à l'encontre des médecins ont comme source une incompréhension des parties et surtout un manque d'informations. C'est aussi une manière de préserver le lien entre médecin et patient dans une relation de confiance et de respect, plus propice à la bonne pratique des soins. Intenter un procès c'est le briser en quelque sorte.

Dans le souci d'une meilleure information et de conciliation à l'amiable, un premier décret a été adopté (cf. le décret du 15 mai 1981), instituant les premiers conciliateurs médicaux. Ils avaient pour rôle principal d'informer et de concilier. Ils pouvaient être saisi, sans forme, par toutes personnes physiques ou morales. Ce décret a été pris dans le prolongement du rapport Mac-Aleese. Ce rapport avait comme objectif d'examiner les difficultés soulevées par les procédures de responsabilités médicales et de proposer des solutions visant à éviter le contentieux et en particulier les procédures pénales qui paraissaient à l'époque en augmentation³⁵. Le décret du 15 mai 1981 a été annulé, avant même que fut nommé des conciliateurs, par un arrêt de la Conseil d'Etat du 31 mai 1989³⁶ pour violation du secret médical et atteinte à la vie privée. Malgré les défauts d'un texte dont la rédaction fut considérée comme « intempestive », certains pensaient que malgré ces défauts, le système mis en place avait des aspects positifs, qu'il fallait continuer à exploiter³⁷. C'était un système qui offrait une certaine souplesse de procédure, permettant une prévention du contentieux, un raccourcissement des délais et une possibilité de transactions non contentieuses. On voyait déjà là une nécessité pour les parties en cause d'un règlement rapide et simplifié pour les

³⁴ Harichaux M., « le mouvement du règlement amiable des litiges médicaux », in *Manuel des commissions régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales* », Sous la direction de G. Mementeau, Les Etudes Hospitalières, 2004, p.17ss.

³⁵ Rapport Mac-Aleese, sur la responsabilité médicale, Ministère de la Justice, juillet 1980

³⁶ Arrêt Roujansky, décision n°35296, J.O., 13 janvier 1990.

³⁷ L. Dubois, « Oraison pour la seconde mort du conciliateur médical », R.D.S.S, 1990, p.55

victimes et d'un règlement non judiciaire des affaires médicales. Diverses propositions de loi³⁸ firent suite à ce courant d'idée.

Dans le prolongement de cette nouvelle philosophie du règlement amiable du contentieux, des structures de règlement amiable ont été instituées au sein des hôpitaux. La loi du 4 mars 2002 abroge cette loi, mais en pratique ces structures fonctionnent encore. Ce fut une création, d'abord informelle puis officielle avec la loi du 31 décembre 1987. L'idée directrice de ce projet était qu'en passant par une bonne information du patient on améliorerait la communication et les relations des patients et des établissements et des professionnels de santé. C'était aussi un moyen de prévenir le contentieux. Le bilan était assez positif mais encore insuffisant quant à la demande des patients. Positif du fait qu'en 1995 sur l'ensemble des dossiers soumis à la Commission, près de 65% n'ont pas donné suite à un contentieux judiciaire et 13% ont abouti à une transaction amiable³⁹. La transaction est un contrat passé entre les parties en cause et soumis aux règles du droit civil. Insuffisant car la saisine de ces structures était facultative et que leurs décisions ne s'imposaient pas aux parties en cause. Les professionnels de santé évitaient en pratique de s'y rendre ne voulant pas être pris à partie. Elles n'étaient donc pas de véritable commission de conciliation et ne pouvaient être qu'une solution aléatoire pour les victimes du fait que leur conclusion dépendait de la bonne volonté des parties.

III-4-3-3 Maintenir la notion de faute et mieux couvrir les victimes

Dès la fin des années 80 et le début des années 90 on voit dans les propositions qu'il n'était plus tellement question de modifier le droit de la responsabilité mais bien plutôt de maintenir la faute et de mieux couvrir les victimes d'accident médicaux. Cette évolution va aussi avec une meilleure représentation des victimes avec la formation d'associations de victimes, qui ont permis de faire entendre la voix de la société civile : il était devenu impossible « de faire supporter au malade ou à sa famille une épreuve judiciaire succédant à l'épreuve médicale et [...il paraissait] également injuste de lier le remboursement du préjudice subi par le malade qui n'y est pour rien à des notions arbitraires »⁴⁰. L'accent était désormais plus mis sur les victimes et la modification du droit de la responsabilité ne devenait plus aussi évidente qu'il

³⁸ J.L. Masson, Proposition de loi portant création de commissions d'indemnisation compétente en matière de responsabilité médicales, dépôt le 14/12/82 ; R. Debré, Proposition de loi tendant à instituer des médiateurs médicaux, dépôt le 17/11/87

³⁹ Rapport de C. Evin, « L'indemnisation des accidents médicaux », R.G.D.M., 2001, n°6, p.22 ss.

⁴⁰ M. Poniatowski, *Proposition de loi tendant à créer un fond de garantie pour indemniser les victimes d'accidents d'origine médicale*, Sénat, 24/4/90 et 14/11/91

ne l'était auparavant. Certaines propositions⁴¹ reprenaient l'idée du règlement amiable au travers de médiateurs, d'autres⁴² préféraient lier le dommage indemnisable à la réalisation du risque et enfin certains projets voulaient maintenir le droit de la responsabilité médicale tout en prévoyant la couverture de l'aléa thérapeutique⁴³. La dernière proposition de loi qui fut déposée à ce sujet fut celle de Claude Huriet⁴⁴, en 2001. La loi du 4 mars 2002 en reprend une grande partie.

Ces derniers projets ne voulaient pas modifier le droit de la responsabilité civile médicale mais étendre la couverture des accidents médicaux aux aléas thérapeutiques. Système pour lequel le législateur a été favorable dans la loi du 4 mars 2002. Mais il restait alors encore la question du fond solvable.

III-4-4 Analyse des principaux projets de loi

Les objectifs récurrents

Les différents projets de loi avaient tout d'abord la volonté très nette de trouver **une voie non contentieuse** pour la résolution des conflits médecins/malades. Ceci est lié à l'aspect caractéristique de la relation médecin / malade qui est fondée sur un rapport de confiance. Le contentieux rendant la relation conflictuelle, faisait rentrer les parties dans un rapport de force au lieu d'un rapport d'entraide.

Le second point récurrent était de trouver un moyen d'offrir à la victime **une assistance financière et judiciaire la plus rapide possible**. En effet le système judiciaire tel qu'il est constitué ne permet pas de répondre à ce besoin présent de la victime, laissant des affaires traîner parfois des années. Ce n'est pas faute de bonne volonté mais plutôt faute de moyens et la procédure judiciaire elle-même est longue.

Enfin le troisième point récurrent était que seuls devaient être indemnisés **les dommages anormaux**. La définition elle-même du dommage anormal et donc indemnisable dépend des propositions. Les éléments récurrents sont sa caractéristique d'imprévisibilité, son exception et sa gravité. Ces éléments étant mis cumulativement ou alternativement. Tous les projets

⁴¹ Millet, Assemblée Nationale, 20/05/1992 ; Lesein et Legrand, Sénat, 15/01/1992

⁴² M. Poniatowski, *Proposition de loi tendant à créer un fond de garantie pour indemniser les victimes d'accidents d'origine médicale*, Sénat, 24/4/90 et 14/11/91 ; AVIAM, *Proposition de loi sur l'indemnisation des victimes de dommages corporels provenant de l'exercice de la médecine et de la pharmacie ou des professions paramédicales*, avril 1992

⁴³ Projet du groupement des sociétés d'assurances à caractère mutuel (GEMA)- Sou médical ; Projet de l'Assemblée plénière des sociétés d'assurances dommages (APSAD), juillet 1992

⁴⁴ Huriet, proposition, Rapport Sénat, n°277, 19/04/01

s'entendent sur le point de l'anormalité du dommage et d'ailleurs la jurisprudence allait dans le même sens puisque dans son arrêt Bianci, la cour de cassation avait admis l'indemnisation des aléas thérapeutiques ayant atteint un seuil de 50% d'IPP. Cette unanimité s'explique par le fait que l'acte médical est en soi porteur d'une souffrance acceptée par le patient en vue d'un bienfait ultérieur. Donc le dommage indemnisable est l'excès « contractuel », ce qui n'était pas admissible⁴⁵. Cette philosophie corrobore aussi le pur aspect économique que la charge financière serait insolvable si on acceptait d'indemniser l'entier des accidents médicaux.

III-4-5 Les modèles envisageables

III-4-5-1 Les exemples fournis par le droit comparé

Les pays scandinaves ont été les premiers à légiférer sur l'indemnisation des accidents médicaux⁴⁶. Le système suédois, vu comme un modèle à suivre, inclut les dommages corporels « pour lesquels il existe une forte probabilité qu'ils aient été causés par un examen médical, ou un traitement, par un diagnostic, un défaut de matériel, une contamination anormalement disproportionnée, par un accident ou la délivrance d'un médicament inapproprié »⁴⁷. Mais le lien de causalité qui est exigé revient en fait à exclure l'indemnisation de la prise en charge des aléas thérapeutiques⁴⁸. La notion de faute y est maintenue. L'indemnisation est soumise à des conditions, qui peuvent être des seuils minimaux de dommages (Suède) ou des seuils du montant d'indemnisation (Danemark). En outre, il faut bien remarquer, que contrairement au droit français, l'indemnisation n'est pas intégrale et quelle est soumise à forfait. Donc le modèle scandinave a été innovateur dans le sens où ils ont été les premiers à légiférer en Europe en la matière et à instaurer les premiers systèmes de prise en charge des accidents médicaux. Ces systèmes, en particulier le suédois, a été une grande source d'inspiration et un modèle à suivre. Ils n'ont par contre pas encore franchi le pas de l'indemnisation des aléas thérapeutiques. La plupart des autres pays européens ont préféré rester à des systèmes favorisant la reconnaissance de la faute ou

⁴⁵ Rapport de F.Ewald à M.B. Kouchner, ministre de la Santé et de l'Action Humanitaire, « Le problème français des accidents thérapeutiques. Enjeux et solutions. », éd. du SICOM, sept./oct. 1992

⁴⁶ Les systèmes d'indemnisation des accidents médicaux furent mis en place, en 1975 en Suède, en 1987 en Finlande, en 1988 en Norvège et en 1991 au Danemark.

⁴⁷ C. Byk, « L'existence d'un « modèle scandinave » d'indemnisation sans faute de l'aléa thérapeutique nuit-elle à l'harmonisation du droit européen ? », in *Manuel des commissions régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales*, Sous la direction de G. Memeteau, Les Etudes Hospitalières, 2004, p.43ss

⁴⁸ G. Memeteau, « Cours de droit médical », Les Etudes Hospitalières, Bordeaux, 2éd., 2003, p. 350ss.

le règlement amiable des litiges. Donc des systèmes de responsabilité civile classique qui ne permettent pas de prendre en charge les aléas thérapeutiques. Cette hétérogénéité, liée à la diversité socio-culturelle et économique⁴⁹ caractéristique de l'UE, a fait échec à une harmonisation européenne en la matière. Une harmonisation a été faite sur les produits défectueux avec la directive sur la responsabilité du fait des produits⁵⁰. La loi du 4 mars 2002 en reprend les principes en ce qui concerne la responsabilité du fait des produits défectueux. Mais en ce qui concerne les dommages causés par les prestataires de services, la proposition de directive, déposé en 1990 a échoué. Donc, pour l'instant au niveau européen aucune solution n'a été trouvée.

Par contre en Nouvelle Zélande et dans certains Etats des Etats-Unis, il est prévu une indemnisation des dommages résultant d'un aléa médical ou chirurgical.

III-4-5-2 Les possibilités envisageables en France

- **La sécurité sociale**

C'est la première sécurité, qui répond au droit constitutionnel à la Santé et à l'art. 33 de la Déclaration des Droits de l'Homme.

Elle est, de par sa fonction et son principe, porteuse de valeur de solidarité dans la contribution et d'égalité dans l'exercice des droits.

Elle répond donc déjà aux accidents médicaux mais d'une manière qui s'est avérée insuffisante lors des crises sanitaires collectives ou individuelles que notre société a connu. Il ne faut tout de même pas minimiser ses apports aux dédommagements qu'elle offre. C'est une protection de base qui permet, par l'assurance invalidité d'assurer un minimum à chacun, calculé en fonction de sa capacité de travail. En matière d'accidents médicaux elle prend en charge les traitements supplémentaires, liés aux complications et une rente invalidité dans les cas les plus graves⁵¹.

Comme on l'a précédemment vu, la sécurité sociale apporte une protection de base mais qui reste largement insuffisante. Le rapport Ewald présente ce choix : la choisir comme fond d'indemnisation aurait conduit à sa réforme, sa transformation et à la détourner de sa fonction

⁴⁹ C. Byk, « L'existence d'un « modèle scandinave » d'indemnisation sans faute de l'aléa thérapeutique nuit-elle à l'harmonisation du droit européen ? », in *Manuel des commissions régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales* », Sous la direction de G. Mementeau, Les Etudes Hospitalières, 2004, p.48.

⁵⁰ Directive 85/374/CEE du Conseil relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, transposé en droit français par la Loi n° 98-389 du 19 mai 1998

⁵¹ J.-J. Dupeyroux, « Droit de la sécurité sociale », Dalloz, 1988, p.413ss.

première, qui est de compenser les pertes de revenu. Cela aurait été une surcharge financière contraire philosophiquement à son but et infaisable en pratique.

Les fonds du système actuel viennent de la Sécurité Sociale....

- **Modifier le droit de la responsabilité**

Cela aurait constitué à faire prendre en charge le risque du dommage individuel par une garantie du risque thérapeutique, indépendamment de toute faute, hormis délictuelle, du professionnel de santé. C'était remplacer le critère de la faute par celui du risque.

Cette idée se heurterait, selon le rapport Ewald, à des difficultés théoriques et pratiques. La première serait la disparition de l'assurance responsabilité des médecins au profit d'un fond socialisé. Les acteurs de soins répondraient donc au travers de l'assurance de la réalisation des risques indépendamment de toute faute de leur part. Ce qui risquerait d'entraîner une déresponsabilisation. La seconde serait, que d'un point de vue pratique la couverture à fournir serait très large et on pourrait mettre en doute la solvabilité du système à plus long terme. La troisième est qu'un système ne mettrait pas un terme à la jurisprudence, et donc il n'y aurait pas de déjudiciarisation souhaitée.

- **La création d'un fond de garantie**

Ce serait un fond de garantie qui aurait pour seul objet de couvrir les victimes d'aléas thérapeutiques, définis comme étant des accidents inéluctables et imprévisibles non fautifs. Se repose la question du financement d'un tel fond.

En plus du risque d'assister à une déresponsabilisation des acteurs de santé.

- **Une assurance personnelle**

C'est ce que le rapport Ewald⁵² préconisait. La victime est donc directement couverte par son assureur qui par là-même le défend, le soutient et le représente contre le ou les responsables.

⁵² Rapport de F.Ewald à M.B. Kouchner, ministre de la Santé et de l'Action Humanitaire, « Le problème français des accidents thérapeutiques. Enjeux et solutions. », éd. du SICOM, sept./oct. 1992

III-5 Système mis en place par la loi du 4 mars 2002

III-5-1 Le choix de la réparation par la solidarité nationale

Il était tout- à- fait envisageable que ce soit les assurances privées qui assurent la réalisation du risque médical, charge à elles de se retourner, le cas échéant vers le responsable. C'est un système qui a été écarté parce qu'on ne pouvait pas comparer l'accident médical à l' accident de la route par exemple. En plus que le coût de ce genre d'assurance aurait été élevé et aurait dissuadé bon nombre d'assurés d'y adhérer. Les assurances y ont par ailleurs toujours été défavorables.

III-5-2 Nécessité de préserver la responsabilité pour faute

D'un point de vue philosophique la responsabilité pour faute a été maintenue. Il fallait en effet éviter que le système général d'indemnisation gomme toute distinction entre la faute et l'aléa. Le coût en aurait été par ailleurs trop élevé.

Le système instauré par la loi du 4 mars 2002 permet d'une part un règlement amiable des litiges concernant les responsabilités pour faute et une indemnisation de l'aléa thérapeutique. La loi a voulu répondre aux deux objectifs récurrents qui étaient de faciliter l'indemnisation des accidents médicaux fautifs et de créer un droit à l'indemnisation des aléas thérapeutiques. Pour les cas non recevables, la loi a prévu une procédure de conciliation en parallèle.

III-5-3 Organismes créés par la loi du 4 mars 2002

La loi du 4 mars 2002 a créé trois entités : l'Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales (O.N.I.A.M.), la Commission Nationale des Accidents Médicaux (C.N.A.M.) et enfin les Commissions Régionales de Conciliation et d'Indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales (C.R.C.I.).

III-5-3-1 L'Office national d'indemnisation des accidents médicaux (O.N.I.A.M.)

L'ONIAM a pour principale mission d'indemniser les victimes d'aléa thérapeutique ou leurs ayants droits, au titre de la solidarité nationale. Il garantit aussi l'indemnisation des victimes d'accidents médicaux, ayant eu de graves conséquences, quelle que soit l'origine du dommage et assure les conditions de fonctionnement des CRCI.

Dans tous les cas où l'assureur est défaillant, l'ONIAM indemniser la victime à sa place. En contre partie l'ONIAM bénéficiera d'une action subrogatoire à son encontre, i.e. qu'en payant, l'Office se retrouve dans les droits de la victime ou de ses ayants droits.

L'ONIAM prend en charge aussi l'indemnisation des infections nosocomiales si celles-ci ont causé un dommage supérieur à 24% ou bien l'intervention d'un professionnel ou d'un établissement hors de son champ habituel d'activité en cas de circonstances exceptionnelles. C'est une modification qui a été apportée par la loi du 30 décembre 2003⁵³, à la suite de nombreuses plaintes de la part des assurances qui ne pouvaient pas supporter le poids financier tel qu'initialement la loi le prévoyait. L'Office ne dispose d'aucune action subrogatoire contre le professionnel de santé ou l'établissement en cause, sauf faute établie. L'ONIAM a en outre repris à sa charge les obligations de l'Association France-Hypophyse, relative à l'indemnisation des victimes de la maladie de Creutzfeldt-Jacob.

III-5-3-2 La Commission nationale des accidents médicaux (C.N.A.M)

La CNAM a été créée par l'article L.1142-10 du Code de la Santé Publique et est régie par les articles R. 1142-24 à 29 du Code de la Santé Publique, issus des décrets du 29 avril 2002 et du 19 février 2003. Cette Commission est composée de professionnels de santé, de représentants d'usagers et de personnes qualifiées. Son président est désigné par le Ministre chargé de la Santé. Elle a pour mission principale de créer la liste nationale des experts, d'assurer leurs formations, d'établir des recommandations sur la conduite des expertises et de veiller à leur application homogène. Elle a, en outre, l'obligation de rendre un rapport d'évaluation de l'ensemble du dispositif au Gouvernement et au Parlement, chaque année.

L'expertise est la pierre angulaire de la loi du 4 mars 2002 et c'est la mission essentielle de la CNAM. C'est une réponse à la nécessité d'une réforme globale de l'expertise dans le cadre de l'évaluation du préjudice, en réponse aux reproches concernant la qualité de l'expertise

⁵³ Loi n° 2002-1578, du 30 mars 2002

médicale⁵⁴. En effet c'est l'expertise qui permet de déterminer les causes du dommage et d'en évaluer les conséquences.

III-5-3-3 Les Commissions régionales d'indemnisation et de conciliation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales (C.R.C.I)

Dans chaque région est instituée une CRCI. Elles sont regroupées en quatre pôles, Lyon, Bagnolet, Bordeaux et Nancy.

Elles ont pour mission de faciliter le règlement amiable des litiges relatifs aux accidents médicaux, aux affections iatrogènes et aux infections nosocomiales, ainsi que tout autre litige entre usagers et professionnels de santé.(L.1142-5)

Elles peuvent siéger en formation de règlement amiable ou en formation de conciliation.

L'organisation des CRCI est l'émanation de la démocratie sanitaire. Celles-ci sont présidées par un magistrat de l'ordre administratif ou judiciaire (L.1142-6 CSP). Ils sont nommés par le ministre de la justice, pour une durée de trois ans. La première présidence a commencé le 31 mars 2003, où 7 présidents ont été nommés pour les 22 régions françaises⁵⁵.

Outre le président, chaque Commission est formée de six représentants d'usagers, proposées par des associations d'usagers agréments.

En ce qui concerne les professionnels de santé, il y a deux représentants des professionnels de santé exerçant à titre libéral, dont un médecin et au niveau hospitalier, d'un praticien hospitalier.

En ce qui concerne les responsables des institutions et établissements publics et privés de santé, il y a un responsable d'établissement public de santé et deux responsables d'établissements de santé privés, dont un représentant des organisations d'hospitalisations privées à but non lucratif participant au service public hospitalier.

⁵⁴ C. Esper, « La Commission des accidents médicaux », in *Manuel des commissions régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales*, Sous la direction de G. Mementeau, Les Etudes Hospitalières, 2004, p.135ss.

⁵⁵ J.O n°82 du 6 avril 2003 page 6183, NOR :JUSB0310155A

Sont aussi présents, deux représentants de l'ONIAM, deux représentants d'entreprises d'assurances et enfin quatre personnes qualifiées dans le domaine de la réparation des préjudices corporels.

Il y a une volonté d'indépendance et d'impartialité de ces commissions. Dans ce sens chaque commission doit adopter un règlement intérieur. Pour des raisons de traitement égalitaire des demandeurs, ce règlement doit être fait selon un modèle type, instauré par décret du Ministre de la Santé. Les frais de fonctionnement des commissions sont assurés par l'ONIAM, qui est lui-même placé sous la tutelle du Ministre de la Santé. Le fond d'indemnisation vient de la Sécurité Sociale et est confié à l'ONIAM pour répartition entre les Commissions.

III-5-4 Procédure d'accès au système

III-5-4-1 Un dispositif subsidiaire

Ce dispositif vient offrir aux victimes une possibilité nouvelle et supplémentaire d'obtenir une indemnisation. L'accès au juge reste toujours possible jusqu'à l'acceptation de l'offre d'indemnisation par la victime.

III-5-4-2 La saisine des C.R.C.I

Selon l'article 1142-7 du Code de la Santé Publique *«La commission régionale peut être saisie par toute personne s'estimant victime d'un dommage imputable à une activité de prévention, de diagnostic ou de soins, ou, le cas échéant, par son représentant légal. Elle peut également être saisie par les ayants droit d'une personne décédée à la suite d'un acte de prévention, de diagnostic ou de soins. [...]»*

C'est un système de « guichet unique », c'est-à-dire que quelle que soit la nature de l'accident médical ou le lieu de l'accident, la victime s'adresse à une commission régionale unique.

La victime ou ses ayants droit, saisit la commission régionale qui s'occupe de sa région de résidence, au travers d'un formulaire *ad hoc*, accessible par internet. Le requérant a l'obligation d'informer la Commission sur son numéro d'assuré social, les prestations reçues ou à recevoir de tiers et sur les autres procédures juridictionnelles en cours. Les dossiers

doivent être accompagnés par des pièces justificatives, incluant au minimum un certificat médical, attestant de la réalité du dommage, dont le demandeur s'estime victime⁵⁶.

C'est sur ce dossier que la CRCI juge, *in abstracto*, si les seuils de gravité sont atteints, pour qu'il soit recevable.

III-5-4-3 Les conditions de recevabilité des dossiers

Selon l'article 1142-1 et 1142-8 et la directive n°2003-314, sont recevables, les dossiers dont le dommage a atteint un certain seuil de gravité. Ces seuils sont alternatifs et il suffit qu'un seul soit atteint pour que la CRCI saisie entre en matière. Ces seuils de gravité sont de 24% d'IPP, ou une durée d'incapacité temporaire de travail (ITT) au moins égale à six mois consécutifs ou égale à six mois non consécutifs sur une période de douze mois ou une déclaration d'incapacité définitive à exercer l'activité professionnelle que la victime exerçait avant l'accident médical, de l'affection iatrogène et de l'infection nosocomiale, ou, à titre exceptionnel, si la victime a subi des troubles particulièrement graves, y compris économiques dans ses conditions d'existence. Ce dernier critère est le seul critère subjectif.

Il est important de noter que seul les dommages dont le fait générateur s'est produit avant la date du 5 septembre 2001 seront susceptibles d'être recevables.

III-5-4-4 Le traitement des demandes

Dans les six mois dès la saisine, la CRCI doit rendre un avis. Pour rendre son avis la CRCI diligente une expertise auprès d'un collège d'experts choisis sur la liste nationale des experts en accidents médicaux. En principe l'expertise doit être collégiale mais il est permis, si la CRCI l'estime suffisant, de ne désigner qu'un seul expert (L 1142-12 CSP).. En l'état actuel des choses la Commission Nationale des accidents médicaux (CNAM) chargé de faire cette liste n'y a pas encore procédé (L 1142-10 et 1142-11). Elle a obtenu, par ailleurs, une prolongation de l'échéance pour la publier. En attendant que cette liste soit publiée, les CRCI peuvent faire appel aux experts judiciaires.

L'avis rendu par les CRCI indique les circonstances, les causes, la nature et l'étendue des dommages. Il propose ainsi le régime d'indemnisation applicable.

⁵⁶ Arrêté du 4 mars 2003 relatif aux pièces justificatives à joindre à une demande d'indemnisation présentée à une commission régionale de conciliation et d'indemnisation, des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales, *J.O.R.F.*, 7 mars 2003, p.4010

L'avis est transmis au requérant, à toute personne intéressée au litige et à l'ONIAM .
Cet avis ne peut être contesté que s'il y a procédure devant le juge, comme nous le verrons ci-dessous.

III-5-4-5 Les régimes d'indemnisations

Le régime du règlement amiable

C'est le cas lorsqu'il a été déterminé dans l'avis que « *la responsabilité professionnelle de santé, d'un établissement de santé, d'un service de santé ou d'un organisme mentionné à l'article L. 1142-1 ou d'un producteur d'un produit de santé mentionné à l'article L. 1142-2* » (L1142-14). Dans ce cas, l'assureur qui garantit la responsabilité civile ou administrative de la personne considérée comme responsable par la commission doit adresser à la victime ou à ses ayants droit, dans un délai de quatre mois suivant la réception de l'avis, une offre d'indemnisation visant à la réparation intégrale des préjudices subis dans la limite des plafonds de garantie des contrats d'assurance.

Au bout des quatre mois il y a trois situations possibles :

- L'assureur fait une offre à la victime ou ses ayants droits. Ces derniers peuvent accepter l'offre et la transaction se fait alors dans le mois qui suit. Cette acceptation vaut transaction dans le sens où les parties en cause sont liées. La victime ou ses ayants droits ne peuvent plus aller devant le juge, en tout cas plus pour impliquer la même partie dans la même situation et l'assureur est tenu de payer. Par contre l'assureur peut, même s'il a transigé avec la victime, intenter ce qu'on appelle une action subrogatoire, i.e. qu'il peut intenter une action contre le tiers responsable ou contre l'ONIAM s'il estime qu'en l'espèce il n'y avait pas faute et qu'on était dans un cas d'aléa thérapeutique. L'assureur en payant, devient titulaire des droits et obligations de la victime ou de ses ayants droits. C'est le seul moment où l'avis des CRCI peut être remis en question.

Si la victime ou ses ayants droits refuse l'offre de l'assurance, la victime doit se retourner vers le judiciaire, la procédure de conciliation aura alors échoué. Le juge, alors saisi de l'affaire, regardera si l'offre faite par l'assureur était suffisante ou non. Si elle semble manifestement insuffisante, alors il condamnera l'assureur à verser à l'ONIAM, qui s'est substitué à lui comme nous le verrons ci-dessous, une somme au

plus égale à 15% de la somme allouée à la victime. Si le juge, par contre, trouve l'offre suffisante, il la confirmera.(art. 1142-14)

- Si l'assureur refuse explicitement de faire une offre ou garde le silence après réception de la communication de l'avis, l'ONIAM se substitue à lui, dans le sens où il paie à sa place la victime. L'ONIAM se retrouve alors dans la même situation qu'aurait été l'assureur qui aurait accepté de faire une offre. Il peut donc très bien refuser de faire une offre et alors la victime ou ses ayants droits devront saisir le juge contre l'ONIAM, qui peut être partie à procès.(art. L.1142-15)
- En l'absence d'assurance ou de plafond dépassé, la CRCI doit en informer l'ONIAM, qui disposera alors de quatre mois pour faire une offre d'indemnisation à la victime. Le système étudié ci-dessus est applicable dans ce cas. L'ONIAM, après paiement, aura une action subrogatoire contre le responsable du dommage.

L'acceptation de la transaction ferme les droits de la victime ou de ses ayants droits à intenter une procédure sur les mêmes parties et sur les mêmes états de faits.

La phase d'indemnisation de l'aléa thérapeutique par la solidarité nationale

Dans le cas où l'avis estime qu'on est dans un cas où aucune faute n'a été commise c'est la solidarité nationale qui prend en charge l'indemnisation. Seuls sont indemnisés les dommages ayant atteint les seuils de gravité de recevabilité comme nous l'avons précédemment dit. L'ONIAM dispose alors de quatre mois pour faire une offre à la victime ou ses ayants droits. L'acceptation de l'offre vaut transaction et le délai de paiement est de un mois. Si l'ONIAM, malgré le fait qu'il a transigé avec la victime, estime qu'un tiers est responsable, il dispose d'une action contre ce dernier pour se faire rembourser. C'est l'action subrogatoire.(art. L. 1142-17)

La procédure de conciliation

Pour les victimes dont le dommage n'a pas atteint les seuils de gravité après avis du collègue d'experts, la loi a mis en place une procédure de conciliation. Cette procédure est une forme de règlement amiable permettant aux parties en cause de transiger au lieu d'entamer ou de poursuivre une procédure judiciaire. Cette procédure n'est possible que pour les victimes dont le dossier a été recevable mais qui, après expertise, a été rejeté parce que les seuils n'étaient

pas atteints. Entre autres, les victimes d'aléas dans cette situation ne seront en aucun cas indemnisées.

IV- Méthodologie

IV-1 Présentation de la méthodologie

IV-1-1 Objectifs de la recherche

La recherche menée visait à connaître dans une étude ciblée l'opinion des trois acteurs du système mis en place. Etant donné la nouveauté du système il n'était pas du tout envisagé d'en faire une évaluation, puisque c'est un système qui était en train de se mettre en place et un tel travail d'évaluation ne pouvait être crédible que d'ici 2 ou 3 ans de pratique. Il ne s'agissait donc que de faire une analyse bibliographique expliquant les choix législatifs sous une lumière éthique et d'en relever les différents problèmes qui pourraient se poser d'un point de vue pratique et éthique dans l'avenir.

IV-1-2 Elaboration et mise en place

IV-1-2-1 Choix de la méthodologie

La méthodologie présentée dans ce travail est le résultat d'un premier essai. En effet, la première idée était de faire une évaluation du système mis en place par un travail fondé sur l'organisation même des CRCI, à la lumière des principes de l'éthique de la discussion. Ces CRCI, étant l'émanation de la démocratie sanitaire il aurait été intéressant de voir sa mise en œuvre au travers de commissions multi-disciplinaires. Ce travail aurait consisté en une analyse des confrontations de valeurs et des intérêts dans le débat. C'est un sujet essentiel pour pouvoir évaluer la crédibilité de ces commissions. C'est un travail tel qu'il a pu être mené pour les CCPPRB. Cette première problématique a donné lieu à un questionnaire. Celui-ci était destiné aux membres des CRCI et visait à répertorier les différentes valeurs au sein du débat. Mais très vite il est devenu évident que le système était trop récent et qu'une telle étude aurait été incomplète et irrelevante à ce stade. En effet, la mise en place des dernières commissions a eu lieu en Janvier 2004 et certaines telles que celle de l'Ile de la Réunion ne l'a été qu'en juin 2004, celle des Antilles ne le sera qu'en octobre 2004.

Fort de ces constats de temps, il a été décidé que ce travail devait plutôt être un premier bilan d'étape. Fondé sur une recherche bibliographique, il a fallu relever les différentes questions et problèmes soulevés par la mise en application de ce système. Cela devait être un travail axé sur le futur de ce système.

IV-1-2-2 Elaboration des entretiens semi-directifs

- **Le choix de l'entretien semi-directif**

Les entretiens semi-directifs combinent deux attitudes. Une première attitude non directive qui favorise l'exploration de la pensée et une deuxième attitude directive, qui permet d'obtenir des informations sur des points précis, définis préalablement. La conduite d'un tel entretien n'est pas rigide. Le cadre et l'ordre des questions dépendent de la dynamique de chaque entretien.⁵⁷Le guide d'entretien choisi dans ce cas d'espèce posait des questions prédéfinies, ouvertes et fermées, avec certains points à demander en complément s'ils n'avaient pas été abordés par mes interlocuteurs (relances verbales).

L'entretien semi-directif semblait être la méthode la plus adéquate à ce style de recherche. En effet, ce travail ne pouvait viser prioritairement que des données qualitatives, du fait du nombre de personnes interrogées et de la nouveauté du système. Il était l'outil le plus adéquat pour avoir un contact direct avec les acteurs principaux de la mise en place du système. Ce système étant très nouveau, il n'y avait pas encore beaucoup d'ouvrages et donc les questions répertoriées par l'étude bibliographique ne pouvaient pas être exhaustives. Il fallait donc des questions ouvertes pour pouvoir faire un bon état des lieux, permettant d'élargir au maximum les thèmes.

Un guide d'entretien de type semi-directif, composé de 11 questions, a donc été mis en place, pour mettre en évidence les thèmes qui nous intéressaient. Ces questions seront présentées ci-dessous. Il a été validé par le Pr. C. Hervé et le Dr. G. Moutel.

⁵⁷ Berthier N., "Les techniques d'enquête en sciences sociales", éd. Armand Colin, Paris, 2000, p. 57ss.

- **Le choix des personnes visées**

L'étude s'est portée sur des médecins, les présidents des CRCI et enfin des membres de l'ONIAM.

Les médecins sont des acteurs du système de soin. Ils étaient particulièrement concernés par ce système. Celui-ci devait leur permettre de s'exonérer de la responsabilité sans faute, qu'une jurisprudence de l'équité avait tendance à mettre à leur charge. Ils font partie d'un des groupes pressions pour l'élaboration d'une loi sur l'indemnisation des accidents médicaux. J'ai pu interroger six médecins. Cinq d'entre eux sont membres de CRCI et deux d'entre eux sont formés en médecine légale.

Les Présidents des CRCI sont des magistrats des deux ordres. Ils ont donc une connaissance générale de la situation antérieure à la loi et sont à même d'en voir les évolutions. En plus de l'avantage de leurs formations, ils chapeautent et coordonnent l'organisation des débats, la rédaction des avis de plusieurs CRCI. Ils sont les piliers des CRCI et ce sont eux qui sont en relation avec l'ONIAM. Ils peuvent donc apporter une vue d'ensemble du système du fait de leurs missions et donner une vision de comparaison entre les CRCI dont ils ont la charge. Ils sont au nombre de sept. Six ont accepté de me voir et il y a eu un refus.

L'ONIAM, en tant qu'organisme payeur, est une des institutions centrale du dispositif. Il coordonne la gestion et la mise en place des CRCI et, en pratique, tient, pour l'instant le rôle attribué à la CNAM d'harmonisateur entre les CRCI. Le choix des personnes interrogées était prioritairement les dirigeants, c'est-à-dire, le Directeur et le Président. Ils étaient les plus à même de me donner une vision d'ensemble du système puisqu'ils y sont à la tête. Il était aussi intéressant de rencontrer le médecin expert de l'ONIAM. C'est sa position de médecin et de membre de l'ONIAM, qui était relevant. Il est celui qui, en quelque sorte fait le lien entre les expertises, les avis et l'Office. Des demandes ont été faites pour pouvoir interroger les juristes et les indemnificateurs de l'ONIAM, mais faute de temps ils n'ont pu me recevoir.

IV-1-2-3 Mise en place de la méthodologie

La prise de contact s'est faite par courrier et par mail dès le début du mois de février 2004.

Un courrier identique a été envoyé aux sept présidents des CRCI, aux directeurs et présidents de l'ONIAM, leur expliquant le projet et leur demandant un rendez-vous. Six présidents sur

sept ont répondu et ont accepté de m'accorder un entretien. Il en a été de même pour les membres de l'ONIAM. Lors de la prise de contact de ces derniers, j'ai pu, grâce à leurs soutiens, obtenir un rendez-vous avec le médecin expert de l'Office. La prise de contact avec les médecins s'est faite par un courrier informatique.

Cette méthodologie a nécessité des déplacements aux 4 pôles interrégionaux des CRCI, i.e., Bagnolet, Bordeaux, Nancy et Lyon. Un déplacement a été fait à Angers pour pouvoir rencontrer un des médecins.

Les entretiens ont débuté le 15 mars et se sont terminés le 14 mai. La durée des entretiens a été très variable allant de 20 minutes à 1 heure 45 minutes, dépendant du temps que les personnes avaient à me consacrer.

IV-1-2-4 Critiques

Il aurait été intéressant que le champ des personnes interrogées soit plus large en comprenant, par exemple, l'ensemble des acteurs du système, avec entre autres les patients et les assurances. Mais ce travail aurait été trop lourd vu le temps imparti et peut être aussi trop précoce étant donné que c'est un système encore peu connu et en voie de développement. C'est dans ce sens qu'a été limité ce travail de prospection, aux trois acteurs centraux de la mise en place du système, sûrement plus capables de voir les premières difficultés ou de faire une évaluation.

IV-1-3 Présentation du questionnaire : analyses et critiques

Le questionnaire était adressé à trois groupes distincts. Il a semblé intéressant de poser les mêmes questions aux trois, avec certaines modifications de formes sans en changer le fond. Une telle approche permettait une uniformité des données à traiter. N'ayant qu'un total de quinze entretiens, cette uniformité était plus à même de permettre une comparaison des réponses. De toutes les manières, le choix des questions ne visait pas tant la pratique des professionnels interrogés que leurs appréhensions et craintes vis-à-vis du système.

Le guide d'entretien était composé de onze questions. Celles-ci étaient le fruit d'une étude bibliographique des débats parlementaires, des rapports gouvernementaux et des différentes publications déjà parues sur le sujet.

Nous allons donc dans le chapitre qui suit reprendre chacune de ces questions et en voir la problématique qui en ressort.

Le schéma d'entretien débutait par une question préliminaire, qui s'adressait uniquement aux Présidents des CRCI. La première série de questions était des questions ouvertes. Elles avaient comme objectif de se faire une idée générale des problèmes que pose le système ou des avantages de celui-ci, puisque au moment de la rédaction du questionnaire certains points à aborder auraient pu être omis. C'était un espace réservé aux libres propos. La deuxième série de questions visait des points plus précis, des problèmes essentiellement relevés par l'étude bibliographique qui a précédé l'élaboration du questionnaire.

A) Question préliminaire

« Quand les commissions dont vous vous occupez ont-elles débuté ? »

Il était a priori intéressant de savoir quand leurs activités avaient réellement commencé pour évaluer le recul de la pratique face aux questions qui allaient être posées postérieurement.

B) Questions ouvertes

« 1- Quelles étaient vos attentes face à la loi du 4 mars 2002 en matière de prise en charge de l'aléa thérapeutique ? »

« 2- La loi a-t-elle répondu pour l'instant à vos attentes ? »

« 3- Sinon pensez-vous qu'elle soit susceptible d'y répondre à plus long terme? »

« 4- Après un an de pratique quels sont les avantages et inconvénients du système des CRCI que vous avez pu relever ? »

La question 1 permettait de connaître les attentes et les espoirs que portaient l'adoption de la loi et la mise en place d'un système d'indemnisation. Cela sous entendait que la situation en matière de prise en charge des accidents médicaux était insatisfaisante et qu'il fallait y

remédier. C'est un postulat que je me suis permis d'adopter par rapport à l'étude bibliographique antérieure et sur le constat des multiples propositions de loi dont cette question a fait l'objet. Les questions 2 et 3 permettaient de savoir si le système mis en place était à leur avis adéquat pour répondre aux problèmes qu'ils avaient soulevé antérieurement à la loi du 4 mars 2002.

La dernière question de cette partie générale, voulait véritablement être un état des lieux des premiers constats, en pratique, de la mise en œuvre du système.

C) Questions fermées

« 5- Quelle est, pour vous, la définition de l'aléa thérapeutique ? »

C'était une question un peu préalable permettant de savoir si on parlait bien de la même chose, parce qu'il n'existe pas vraiment de définition de ce qu'est un aléa thérapeutique. L'aléa thérapeutique fait l'objet de diverses définitions mais la loi n'en fait pas mention. Elle parle d'accident médical. Doit-on l'entendre comme synonyme d'aléa ou en faisant partie ? Bien que j'en aie donné une définition au début de ce travail il fallait voir comment les personnes interrogées le voyait. On le comprend à la lecture de la loi que le législateur a entendu accident médical comme synonyme d'aléa thérapeutique.

En se fondant sur une lecture *a contrario* du texte de loi, deux éléments caractéristiques de la définition de l'accident médical devaient être déduits :

- *l'anormalité au regard de son état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci*
- *une absence de faute. (Absence de violation de l'obligation d'information, de l'obligation de sécurité quant aux moyens utilisés dans l'intervention, de l'obligation de diligence dans les soins apportés)*

Cette définition a permis de relever trois éléments intéressants à la définition de l'aléa thérapeutique qui a servis lors de certains entretiens de relances verbales, i.e. la notion d'accident, la notion de risque, la notion de faute.

« 6- Y avait-il, selon vous, une légitimité sociale à l'indemnisation de l'aléa thérapeutique? Pourriez-vous expliquer pourquoi? »

Il fallait entendre par légitimité sociale, si le fait d'indemniser les aléas de la vie était évident ou s'il était un privilège pour les victimes. Le terme visait à savoir si ce choix était fondé éthiquement. Certaines personnes interrogées l'ont d'abord compris comme légitimité juridique. Le terme légitimité n'était pas forcément adéquat. Malgré cela le recadrage de la question a eu lieu lors des entretiens. Cette question, dont la réponse semble aller de soi, méritait d'être posée. C'est une question qui fait référence à des valeurs sociales. Ce qui semblait évident en France ne l'était pas forcément pour l'étranger.

« 7- Cette logique de l'indemnisation de l'aléa ne risque-t-elle pas, selon vous, d'entraîner dans les pratiques un relâchement dans la lutte de certains risques évitables que l'on classerait pourtant comme aléa ? »

Une indemnisation des aléas thérapeutiques qui pourrait entraîner une déresponsabilisation des professionnels de santé était une des grandes préoccupations soulevées par la doctrine avant la loi du 4 mars 2002. C'était une des conséquences à éviter d'un tel système, comme le rappellent les débats parlementaires.

« 8- Pensez-vous qu'en faisant le choix de seuils de gravité élevés, on rend l'indemnisation de l'aléa exceptionnelle et qu'ainsi on arriverait à une responsabilisation des professionnels de santé en matière de lutte contre les risques ? »

Cette question est l'inverse de la précédente. Elle permet de voir si en réponse aux doutes émis, le législateur a justement empêché cette déresponsabilisation en maintenant des conditions strictes d'indemnisation de l'aléa thérapeutique.

« 9- Quelle est votre opinion face aux seuils minimums de gravité que la loi a instauré ? Sont-ils le reflet de la « justice sociale » recherchée par la loi ou source d'inégalité et d'exclusion? »

Le choix des seuils de gravité a fait l'objet de beaucoup de critiques. Ces seuils ont souvent été jugés trop stricts et discriminatoires. Il était donc indispensable de poser cette question. Il

était intéressant de voir aussi qu'elle interprétation chaque CRCI adopterait sur ces différents critères et voir comme ses seuils seraient concrètement mis en œuvre. Dans ce sens, lors des entretiens j'ai fais des relances verbales portant sur ces quatre seuils précisément.

« 10- Ces seuils minimums de gravité sont-ils réalistes face aux divers problèmes que posent la consolidation et l'évaluation du dommage? »

Tout le droit de l'indemnisation des préjudices corporels est fondé sur l'expertise, tendant à déterminer l'évaluation du dommage. C'est une évaluation qui est très aléatoire. Elle soulève divers problèmes, entre autres la date de consolidation, sachant que certains dommages ne seront jamais consolidés ou en tout cas que tardivement. Ces derniers points constituaient des relances verbales.

L'expertise est un des piliers centraux de la responsabilité et il était intéressant de voir la connaissance que chaque acteur du système en avait, de voir comment il l'intégrait dans sa pratique, particulièrement en ce qui concernait les présidents des CRCI et les membres de l'ONIAM.

« 11- Pensez-vous que le système nouvellement instauré est adéquat pour mettre un terme aux dérives jurisprudentielles d'avant la loi du 4 mars 2002 ou ne risque t-on pas de retomber dans l'« ancien système » voir de créer une double voir triple jurisprudence hétérogène? »

Cette question, en fait, regroupe deux questions. Lors des entretiens, il a été parfois nécessaire pour la bonne compréhension de mon interlocuteur, de la poser en deux temps. Cette question aurait dû faire l'objet de deux questions pour une meilleure intelligibilité. Mais comme nous le verrons ci-dessous elles étaient liées quant au fond.

Le premier point de cette question tendait à déterminer si, en pratique, le système tel que prévu, était un outil assez efficace pour mettre un terme aux dérives jurisprudentielles. Ce terme de « dérives jurisprudentielles » n'a pas toujours été très bien perçu par certains de mes interlocuteurs, du fait que cela mettait en cause le travail des juridictions administratives et judiciaires, une chasse gardée par la plupart des juristes... En fait, je voulais faire allusion aux diverses interprétations légales auxquelles ont eu recours les juges pour pouvoir indemniser les victimes d'accidents médicaux non-fautifs. C'étaient des extensions de la notion de faute

et donc de la responsabilité médicale. Ces interprétations ont fait naître une certaine crainte des professionnels de santé quant à l'engagement de leurs responsabilités dans leurs activités professionnelles. Une des réponses attendues de la loi était justement d'y mettre un terme, de recadrer la responsabilité médicale et d'harmoniser les solutions. Cette question vise à voir si le système mis en place par la loi permet de répondre à ces attentes ou si les effets escomptés risquent, en pratique, d'être nuls ou insuffisants.

Le second point abordé par cette question est de savoir si, le système tel qu'il a été créé a simplifié, pour les victimes et les professionnels de santé, l'indemnisation ou si, au contraire, l'a compliqué. En parlant de double jurisprudence je faisais allusion à la jurisprudence judiciaire et administrative, d'une manière harmonisée, contre une potentielle « jurisprudence » des CRCI. En parlant de triple jurisprudence je faisais allusion à deux cas de figures. J'ai dû lors des entretiens les spécifier et il aurait été peut-être plus judicieux de bien les distinguer dans la formulation de la question. Mais en pratique, les personnes interrogées faisaient d'elles-mêmes la distinction. Le premier cas de figure serait le cas où la jurisprudence administrative et judiciaire ne serait pas harmonisée par la loi et qu'il resterait des divergences telles qu'on en a connues à la veille de la loi du 4 mars 2002. En parallèle se dessinerait une jurisprudence propre aux CRCI. Le second cas de figure serait celui d'une jurisprudence judiciaire et administrative non harmonisée et d'une jurisprudence hétérogène au sein même des CRCI. Cette question sous-tendait celle des risques de décisions contradictoires. Ce point fut l'objet de plusieurs critiques. En effet, les actions en justice et en CRCI peuvent être intentées parallèlement, avec une communication entre ces deux institutions qui dépendent du demandeur. Ce dernier a l'obligation d'informer les deux institutions, mais s'il ne le fait pas, la communication n'est pas établie entre les deux institutions. Ce n'est pas tant le risque d'une double indemnisation qui est en jeu mais bien plus celui d'avoir des décisions et des expertises contradictoires...c'est le risque de générer une perte de temps et d'argent aux institutions et à la victime ou ses ayants droits.

Le terme de jurisprudence en ce qui concerne les décisions des CRCI n'était pas vraiment adéquat puisqu'elles ne sont habilitées à ne donner que des avis. Ces avis n'ont pas force de décision et donc ils ne peuvent être mis en opposition à une décision de justice. Lors des entretiens, cet abus de langage n'a pas posé de problème. Mes interlocuteurs comprenaient l'idée qu'il y avait derrière.

Cette deuxième partie de questions était un complément à la première puisque cette hétérogénéité de jurisprudence peut contribuer à l'inefficacité pratique du système d'indemnisation mis en place.

IV-2 Traitement des données

Chaque entretien a été enregistré et retranscrit dans son intégralité. Ce premier travail fait, il a fallu pour chaque question relever les points relevant de la discussion. Pour ce faire, il a été constitué une grille de lecture. Dans un second temps, il a fallu rechercher les axes déterminants dans l'entretien. Cinq axes en sont ressortis :

- De connaître les points relevant de la définition de l'aléa thérapeutique. Cet axe fait référence à la question 5.
- De savoir s'il y avait une légitimité sociale à l'indemnisation des aléas thérapeutiques. Cet axe fait référence à la question 6.
- De répertorier les attentes vis-à-vis de la loi du 4 mars 2002 des personnes interrogées. Cet axe fait référence à la question 1.
 - Sont regroupées sous l'axe de savoir si le système adopté est adéquat, les questions 2, 4, 9, 10, 11.
- L'axe des déviances possibles regroupe les questions 4, 7 et 8.

Les tableaux de données présentés ci-dessous ont été divisés en trois pour séparer les trois catégories de personnes interrogées, permettant d'avoir des données cumulées et séparées. Il fallait pouvoir voir si une distinction se faisait ressentir selon le groupe visé.

Certains éléments de réponses ont pu faire l'objet d'un classement quantitatif dans les tableaux, mais la plupart du temps les éléments relevés des entretiens est qualitatif et est expliqué dans le texte rattaché ou utilisé directement dans la discussion.

Question 5 : Quelle est, pour vous, la définition de l'aléa thérapeutique ?		
Médecins (6)	Présidents CRCI (6)	Membres de l'ONIAM (3)
<i>Réalisation d'un risque/accident</i> 6 « Acte thérapeutique entraînant des conséquences regrettables pour le patient et qui sont sans rapport avec la pathologie antérieure ou son évolution prévisible, ces conséquences étant disproportionnées au regard du bénéfice escompté »	Réalisation d'un risque/accident (Accident non prévisible) 2	<i>Réalisation d'un risque/accident</i> 2 « C est la survenue d' un accident imprévisible non lié à la pathologie et inévitable dans l'état des connaissances et des techniques. » « c'est, un accident médical qui se définit comme étant différent d' une évolution normale de la pathologie [...]et qui est imputable à un acte médicale »
	Faute 4 L'accident médical non fautif 2 Dommage non fautif 2	<i>Faute</i> 1 « jusqu'à présent l'aléa a eu une définition plutôt négative que positive , c est à dire, était aléa ce qui n'était pas faute. »
Réalisation d'un risque/ Accident	10/15	
Acte non fautif	5/15	

Ce qu'on peut constater à la lecture des divers entretiens, c'est une certaine hétérogénéité quant à la définition de ce qu'est un aléa thérapeutique. On a tout de même réussi à regrouper dans deux notions larges les multiples approches de définition. Une telle séparation permet d'être plus claire dans l'analyse mais reste tout de même très subjectif, du fait que certaines définitions comprenaient les deux notions et que c'est la notion prédominante qui a été classée. Ont donc été trouvées les notions de réalisation d'un risque et la survenue d'un accident et de faute :

- La réalisation d'un risque et la survenue d'un accident : Ces deux notions sont souvent liées. En effet, l'accident est ce qui est imprévisible et la réalisation du risque

est par définition tout aussi imprévisible. Les médecins interrogés se rattachent à ce concept de réalisation du risque et d'accident, au travers de la définition de l'arrêt Bianci ou d'expressions telles que le « pépin », le « pas de chance ». De la part des présidents et membres de l'ONIAM, les réponses sont plus mitigées.

- La non faute : Est aléa ce qui n'est pas fautif de la part du praticien. Cinq personnes, présidents et membres de l'ONIAM se rattachent plus à ce concept.

IV-2-2 La légitimité sociale d'une loi sur l'indemnisation de l'aléa thérapeutique

Question 6 : Y avait-il, selon vous, une légitimité sociale à l'indemnisation de l'aléa thérapeutique? Pourriez-vous expliquer pourquoi?		
Médecins (6)	Présidents CRCI (6)	Membres de l'ONIAM (3)
OUI 6	OUI 6	OUI 3
<i>Déjudiciariser (casser l'incertitude jurisprudentielle) (1)</i>	<i>Déjudiciariser (casser l'incertitude jurisprudentielle) (1)</i> « si on veut cette relation de confiance qui est une des condition de qualité de l'acte médical il faut un minimum de sérénité, il faut pas que le malade soit obsédé par la peur de la bavure et que le médecin [ai peur du procès]»	<i>Déjudiciariser (casser l'incertitude jurisprudentielle) (1)</i>
<i>Répond à une demande sociale de justice, solidarité (évolution sociale)(1)</i>	<i>Répond à une demande sociale de justice, solidarité (évolution sociale) (2)</i> «On est dans une société où les gens veulent de moins en moins supporter leurs dommages et attendent une réparation dans tous les domaines et donc cela répondait très probablement à un besoin de société »	<i>Répond à une demande sociale de justice, solidarité (évolution sociale) (2)</i>
<i>C'est normal : une question de justice et de solidarité (4)</i>	<i>C'est normal : une question de justice et de solidarité (2)</i> « Lorsqu'un risque se concrétise sur une personne il y a quelque part une rupture d'égalité »	

	<i>Rétablir l'égalité (2)</i> « on l'a fait pour les accidentés de la route. C'était absurde de ne pas le faire pour les accidentés de l'hôpital. »	
EN PARTIE 1 « Finalement au lieu d'aller indemniser certains risques pourquoi ne devrait-on pas indemniser tout le monde, en tout cas prendre mieux en général le handicap »		EN PARTIE 1 « Je pense que le problème est beaucoup plus global, c'est-à-dire que si les victimes, les handicapés, étaient plus aidés qu'ils ne le sont, peut-être que finalement le problème ne se poserait pas. »
OUI - <i>C'est normal : une question de justice et de solidarité</i> - <i>Répond à une demande sociale de justice, solidarité (évolution sociale)</i> - <i>Déjudiciariser (casser l'incertitude jurisprudentielle)</i> - <i>Rétablir l'égalité</i> EN PARTIE	14/15 6/14 5/14 3/14 2/14 2/15	

La question de la légitimité de l'indemnisation des aléas thérapeutiques est apparue quasi unanimement comme une évidence.

Quatre justifications à cette évidence a pu être déduit des entretiens :

- Premièrement six des personnes interrogées pensent que cette légitimité est normale, que c'est une question de justice et de solidarité.
- Deuxièmement cinq personnes pensent que ce nouveau droit répond à une demande sociale, que c'est une évolution de nos société où les gens sont de moins en moins près à assumer le risques et qu'importe qu'on soit d'accord ou non, il fallait y répondre.
- Troisièmement, ce nouveau droit permettait de déjudiciariser la relation médecins-patients, en déchargeant les médecins de la responsabilité des accidents médicaux non

fautifs, qu'une certaine jurisprudence avait tendance à mettre à leur charge. Cette justification a été soutenue par trois personnes.

- Enfin, quatrième, il fallait rétablir, selon trois personnes interrogées, l'égalité face aux victimes de risques autres que médicaux, par exemple ceux de la route.
- Deux personnes ont émis un doute sur le fait que cette question d'indemnisation ne se serait pas posée si le handicap en général était mieux pris en compte.

IV-2-3 Les attentes de la loi du 4 mars 2002

Question 1 : Quelles étaient vos attentes face à la loi du 4 mars 2002 en matière de prise en charge de l'aléa thérapeutique ?				
	Médecins (6)	Présidents CRCI (6)	Membres l'ONIAM (3)	de TOTAL
La reconnaissance de l'aléa thérapeutique	2/6	1/6	3/3	6/15
L'indemnisation de l'aléa thérapeutique	3/6	4/6	3/3	10/15
Une indemnisation plus rapide	2/6	1/6	0	3/15
Eviter de passer par le judiciaire	2/6	1/6	0	3/15
Minimiser le recours à la recherche de la faute dans la recherche de l'indemnisation des victimes	3/6	2/6	0	5/15
Créer un bloc de compétence qui met fin à la dualité de concept entre les juridictions judiciaires et administratives.	0	1/6	0	1/15
Voir le fonctionnement de la démocratie sanitaire	0	0	1/3	1/15

Pacifier les relations médecins/patients	0	0	1/3	1/15
Aucune	0	1/6	0	1/15

Huit attentes ont pu être cataloguées. Les attentes prédominantes sont la reconnaissance de l'aléa thérapeutique et l'indemnisation de l'aléa thérapeutique. Deux notions qui auraient pu être confondues mais qui se sont avérées, au travers des entretiens, avoir chacune une place.

- C'est surtout l'indemnisation de l'aléa qui est prédominante, avec 10 personnes au total sur 15 qui y ont pensé. On peut constater que c'est une notion relevée à l'unanimité des membres de l'ONIAM, à plus de la moitié des présidents (4/6) et à la moitié des médecins (3/6).
- Vient ensuite avec 6 personnes sur 15, la reconnaissance de l'aléa. Par ces chiffres on confirme le choix de distinguer les deux notions, reconnaissance et indemnisation de l'aléa. Sur ce dernier point les membres de l'ONIAM interrogés sont unanimes, mais la proportion de présidents (1/6) et de médecins (2/6) est faible.
- Le fait de voir minimiser le recours à la recherche de la faute dans la recherche de l'indemnisation des victimes a été soulevé par 5 personnes sur les 15 interrogées. Se sont les présidents (2/6) et les médecins (3/6) qui l'ont relevé.
- Trois personnes sur les 15 interrogées ont soulevé qu'ils attendaient du système une indemnisation plus rapide que celle proposée par le judiciaire et une procédure évitant de passer par le judiciaire dans la résolution des litiges en responsabilité médicale. Ces deux attentes sont distinguées dans le tableau ci-dessus. Ce sont les médecins (2/6) et les présidents (1/6) qui ont soulevé ces points.

IV-4

L'adéquation du système mis en place

Question 2		
La loi a-t-elle répondu, pour l'instant à vos attentes ?		
Médecins (6)	Présidents CRCI (6)	Membres de l'ONIAM (3)
OUI 2	OUI 3	OUI 3
<i>Reconnaissance de l'aléa et de son indemnisation</i> (2) « elle s'intéresse au problème et a établi une recherche de solution »(1) « concernant l'indemnisation des cas graves, je pense que les critères de gravité sont satisfaisants. » (1) « concernant la diminution des procédures engagées, il est peut être un peu trop tôt pour le dire... »(1)	<i>Reconnaissance de l'aléa et de son indemnisation</i> (1)	<i>Reconnaissance de l'aléa et de son indemnisation</i> (2) « Elle y répond en partie du fait même d'exister »
	<i>Les choses fonctionnent</i> (2)	<i>Les choses fonctionnent</i> (2) «Maintenant on indemnise, les choses fonctionnent normalement » « le dispositif s'est quand même mis en place dans des conditions de rapidité assez inhabituelles »
NON 2	NON 0	NON 0
« parce que les victimes gardent le choix »(1) « Le gros problème, c'est les seuils de gravité [...] qui fait qu'il y aura très peu d'aléas qui pourront être indemnisés »(2)		
EN PARTIE 2	EN PARTIE 2	EN PARTIE 0
« Elle facilite la mise en oeuvre des demandes pour les familles et apportent des	« oui dans le principe, mais en pratique non, parce que la pierre angulaire du système	

réponses rapides à leurs questions »(2) « mais [avec ces seuils de gravité] l'immense majorité des gens se trouvent hors du système » (2)	est l'expertise et que pour l'instant la liste des experts de la CNAM n'est pas faite »(1) « Oui sur le plan technique, complètement. On manque un peu de moyens» (2) et l'éloignement avec les victimes et les membres des CRCI(2) « Les commissions sont lourdes »(1)	
PAS D'ATTENTE PARTICULIÈRE 0	PAS D'ATTENTE PARTICULIÈRE 1	PAS D'ATTENTE PARTICULIÈRE 0
OUI	8/15	
NON	2/15	
EN PARTIE	4/15	
PAS D'ATTENTE PARTICULIÈRE	1/15	

A la question « La loi a-t-elle répondu à vos attentes ? »

- Huit personnes sur les quinze interrogées ont répondu par l'affirmative à cette question. On retrouve deux justifications récurrentes : Premièrement le fait que ce système, du seul fait d'exister, répond à leurs attentes car il reconnaît et indemnise l'aléa thérapeutique (5/8) et deuxièmement, en pratique, il fonctionne déjà (4/8). Toutes les personnes de l'ONIAM interrogées ont répondu par l'affirmative à cette question, contre deux médecins sur six et trois présidents sur six.
- Deux personnes sur quinze ont répondu négativement à cette question. Ces deux personnes sont des médecins. Ils soulèvent deux points comme justification à leur insatisfaction qui est que les victimes peuvent toujours aller devant le judiciaire, ce qui sous-entend l'idée que les victimes ne vont pas faire, au final, appel aux CRCI et que les seuils de gravité sont trop élevés, excluant trop de victimes.
- Quatre personnes sur les quinze interrogées répondent que la loi a répondu en partie à leurs attentes. Deux présidents de CRCI sont satisfaits sur le principe mais en pratique ils restent plus mitigés. Leurs doutes se portent tout particulièrement sur le retard pris par la CNAM à l'élaboration de la liste des experts, le manque de moyens,

l'éloignement géographique avec les membres des CRCI et enfin sur l'organisation des CRCI. Deux médecins sont aussi satisfaits d'un système qui vise à faciliter la mise en œuvre de l'indemnisation des victimes mais ils soulèvent que les seuils de gravités sont trop élevés, excluant l'immense majorité des victimes.

- On peut donc conclure que sept personnes sont satisfaites sur le principe d'un système qui reconnaît l'aléa et son indemnisation.

Question 4		
Après un an de pratique, quels sont les avantages et les inconvénients du système des CRCI que vous avez pu relever ?		
Médecins (6)	Présidents CRCI (6)	Membres de l'ONIAM (3)
AVANTAGES		
<i>Facilité d'accès et gratuité</i> (3)	<i>Facilité d'accès et gratuité</i> (4)	<i>Facilité d'accès et gratuité</i> (1)
<i>Reconnaissance de l'aléa et de son indemnisation</i> (2)	<i>Reconnaissance de l'aléa et de son indemnisation</i> (4)	<i>Reconnaissance de l'aléa et de son indemnisation</i> (2)
<i>La composition des CRCI</i> « la composition variée des commissions, composées de membres réfléchis et très objectifs »(1)	<i>Alternative à la recherche à tout pris de la faute</i> 1	<i>Rapidité de la mise en place du système</i> « l'avantage c'est que [le système] s'est mis en place rapidement et qu'il fonctionne[...] » 2
<i>Lieu d'accompagnement des victimes</i> 1		
<i>Liste des experts de la CNAM : réforme utile</i> 1		

<p>Facilité d'accès et gratuité</p> <p>Reconnaissance de l'aléa et de son indemnisation</p> <p>Alternative à la recherche à tout pris de la faute</p> <p>La composition des CRCI</p> <p>Lieu d'accompagnement des victimes</p> <p>La réforme de l'expertise</p> <p>La rapidité de la mise en place du système d'indemnisation</p>	<p>8/15</p> <p>8/15</p> <p>1/15</p> <p>1/15</p> <p>1/15</p> <p>1/15</p> <p>1/15</p>	
INCONVÉNIENTS		
<p><i>La liste des experts de la CNAM</i></p> <p>1</p>	<p><i>La liste des experts de la CNAM</i></p> <p>(3)</p>	<p><i>La liste des experts de la CNAM</i></p> <p>2</p>
<p><i>Déjudiciarisation</i></p> <p>« c'est un système qui devait servir aux médecins mais en pratique elle se retourne un peu contre eux parce que finalement il y a pas mal de cas où c'est la responsabilité du médecin qui est engagée...on indemnise pas que l'aléa » « il fallait que l'on minimise les actions contre les médecins en cas d'aléa et je crois que c'est nul aujourd'hui... »(2)</p>	<p><i>Problème général de l'expertise</i></p> <p>(2)</p> <p>« un petit lourd de mettre en place des expertise collégiale (problème avec les délais) »</p> <p>« le gros problème de l'expertise puisqu'on est très dépendant des experts et de la qualité des rapports, ...une qualité et une diversité de celle-ci à la source de l'inégalité »</p>	<p><i>Problème général sur la qualité des expertises</i></p> <p>3</p>
<p><i>Les seuils de gravité 4</i></p> <p>« Les 24% d'IPP est un seuil trop élevé »(4)</p> <p>« Les victimes ont intérêt à faire la demande très tôt [pour que le seuil soit atteint au moment de l'action] »(1)</p> <p>« L'ITT ne concerne que le travailleur »(1)</p> <p>« La grande influence des présidents »(1)</p>	<p><i>Contradiction interne entre CRCI</i></p> <p>(5)</p> <p>« Il n y a donc pas d'uniformité(d'interprétation) au sein des CRCI »(1)</p>	<p><i>Problème de la conciliation (peut difficilement marcher)</i></p> <p>2</p>
<p><i>Non Détermination des indemnités par CRCI(oniam et assurance qui décide)</i></p> <p>« Ignorance vis-à-vis du montant des indemnisation »(1)</p>	<p><i>Non Détermination des indemnités par CRCI(oniam et assurance qui décide)</i></p> <p>(1)</p>	<p><i>Statut ambiguë des CRCI</i></p> <p>1</p>

	<i>Statut ambiguë des CRCI</i> 1	<i>La complexité du système</i> 1
<i>Accompagnement des victimes, méconnaissance du système d'information</i> 1 « un système assez opaque »	<i>Accompagnement des victimes</i> (4) « voudraient nous transformer en assistante sociale »	<i>Manque d'accompagnement des victimes</i> 3
Procédure expéditive et sans appel 1	Procédure expéditive et sans appel 1 « une procédure sans doute trop légère » 1	
	<i>Manque de moyens</i> (4) 4	
	<i>Contradiction entre ONIAM et CRCI</i> (1) « il va y avoir des « contradictions internes » entre les Commissions et l'ONIAM »(1)	
	<i>La complexité du système 1</i> « C est un système beaucoup trop compliqué qui veut calquer ce qui se fait en matière juridictionnel avec des moyens bien plus réduit avec des exigences de rapidité que n ont pas les juridictions »	
	Problème de rôle de l'ONIAM 2 « ONIAM pour l instant, son rôle , est assez difficile....[...] il a vocation de payeur [et] il est sensé mettre du personnel a disposition des présidents qui ne sont pas sous ses ordres »	

	<i>Problème composition CRCI</i> 2 « il y a les CRCI en elle-même qui sont aberrantes se sont des CRCI de 20 personnes....avec théoriquement des intérêts antagonistes »	
	<i>Problème des « avis »</i> 1 « avoir instauré ces Commissions, administrative sans personnalité juridique, qui se préoccupe de donner un avis...et c est pas une décision...sur le fond du litige, avec des payeurs derrière qui vont dire je paye ou non ! »	
SANS AVIS 2 Trop tôt pour le dire	SANS AVIS 1	SANS AVIS 0
Défaut d'accompagnement des victimes La liste des experts de la CNAM qui tarde Le problème général de l'expertise Contradiction interne au sein des CRCI Manque de moyen Les seuils de gravité trop élevé Echec de la déjudiciarisation Procédure expéditive et sans appel Non Détermination des indemnités par CRCI Statut ambiguë des CRCI La complexité du système Problème lié au rôle de l'ONIAM Problème de composition des CRCI Le problème de la conciliation (échec) Contradiction entre CRCI et ONIAM Le problème des avis non obligatoire		8/12 6/12 5/12 5/12 4/12 4/12 2/12 2/12 2/12 2/12 2/12 2/12 2/12 2/12 1/12 1/12

A la question « Après un an de pratique, quels sont les avantages et les inconvénients du système des CRCI que vous avez pu relever ? »

- Dans le cadre des avantages relevés, on constate, que huit personnes sur les quinze interrogées répondent que c'est la facilité d'accès et la gratuité du système et la

reconnaissance de l'aléa et de son indemnisation. Les réponses sont équilibrées entre les trois champs de personnes interrogées.

- Cinq autres avantages ont été relevés. Ils font l'objet de réponse isolée et n'ont donc pas le poids du nombre pour être relevant quantitativement. D'un point de vue qualitatif il a été intéressant de les relever pour montrer les différences d'appréhension et d'approche d'un même système par différentes personnes.
- Dans le cadre des inconvénients qui ont été relevés, la lumière a été mise sur le défaut d'accompagnement des victimes (8/15). Ce point a été tout particulièrement relevé par les magistrats (4/15) et les membres de l'ONIAM (3/3). Il est intéressant de relever que ces deux catégories de personnes abordent la question de manière différente. Les magistrats se plaignent qu'on leur demande d'accompagner les victimes durant la procédure devant les CRCI, mais qu'ils n'en ont ni le temps, ni les moyens de le faire. Un des magistrats interrogé a même relevé que ce n'était pas à eux de le faire, puisqu'une telle proposition serait contraire à l'art. 6 CEDH. Selon lui, de tel institution devrait être impartiale devant les parties et aider les victimes serait un manque d'impartialité. Les membres de l'ONIAM par contre déplore cette situation et regrette que les associations de patients ne joue pas un rôle plus important. Ils sont par ailleurs d'accord de dire que ce n'est pas aux CRCI de jouer ce rôle. C'était un résultat surprenant, puisque dans l'étude bibliographique ce n'est pas un point qui a fait l'objet de beaucoup de critique, contrairement aux seuils de gravité par exemple. Vient ensuite le problème de l'expertise, avec une liste de la CNAM qui tarde (6/15) et les problèmes généraux de l'expertise(5/15), par exemple l'inégalité des rapports d'expertises, l'harmonisation des pratiques. Ce sont des points qui ont été principalement retenus par les présidents des CRCI et les membres de l'ONIAM. Le problème des contradictions internes entre CRCI a été relevé par cinq personnes. C'étaient cinq présidents de CRCI. On voit très bien qu'ils sont plus à même de s'en rendre compte, puisqu'ils dirigent, chacun plusieurs CRCI et qu'ils ont contact entre eux, lors des séances d'harmonisation avec l'ONIAM. Ce dernier constate cette hétérogénéité d'interprétation mais ne la voit pas comme un désavantage mais plus comme une nécessité de réajustage, qui se fera dans le temps. Le manque de moyen a été relevé par 4 personnes sur quinze. C'était quatre présidents. C'est évident qu'ils sont les plus à même de s'en rendre compte puisque ce sont eux qui « subissent » en ligne directe ce manque de moyen dans la pratique de tous les jours. Les seuils de gravités qui seraient trop élevés a été relevé par quatre médecins.

- On peut constater pour les inconvénients relevés isolément par les différents membres, sont assez particuliers à chaque camp de personnalités interrogées.

Question 9		
Quelle est votre opinion face aux seuils minimums de gravité que la loi a instauré ? Sont-ils le reflet de la « justice sociale » recherchée par la loi ou source d'inégalité et d'exclusion?		
Médecins (6)	Présidents CRCI (6)	Membres de l'ONIAM (3)
<i>Système juste et qui respecte le principe d'égalité</i> 1	<i>Système juste et qui respecte le principe d'égalité</i> 2	<i>Système juste et qui respecte le principe d'égalité</i> 2
Un choix qui se justifie pour -des raisons politiques et budgétaires(5) -indemniser d'abord les dommages les plus graves qui sont ceux qui touchent le plus l'équité (2) - se réfère aux critères habituels(1)	Un choix qui se justifie pour -des raisons politiques et budgétaires(5) -indemniser d'abord les dommages les plus graves qui sont ceux qui touchent le plus l'équité (1) -des raisons de rapidité et de gratuité du système(1) - se réfère aux critères habituels(1) -indemniser intégralement et non forfaitairement(1)	Un choix qui se justifie pour -des raisons politiques et budgétaires (2) -indemniser d'abord les dommages les plus graves qui sont ceux qui touchent le plus l'équité (2) -déjudiciariser (2) -des raisons de rapidité et de gratuité du système(1) -indemniser intégralement et non forfaitairement(1)
	<i>C'est une avancée car étend l'indemnisation par rapport à Bianci (1)</i>	<i>C'est une avancée car étend l'indemnisation par rapport à Bianci(1)</i>
<i>Un choix qui reste souple par l'existence de critère de rattrapage (1)</i>	<i>Un choix qui reste souple par l'existence de critère de rattrapage (3)</i>	<i>Un choix qui reste souple par l'existence de critère de rattrapage (2)</i>
Arbitraire parce que : - Seuils sont trop élevés (4) -du fait des interprétations hétérogènes (1) - Le critère de l'ITT exclu les non travailleurs (1)	Arbitraire parce que : - Seuils par définition est arbitraire (2) -du fait des interprétations hétérogènes (2) -critère des tpg subjectif (1) - Le critère de l'ITT exclu les non travailleurs (3)	

<p><i>La procédure de conciliation permet de pallier à l'injustice</i> (1)</p>		
<p>Système juste et qui respecte le principe d'égalité (5)</p> <p><i>Un choix qui se justifie pour</i></p> <ul style="list-style-type: none"> -des raisons politique et budgétaire (12) -indemniser d'abord les dommages les plus graves qui sont ceux qui touchent le plus l'équité (5) - se réfère aux critères habituels (2) -des raisons de rapidité et de gratuité du système (2) -déjudiciariser (2) -indemniser intégralement et non forfaitairement (2) <p><i>C'est une avancée car étend l'indemnisation par rapport à Bianci 2</i> <i>Un choix qui reste souple par l'existence de critère de rattrapage 6</i> <i>La procédure de conciliation permet de pallier à l'injustice 1</i></p> <p>Arbitraire parce que :</p> <ul style="list-style-type: none"> - Seuil sont trop élevé (4) -du fait des interprétations hétérogènes (3) - Le critère de l'ITT exclu les non travailleurs (4) - Seuil par définition est arbitraire (2) -critère des tpg subjectif (1) 		

A la question « Quelle est votre opinion face aux seuils minimums de gravité que la loi a instauré ? Sont-ils le reflet de la « justice sociale » recherchée par la loi ou source d'inégalité et d'exclusion ? »

Les seuils de gravité sont au nombre de quatre⁵⁸. Ces seuils sont alternatifs, i.e. qu'il faut qu'au moins un soit rempli pour que le dossier soit recevable dans un premier temps et dans un second temps pour que le dommage soit indemnisable. Ces seuils font référence aux différents chefs de préjudices utilisés au civil pour l'évaluation des préjudices.

- Cinq personnes sur les quinze pensent que ce système est juste et respecte le principe d'égalité.

⁵⁸ Décret n° 2003-314 du 4 avril 2003 relatif au caractère de gravité des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales prévu à l'article L. 1142-1 du Code de la Santé Publique

- Le choix des seuils de gravité se justifie pour divers raisons qui sont premièrement un choix politique et budgétaire (12/15), deuxièmement cinq personnes pensent que c'était important d'indemniser déjà les préjudices les plus graves, car ce sont ceux qui touchent le plus le principe d'équité et de justice. Deux personnes pensent qu'il était normal de faire référence à ces critères car ce sont les critères habituels pour évaluer d'un dommage. Trois personnes pensent que pour que le système marche, ie qu'il soit rapide et gratuit, il faut limiter les demandes. Deux personnes pensent que ces seuils permettent de désengorger la justice d'une partie des contentieux médicaux et par la même déjudiciariser la relation médecins patients. Une personne a relevé que cette limitation permet de garantir une indemnisation intégrale des victimes. Le choix politique était soit d'indemniser toutes les victimes mais cette indemnisation n'aurait été que forfaitaire, soit indemniser intégralement certaine victime, les plus gravement touchés.
- Deux des personnes interrogées, rappellent que ces seuils sont une avancée par rapport au seuil que l'arrêt Bianci, qui était de 50%, avait mis pour l'indemnisation des accidents médicaux. On se rappellera ici que seule les litiges d'ordre publique reconnaissaient l'indemnisation des aléas thérapeutiques, la cour de Cassation l'avait exclu.
- Six personnes rappellent que ces seuils de gravité peuvent paraître élevés mais qu'il ne faut pas oublier qu'en contre partie il y a un « critères de rattrapage », qui est le critère du trouble particulièrement grave dans les conditions d'existence. Une personne dans cette même optique voit, dans la procédure de conciliation prévu par la loi et ouverte aux dossiers non recevable après expertise par les CRCI, une manière de palier à ce qui pourrait être considéré comme une injustice.
- Les membres de l'ONIAM ne voit aucun arbitraire dans le choix de ces seuils, contrairement à certains médecins et présidents de CRCI, qui même s'ils le justifient pour la plupart, ne se réserve pas le droit d'émettre des critiques : quatre médecins sont d'accord pour dire que ces seuils sont trop élevés. A ce sujet deux présidents rappellent que des seuils sont par définition arbitraires dans le sens qu'ils excluent forcément une partie de population en deçà du seuil. Par contre ce qui est arbitraire à leur sens (2/6) et à un médecin, ce sont les différences de traitement qui naîtront des interprétations hétérogènes. Il en est ainsi du critère des troubles particulièrement graves par exemple. En effet lors des entretiens nous avons pu constater que deux groupes d'interprétation se dessinaient. D'un côté les magistrats issus du judiciaire et

de l'autre ceux issus de l'administratif, chacun concédant une interprétation plus ou moins large de ce qu'ils entendaient et acceptaient sur ce critère. L'interprétation par contre du critère de l'ITT a posé plusieurs problèmes jusqu'il y a quelque mois. En effet deux interprétations étaient possibles, bien que les débats parlementaire aient déjà réglé la question. On pouvait soit inclure dans l'ITT les non travailleurs, comme il en est dans le civil, soit les en exclure et lié le critère de l'ITT au certificat de travail, excluant ainsi les non travailleurs (les personnes ne travaillant pas et n'étant pas au chômage), retraités et enfants. C'est cette dernière voie qui avait été le choix des débats parlementaires et qui finalement a été admis comme interprétation officielle.

Question 10		
Ces seuils minimums de gravité sont-ils réalistes face aux diverses problèmes que pose la consolidation et l'évaluation du dommage?		
Médecins (6)	Présidents CRCI (6)	Membres de l'ONIAM (3)
<p>NON 5</p> <p>« il y a des dommages corporelles qui ne consolident jamais et d'autre dommage corporel pour lesquels la date de consolidation est éminemment contestable et on l'a fixe parfois de manière complètement arbitraire et c'est ça peut être le sujet de beaucoup de contestations »¹</p> <p>« On devrait attendre la consolidation pour chiffrer l'IPP »¹</p> <p>« imparfaite car il y a beaucoup de subjectivité »¹</p> <p>« c'est l'éternel problème de la consolidation, et ce de même pour le judiciaire »¹</p> <p>« Personne n'est vraiment très clair pour savoir comment on rédige l'expertise... »(expertise pour CRCI)¹</p>	<p>PAS DE PROBLEME 6</p> <p>«Pas de problème grâce à l'offre provisionnelle</p>	<p>PAS DE PROBLEME 3</p> <p>«Pas de problème grâce à l'offre provisionnelle</p>
OUI 1		

A la question « Ces seuils minimum de gravité sont-ils réalistes face aux diverses problèmes que pose la consolidation et l'évaluation du dommage ? »

- On peut constater que les membres de l'ONIAM et les présidents des CRCI ne pensent pas qu'il y ait véritablement un problème grâce à l'offre provisionnelle que la loi garantit. En effet il est prévu que les dommages n'ayant pas, au moment de l'action atteint le seuil de gravité, mais qu'ils sont susceptibles de l'atteindre par la suite, font l'objet d'une offre provisionnelle. Celle-ci est susceptible d'être réévaluée par la suite, lors de la consolidation du dommage. Certaines personnes interrogées n'avaient pas vraiment pensé au problème et après explication de ma part ils ont répondu négativement à la question.
- Contrairement aux deux catégories mentionnées ci-dessus, cinq médecins ont relevé qu'il existait effectivement des problèmes liés à la consolidation et à l'évaluation du dommage. La plupart font mention du critère arbitraire de l'expertise. En effet, on leur demande de procéder à une évaluation mais celle-ci est très aléatoire du fait de l'absence de réglementation claire de la profession d'expert. La consolidation quant à elle est de fait arbitraire, car certains dommages ne consolident jamais, ou ils sont consolidés au moment de la mort (sida par exemple), ou encore il ne consolideront que très tardivement. Un médecin a mentionné le fait que l'action soit ouverte que pour les dommages ayant eu lieu après la date du 5 septembre 2001 allait poser des problèmes puisqu'elle prenait comme point de départ la date de consolidation. Que celle-ci étant aléatoire il y aurait forcément des injustices. Ce point est à relever mais nous le verrons dans la discussion il est faux. La date du 5 septembre 2001 correspond à la date de l'acte médical. Un médecin pense qu'il faudrait attendre la consolidation pour chiffrer le taux d'IPP, sinon ce serait une donnée scientifique aléatoire.

IV-2-5 Les déviances possibles du système d'indemnisation mis en place par la loi du 4 mars 2002

Question 7		
Cette logique de l'indemnisation de l'aléa ne risque-t-elle pas, selon vous, d'entraîner dans les pratiques un relâchement dans la lutte de certains risques évitables que l'on classerait pourtant comme aléa ?		
Médecins (6)	Présidents CRCI (6)	Membres de l'ONIAM (3)
OUI 0	OUI 2 <i>Il existe un risque</i> « Ca dépendra un peu de la politique de l'ONIAM. Si elle a une politique contentieuse et active, les établissements ne vont pas baisser la garde parce que leur compagnie d'assurance les talonneront »(2)	OUI 1 <i>Il existe un risque</i> « il faut pour éviter cela être exigeant avec les expertises. »
NON 6 <i>Il n'y a pas de risque</i> « C'est avoir peu de respect pour la déontologie médicale que de sous entendre une telle pensée » 1 « même si les procédures judiciaires sont une bonne motivation, elles ne dictent pas encore l'activité médicale et les médecins sont avant tout là pour soigner » 3 <i>Il y avait un risque mais -du fait de la loi</i> « cette loi augmenterait plutôt la vigilance des professionnels de santé » 1 « Je crois pas parce que globalement je pense pas qu'on va avoir une grosse diminution du contentieux en affaire médicale »(1)	NON 4 <i>Il y avait un risque mais -du fait de la loi</i> « L'indemnisation d'un dommage, c'est la meilleure manière de sensibiliser des professionnels à l'utilité de se prémunir contre la survenance de risques »(1) « Il y a une sanction qui reste et dans leurs esprits elle reste encore très présente »(1) <i>-du fait des seuils</i> « Mais heureusement la loi a prévu un seuil de gravité qui est difficilement atteint »(1) « [...] d'autant plus que la réparation que vont mettre en œuvre les CRCI c'est celle d'un pourcentage très faible d'infections nosocomiales.(3%) Donc ça reste encore assez marginal	NON 2 <i>Il y avait un risque mais -du fait de la loi</i> « Je pense pas qu'il y ait une perméabilité des fonds comme ça [...] on peut même dire le contraire. C'est à dire qu'à partir du moment où on indemnise [et] où ça coûte plus cher on fera plus d'effort pour développer la prévention. » 1

	par rapport au problème générale »(1)	
OUI NON		3/15 12/15
<i>Il n'y a pas de risque</i> (4) <i>Il y avait un risque mais</i> - <i>du fait de la loi</i> (5) - <i>du fait des seuils</i> (2) <i>ce risque n'est pas réalisable</i>		

A la question « Cette logique de l'indemnisation de l'aléa ne risque-t-elle pas, selon vous d'entraîner dans les pratiques un relâchement dans la lutte de certains risques que l'ont pourrait pourtant classer comme aléa ? »

- Trois personnes ont répondu positivement sur les quinze interrogées et douze négativement.
- Les trois personnes ayant répondu positivement, pensent que c'est un risque envisageable. Les deux présidents de CRCI pensent que la situation dépendra fortement de la politique, contentieuse ou non, de l'ONIAM. En effet, l'ONIAM prend en charge les dommages supérieurs à 25% d'IPP, liés aux infections nosocomiales, qu'il y ait une faute ou non de la part de l'établissement en cause. Ce n'est que d'une manière subrogatoire que l'ONIAM peut saisir les tribunaux et se retourner vers l'établissement en cause pour remboursement. Si l'ONIAM a une politique active les établissements de santé ne baisseront pas la garde, car ils ne sont pas à l'abri d'un procès. Un membre de l'ONIAM a répondu positivement aussi mais pour lui, c'est de la qualité de l'expertise que dépendra la banalisation de l'aléa. En effet c'est de l'expertise que l'on pourra convenablement définir s'il y a faute ou non, et donc s'il ya indemnisation au titre de la solidarité nationale ou non. Mais cette même personne relève que ce n'est pas un problème nouveau, qu'il existait en effet déjà dans le judiciaire.
- Douze personnes sur les quinze ont répondu globalement négativement à cette réponse. Mais il existe deux groupes, qui sont d'une part, des personnes qui pensent qu'il n'existe aucun risque, d'autre part ceux qui pensent qu'il existe un risque mais la loi va l'empêcher de se réaliser.

- Dans le premier cas quatre médecins sur six qui ont répondu par la négative, on eu une réaction assez forte quant à cette question, qu'ils ont vu comme une attaque faite à leur profession. Ils pense globalement qu'ils sont là pour soigner et que tout accident est un échec pour eux. Donc ce n'est pas du ressort de la loi que dépend le bon respect des règles mais bien plus de leur conscience professionnelle.
- Dans le second cas, les personnes interrogées pensent qu'il y avait effectivement un risque mais que celui-ci a été pris en compte par le législateur. Ce risque serait donc contré, pour cinq personnes par le dispositif même de la loi. La sanction reste car le dispositif ne se substitue pas au judiciaire et concerne tout aussi bien les cas de responsabilité pour faute que non fautive. Un membre de l'ONIAM pense que ce risque n'est pas possible du fait qu'il n'y a pas une perméabilité des fonds permettant de mettre l'argent de la prévention dans l'indemnisation des aléas thérapeutiques. Il pense même qu'il y aura un effet contraire. En effet, c'est depuis cette loi que la question de la gestion des risques devient un objectif prioritaire. C'était selon un président et un médecin, une manière même de sensibiliser les professionnels de santé et d'augmenter ainsi leur vigilance des professionnels. Deux des présidents interrogés pensent, quant à eux, que le risque n'est pas réalisable par l'instauration de seuils qui sont élevés. Ainsi la responsabilité pour faute n'a pas disparu et donc la gestion des risques reste un élément essentiel dans les pratiques.

Question 8		
Pensez-vous qu'en faisant le choix de seuils de gravité élevés, on rend l'indemnisation de l'aléa exceptionnelle et qu'ainsi on arriverait à une responsabilisation des professionnels de santé en matière de lutte contre les risques ?		
Médecins (6)	Présidents CRCI (6)	Membres de l'ONIAM (3)
NON 3 « quand on est dans un système indemnitaire il y a par définition un assureur de responsabilité et qu'au niveau des individus comme c'est pas eux qui supportent les	NON 1 « De toute manière lorsque les CRCI sont saisies, elles ne se désintéressent pas complètement de la faute puisqu'elle la recherche pour savoir qui va faire l'offre	NON 2 « l'aléa n est justement pas du ressort des professionnels de santé »2 « A tout moment, les voies du juridictionnelles sont

conséquences indemnitaires ça ne tant pas tellement à les responsabiliser »2 « les voies de recours traditionnelles sont toujours possibles »(1)	d'indemnisation. »	ouvertes. » 1
OUI 3	OUI 2 « C'est en grande partie l'ONIAM qui va déterminer la réponse. »(1) « C'est l'interprétation de ces seuils par les CRCI qui le déterminera » (1)	OUI 1 [ce qui pourrait être déresponsabilisant :] « tout tiendra de ce fait dans la qualité de l'expertise, parce qu'éventuellement une mauvaise analyse de l'expert pourrait entraîner des dérives. »
NON OUI SANS AVIS		6/15 6/15 3/15

A la question « Pensez-vous qu'en faisant le choix de seuils de gravité élevé, on rend l'indemnisation de l'aléa exceptionnelle et qu'ainsi on arriverait à une responsabilisation des professionnels de santé en matière de lutte contre les risques ? »

- Six personnes sur quinze ont répondu négativement à cette question. Trois d'entre eux pensent que cette responsabilisation est de toute façon maintenue du fait que les voies judiciaires restent ouvertes. Deux médecins ont relevé que ce n'était pas tant les seuils qui responsabilisaient ou déresponsabilisaient les professionnels de santé, mais le système assurantiel en soi. Les médecins dont la responsabilité est engagée ne paient pas directement, ce sont leurs assurances qui le font. Donc c'est en soi un système déresponsabilisant. Deux membres de l'ONIAM relèvent que par définition, l'aléa n'est justement pas du ressort des professionnels, qu'il existera toujours un risque et que les seuils soient élevés ou non ne changera rien à la responsabilisation des professionnels.
- Six personnes sur quinze pensent que le risque d'une déresponsabilisation existe mais que celle-ci dépendra, pour un président, de la politique contentieuse de l'ONIAM, pour un autre de l'interprétation qu'en fera les CRCI de ces seuils et pour un membre de l'ONIAM, ça dépendra de la qualité de l'expertise.
- Trois présidents n'ont pas émis d'avis.

Question 11		
<p>Pensez-vous que le système nouvellement instauré est adéquat pour mettre un terme aux dérives jurisprudentielles d'avant la loi du 4 mars 2002 ou ne risque t-on pas de retomber dans l' « ancien système » voir de créer une double voir triple jurisprudence hétérogène?</p>		
Médecins (6)	Présidents CRCI (6)	Membres de l'ONIAM (3)
RISQUE DE RETOUR VERS L'ANCIEN REGIME		
<p>OUI 4</p> <p>« A mon avis, les victimes dont le dossier ne sera pas recevable devant les CRCI auront toutes les raisons de s'adresser aux Tribunaux [...] »²</p> <p>« Parce qu'on a rien changé sur les modes de la preuve et les présomptions ne sont pas écartées hors la plus grosse partie de la jurisprudence qui avait un peu tordu les notions reposaient sur des notions de présomptions. Et je ne vois pas pourquoi les tribunaux n'en feraient plus usage »³</p> <p>« Tout dépendra des CRCI. Si les victimes ne sont pas satisfaites on retournera dans l'ancien système »¹</p>	<p>OUI 4</p>	<p>OUI 1</p>
	<p>NON 2</p> <p>« Il y a plutôt un apport [...] :c est la création du bloque de compétence et la fin de cette dualité »</p> <p>« [...] puisque le judiciaire n'indemnise pas l'aléa »</p>	<p>NON 2</p>
SANS AVIS 2		
Crédibilité du système dépend		
-des indemnisations des assureurs et de l' ONIAM (2)	-des indemnisations des assureurs et de l' ONIAM (2)	-des indemnisations des assureurs et de l' ONIAM (1)

- des CRCI (1)	-des expertises (3) - du respect des délais (2) -de moyen supplémentaire(1) -du juge (2)	- des expertises (3) - du juge (1)
DOUBLE VOIR TRIPLE JURISPRUDENCES		
OUI 2	OUI 2	OUI 2
NON 2 « Je ne pense pas que les CRCI ont un pouvoir de jurisprudence, dans le sens où les tribunaux n'ont pas à tenir compte des décisions des CRCI » ²	NON 3 « c'est peut être une harmonisation des jurisprudences judiciaires et administratives qui va s'en dégager »	NON 1 <i>Avis n'a pas le point de la décision de justice</i>
SANS AVIS 2	SANS AVIS 1	
RISQUE DE DECISIONS CONTRADICTOIRES		
NON 1	NON 5 <i>Avis n'a pas le point de la décision de justice</i> 5	NON 2 <i>Avis n'a pas le point de la décision de justice²</i> <i>Durée des procédures pas les mêmes donc cas de figure non envisageable.²</i>
OUI 3	OUI 1	OUI 0
SANS AVIS 2	SANS AVIS 0	SANS AVIS 1
Risque de retour vers l'ancien régime		
OUI NON SANS AVIS		9/15 4/15 2/15
Double voir triple jurisprudence		
OUI NON SANS AVIS		6/15 6/15 3/15

Risque de décisions contradictoires	
OUI	4/15
NON	8/15
SANS AVIS	3/15
La crédibilité du système dépend	
-des indemnisations des assureurs et de l' ONIAM	5/15
-des CRCI	1/15
-des expertises	6/15
-du respect des délais	2/15
-de moyen supplémentaire	1/15
-du juge	3/15

A la question « Pensez-vous que le système nouvellement instauré est adéquat pour mettre un terme aux dérives jurisprudentielles d'avant la loi du 4 mars 2002 ou ne risque-t-on pas de retomber dans « l'ancien système », voir de créer une double voir triple jurisprudence hétérogène ? »

- En ce qui concerne le risque d'un retour vers l'ancien régime, neuf personnes ont répondu par oui, quatre non et deux personnes n'ont pas émis d'avis.
- Quatre médecins ont répondu par l'affirmative. Trois d'entre eux pensent qu'en tout cas l'ancien régime demeurera pour tous les dossiers non recevables. Un médecin quant à lui pense qu'il y aura un retour vers l'ancien régime si les victimes ne sont pas satisfaites par les CRCI, les voies du juridique restant ouvertes. Dans le même cas de figure trois médecins rappellent que la loi n'a pas changé les modes de preuves et les présomptions d'avant tandis que la jurisprudence en question était fondée sur une interprétation large de la faute et des présomptions. Un membre de l'ONIAM relève que le système peut être grippé par l'écart qui s'accroît entre la réforme de l'expertise et la mise en place du système. Pour lui l'expertise est le pivot du système et la réforme exigée par la loi est une nécessité.
- Quatre personnes ont répondu négativement à cette question. Un membre de l'ONIAM relève que l'on va plutôt assister à un recalage des choses. Il explique que c'est d'un sentiment de justice et d'équité que les juges ont tiré la notion de faute, ce qui était, à l'époque, tout à fait défendable. Maintenant que les victimes d'aléas thérapeutiques sont indemnisées et que la loi rappelle l'exigence de la faute comme élément constitutif de la responsabilité, la jurisprudence va forcément changer. Un

président pense que cette loi va permettre de mettre un terme à la dualité juridique et va créer un bloc de compétence. Un autre président pense que ce risque n'est pas d'actualité puisque de toute façon le judiciaire n'indemnise pas l'aléa de toutes les manières ;

- En ce qui concerne le point de savoir si l'on va assister à la création d'une double voire triple jurisprudences, six personnes interrogées pensent que c'est effectivement un risque. Ils ont relevé qu'il existait déjà une hétérogénéité dans les avis des CRCI et ils sont d'accord qu'il faudrait une harmonisation des interprétations. Six personnes considèrent que ça ne risque pas d'arriver. Pour deux médecins et un président les tribunaux n'auront pas à tenir compte des décisions des CRCI. Un président a relevé le fait que cette loi va permettre de créer une harmonisation entre les juridictions. Trois personnes n'ont pas donné leurs avis.
- En ce qui concerne le risque d'avoir des décisions contradictoires, huit personnes ont répondu que ce n'était pas possible, du fait que les CRCI donnaient des avis et qu'ils n'avaient pas le point de la décision de justice pour les huit, et pour les deux membres de l'ONIAM, ce risque n'est pas réalisable principalement parce que les CRCI ont une procédure beaucoup plus courte et rapide que les juridictions donc qu'il est très improbable que ce cas de figure arrive. Trois médecins et un président pensent que ce risque existe. Trois personnes n'ont pas donné leurs avis.
- De tout ce qui a été lu au sujet de cette dernière question, six points ont pu être relevés en ce qui concernait le fait de savoir ce qui rendrait le système crédible dans le temps. Six points ont été relevés. Pour six personnes la crédibilité du système repose sur les expertises, pour cinq personnes, le système repose sur les indemnités des assureurs et de l'ONIAM, pour trois personnes, du juge, pour deux du respect des délais, pour une des CRCI et enfin pour une personne, de moyens supplémentaires.

V- Discussion

La loi du 4 mars 2002 a reconnu l'indemnisation des aléas thérapeutiques, en organisant un système de prise en charge des accidents médicaux. Cette législation vient en réponse à une forte demande sociale. C'était une demande complexe, composée de différents paramètres. Il fallait un système amiable et si possible au maximum déjudiciarisé.

V-1 La victoire de l'idéologie de l'indemnisation⁵⁹

V-1-1 La reconnaissance et l'indemnisation de l'aléa thérapeutique

Il ressort des entretiens que la plus forte demande portait sur l'indemnisation de l'aléa thérapeutique et sa reconnaissance. Ce sont des résultats qui viennent confirmer l'étude bibliographique préalable de ce travail. Il y avait en effet une forte demande sociale dans ce sens. La demande venait et des patients et du corps médical. Ni l'un ni l'autre n'étaient entièrement satisfaits face à une situation jurisprudentielle incertaine et inégalitaire.

La question de la légitimité sociale de l'indemnisation des aléas thérapeutiques est apparue quasi unanimement comme une évidence pour les personnes interrogées. Pour certains, une telle reconnaissance et un tel droit étaient une question de justice et de solidarité, pour d'autres ce droit répondait à une évolution sociale et la loi devait y répondre. Il existait en effet une injustice et une inégalité face aux victimes d'accidents médicaux fautifs et aux autres accidentés de la vie tels que ceux de la route. Le nier serait allé à l'encontre de ce que la société attendait et exigeait de ses institutions.

La loi ne vient en fait que cristalliser un mouvement de société et instaurer à qui la prise en charge du risque incombe. En effet, la jurisprudence d'alors reportait sur les professionnels de santé et les établissements de santé la prise en charge de ce risque au travers d'une interprétation extensive de la faute. La présomption et l'obligation de sécurité dans les moyens utilisés tendait à la reconnaissance d'une indemnisation de l'aléa thérapeutique. Celle-ci se faisait à la charge des professionnels de santé et des établissements de santé, ce qui était une situation intenable. Il fallait donc un débat social qui nécessitait une réflexion sur la

⁵⁹ Lamar M.-J., « Aléa thérapeutique : vers une meilleure réparation », *Médecine et Droit*, n°54, 2002, p. 7-14

nature et l'étendue de la réparation et surtout la détermination sur qui faire peser la charge de cette réparation. et une loi qui mette un terme à ce mouvement jurisprudentiel.

V-1-2 Le risque de déresponsabiliser

Une des grandes critiques et peurs qui étaient apparues lors des débats parlementaires était qu'en favorisant une indemnisation systématique des accidents médicaux on aille vers une déresponsabilisation des professionnels de santé et des établissements de santé dans la lutte contre les risques. Ce qui relève cette crainte de la déresponsabilisation, c'est une banalisation de l'indemnisation des accidents médicaux. L'indemnisation par la solidarité nationale doit rester celle des aléas thérapeutiques, la responsabilité pour faute étant maintenue. Il ne faudrait pas que ce système tombe dans une prise en charge large de la solidarité nationale des accidents médicaux. Ce choix relève de l'éthique de la responsabilité et par respect à cette idée la distinction entre la faute et l'aléa doit être claire. La pratique médicale doit rester responsable et ne pas voir dans la prise en charge par la solidarité nationale une protection sans limite dans leur pratique. Il en va de la relation médecin patient, qui est et qui doit rester une relation de confiance. Cette relation dépend de la prise de responsabilité de chacun. Les nouveaux droits des patients, octroyés et réaffirmés par la loi du 4 mars 2002 sont loin d'être négatifs mais il faut veiller à ce que la nouvelle responsabilité des patients dans la relation ne désengage pas les parties avec le risque de tendre vers une relation consumériste⁶⁰. Tout dépendra alors de l'interprétation qui sera faite de la faute et de l'aléa et surtout de l'expertise qui en sera faite. Trois personnes interrogées pensent que c'est un risque envisageable. Celui-ci dépendra très largement, selon eux, de la politique contentieuse de l'ONIAM. Celui-ci peut en effet refuser d'indemniser et se pourvoir devant les juridictions. Selon cette logique, si l'ONIAM a une politique contentieuse, le risque d'une déresponsabilisation est limité, puisque les établissements de santé et les professionnels de santé ne seront pas à l'abri d'une procédure judiciaire. Un membre de l'ONIAM a fortement insisté sur le fait que tout dépendra de la qualité de l'expertise. C'est de là que pourra venir une banalisation de l'aléa et donc une extension de la prise en charge par la solidarité nationale de dommages qui n'en seront pas. Ce problème n'est pas nouveau puisque qu'il existe déjà dans le judiciaire.

Les autres personnes interrogées n'ayant pas admis ce risque, pensent qu'effectivement le risque existait mais que les mécanismes instaurés par la loi vont pouvoir l'éviter. Ils relèvent

⁶⁰ Moutel G., « Le consentement dans les pratiques de soins et de recherche en médecine, entre idéalisme et réalité clinique », L'Harmattan, 2003, p. 30ss. ; voir aussi la préface du Pr. C. Hervé.

que la sanction reste car le dispositif ne se substitue pas au judiciaire et concerne tout aussi bien les cas de responsabilité pour faute que les cas où il n'y a pas faute. La responsabilité pour faute n'a pas disparu comme le souhaitait le législateur et donc la gestion des risques reste au centre des pratiques.

C'est, selon un président, un médecin et un membre de l'ONIAM une manière de sensibiliser les professionnels de santé et d'augmenter ainsi la vigilance des professionnels. Selon eux, c'est surtout depuis cette loi que la question de la gestion des risques devient un objectif prioritaire. Deux des présidents interrogés pensent, quant à eux, que le risque d'une déresponsabilisation n'est pas réalisable par l'instauration de seuils qui sont élevés. Selon eux, ces seuils de gravité rendent l'indemnisation de l'aléa exceptionnelle et que donc il existe toujours une sanction. Deux membres de l'ONIAM relèvent que par définition, l'aléa n'est justement pas du ressort des professionnels, qu'il existera toujours un risque et donc, que les seuils soient élevés ou non ne changera rien à la responsabilisation des professionnels.

V-1-3 Une indemnisation des aléas thérapeutiques limitée aux dommages graves

Les seuils de gravité ouvrant le droit à l'indemnisation de l'aléa ont fait l'objet de plusieurs critiques dans la littérature spécialisée mais aussi dans les entretiens menés dans le cadre de ce travail. Ces seuils sont estimés par les médecins interrogés comme trop élevés.

C'est un choix qui s'explique principalement pour des raisons politiques et budgétaires comme l'ont relevé douze des personnes interrogées. Il fallait faire un choix entre indemniser toutes les victimes ou seulement celles qui sont les plus gravement touchées, entre une indemnisation forfaitaire ou intégrale. Dans le premier cas le champ des personnes indemnisées aurait été bien plus large qu'il ne l'est actuellement. Dans le second cas, on reste dans le principe d'une indemnisation intégrale du préjudice. Sachant que ce sont les dommages les plus graves qui représentent financièrement le poids le plus lourd, le champ des personnes ne peut être que réduit qu'au vu de la situation budgétaire.

Cinq des personnes interrogées pensent qu'il est essentiel que soient indemnisées les personnes les plus gravement touchées par la solidarité nationale, car ce sont leurs cas qui touchent le plus à l'équité. Une indemnisation par la solidarité nationale implique que ce sont les cas les plus graves et les plus injustes qui doivent être pris en charge. La solidarité nationale ne doit pas être là pour répondre à l'ensemble des accidents de la vie. Lors des débats parlementaires, le Ministre de la Santé de l'époque B. Kouchner, relevait que ces seuils étaient aussi une nécessité pour éviter que le système ne coule parce que submergé. D'autant

plus que le droit à l'indemnisation de l'aléa reste invoquable devant les tribunaux. En dehors de tous les arguments financiers c'est une question politique et éthique qui se pose.

V-1-4 Un manque d'harmonisation de l'interprétation des seuils de gravité porteur d'inégalité

Ces seuils sont fondés sur les mêmes seuils que ceux au civil, utilisés pour évaluer le préjudice⁶¹. Il y a toujours l'IPP, l'incapacité permanente partielle. C'est une mesure permettant de mesurer les atteintes fonctionnelles à l'intégrité corporelle des individus. La loi fixe le taux à 24%. C'est un taux qui est largement inférieur à celui mis par la jurisprudence Bianci. La détermination du taux est purement objectif et suit ceux du concours médical⁶².

Le deuxième taux est l'incapacité temporaire de travail. C'est un taux qui a fait l'objet de nombreuses critiques auprès des médecins interrogés et de divergences d'interprétations entre les présidents. En effet, la définition classique qui en est faite est l'impossibilité transitoire dans laquelle se trouve la victime d'exercer son métier et d'en retirer profits et gains. Cette définition ne pose pas de problème quand le blessé exerce une activité professionnelle. Dans ce cas, la durée d'incapacité est confondue avec l'arrêt de travail. La jurisprudence civile, dans une idée d'égalité et de justice, a étendu cette notion au non travailleur. L'ITT se calcule alors en fonction de ce que la personne pouvait faire avant son accident, dans ses activités de tous les jours (travail scolaire pour les enfants, travail ménager pour les adultes au foyer...). Les débats parlementaires ont voulu que l'on fasse une interprétation stricte de la notion d'ITT dans le cadre de la loi du 4 mars 2002. Cette interprétation a été confirmée par la suite face aux divergences d'opinions des présidents, qui on le voyait bien dans les entretiens, restaient fidèles à leur école de droit : les magistrats du civil adoptaient une interprétation large contrairement aux magistrats de l'administratif. Les premiers voyaient dans une interprétation stricte de la notion d'ITT une inégalité face aux non-travailleurs. En réponse à cette critique, les administratifs et les membres de l'ONIAM rappelaient que la notion d'ITT n'était pas la seule et qu'une interprétation stricte avait été souhaitée puisque, lors des débats parlementaires, sur la demande insistante des associations de patients présents, il a été intégré le quatrième critère, des troubles particulièrement graves, y compris dans les conditions d'existence de la victime. Ce dernier critère permettait d'intégrer les personnes exclues au niveau de l'ITT. Mais il faut rappeler que ce critère n'est à utiliser qu'exceptionnellement.

⁶¹ Lopez G., Portelli S., Clément S., « Les droits des victimes », éd. Dalloz, 2003, p.142ss.

⁶² « Barème indicatif d'évaluation des taux d'incapacité en droit commun », Le Concours médical, 2001

Doit-on donc l'entendre comme un critère de rattrapage pour les non travailleurs ou ne l'utiliser qu'exceptionnellement ? C'est un critère qui est éminemment subjectif et qui fait déjà l'objet de grandes divergences entre les CRCI. Comme le souligne un des présidents c'est à ce niveau que se situe l'arbitraire de ces seuils.

Le dernier critère, à n'utiliser qu'exceptionnellement aussi est celui de la déclaration d'inaptitude définitive à exercer l'activité professionnelle que la victime exerçait avant l'accident médical, l'affection iatrogène ou l'infection nosocomiale. On constate, qu'en fait, le législateur n'a fait que diviser en trois le critère civil d'ITT et d'ITP. Est-ce qu'il n'a voulu que réaffirmer les principes civils ou en faire une application autonome et beaucoup plus stricte ? C'est à la pratique que nous le verrons. Mais ce qu'on peut déjà constater c'est qu'il existe des divergences entre les CRCI déjà à ce niveau.

La loi instaure pourtant dans le sens d'une harmonisation, un mécanisme unifié au travers de la création d'un guichet unique (art. L.1142-1) et l'instauration d'un barème d'évaluation des dommages (art. D.1142-2). Les CRCI ne rendent que des avis. Ces avis n'auront d'intérêt que s'ils sont suivis par les juridictions suprêmes, la Cour de Cassation et le Conseil d'Etat. Ce sont par leurs décisions, au travers de recours menés contre les avis des CRCI, que l'on pourra voir s'il y a effectivement une influence et une évolution dans le sens voulu par la loi. Selon certains, les instances suprêmes feront fi de la jurisprudence des CRCI, n'étant en aucun cas tenues de les suivre. Et les divergences perdureront. Elles seront d'un ordre différent, puisque la loi s'applique tout autant au CRCI qu'aux instances judiciaires, mais rien ne permet de dire déjà qu'il y aura harmonisation. Un président voit dans cette loi la possibilité certaine d'une telle unification. On ne peut rien dire en l'état actuel des choses. Ce n'est que dans le temps et dans la pratique que nous pourrons évaluer l'impact de cette volonté sur les décisions de justice.

On assiste donc à une hétérogénéité des interprétations en ce qui concerne les seuils de recevabilité et de gravité. L'ONIAM, remplaçant là la CNAM, tente actuellement d'unifier l'activité des CRCI. Mais c'est une tâche difficile, d'autant plus que l'ONIAM peut être une partie potentielle des actions. Plusieurs présidents et un membre de l'ONIAM relèvent que cette hétérogénéité laisse percevoir les appartenances des magistrats, à la tête des CRCI, des deux ordres. Deux blocs au sein même des CRCI se sont créés, autour de la jurisprudence administrative d'un côté et judiciaire de l'autre.

V-2 La procédure de règlement amiable comme alternative au contentieux juridique

V-2-1 Une alternative limitée aux dommages graves

Les seuils de gravité dont il est question dans le chapitre IV de la loi du 4 mars 2002 ont un rôle de sélection des dossiers à l'entrée du système. Seuls les dommages graves pourront donc avoir accès au système de règlement amiable et de conciliation.

D'un point de vue éthique on peut se demander pourquoi les procédures de règlement amiable et de conciliation ne sont ouvertes qu'aux dossiers ayant été jugés recevables avant expertise par les CRCI. Les autres dossiers, sont rejetés pour des problèmes de seuils a priori non atteints. Le système exclut donc de ses procédures près de 90% des victimes d'accidents médicaux⁶³.

Les victimes d'aléa thérapeutique, ayant un dommage inférieur aux seuils de gravité ne seront donc en aucun cas indemnisable et l'accès à ces procédures de règlement amiable et de conciliation ne leur sont de toutes les façons d'aucune utilité. Le problème se pose pour les victimes d'accidents médicaux fautifs dont le dommage est inférieur au seuils de gravité. Elles sont d'office exclues du système et donc n'ont aucun moyen, autre que judiciaire, pour faire valoir leur droit. Pour l'instant les instances de conciliation au sein des hôpitaux existent encore en pratique bien qu'elles n'aient plus d'existence légale. Mais qu'en sera-t-il lorsqu'elles seront détruites ? Ces personnes qui ne veulent pas engager une procédure judiciaire, parce que les conclusions sont incertaines, les procédures longues et coûteuses, sont exclues d'office d'une chance de règlement amiable. On a voulu donner une nouvelle voie aux victimes d'accidents médicaux graves mais on en a exclu les victimes d'accidents « non grave ». On a donc décalé l'inégalité préexistante entre victimes d'accidents médicaux fautifs et non fautifs, vers une inégalité entre victimes d'accidents graves et « non-grave ».

En parallèle à la volonté de trouver une alternative aux contentieux juridiques il fallait trouver un moyen de désengorger le système judiciaire. Par le choix de n'admettre dans le système des CRCI que les dommages les plus lourds on laisse à la justice les dossiers les moins graves

⁶³ Penneau M., « Conciliation : 90% des victimes d'accidents médicaux hors du champ d'application de cette procédure », in *Le Courrier de l'éthique médicale*, n° 3, vol.2, 2002, p.51

mais aussi les plus nombreux. Un choix qui est d'autant plus criticable, comme le signale un des médecins interrogés, du fait que les dommages les plus graves sont des dossiers lourds et complexes, qui nécessiteraient plus qu'une procédure expéditive et sans appel, pris par une assemblée pluridisciplinaire, n'ayant pas forcément les connaissances médicales et juridiques suffisantes. On voit concrètement qu'il y a une certaine contradiction entre le choix du système et la volonté de désengorger le système judiciaire. Celui-ci va rester submerger par tous ces « petits dommages ». C'est une procédure de règlement amiable qui exclu les dommages les plus petits tandis qu'en pratique ce sont ces dommages qui sont plus faciles à régler à l'amiable !⁶⁴

V-2-2 Le règlement amiable pour une indemnisation rapide et facilitée

L'autre objectif d'une loi sur l'indemnisation devait répondre à la volonté de s'occuper des victimes d'une manière rapide et faciliter leurs démarches dans ce sens. On reconnaît cette volonté chez les personnes que nous avons pu interroger. C'est une volonté qui se dessine très clairement dans les attentes de voir une indemnisation plus rapide et éviter de passer par le judiciaire. La solution d'un règlement amiable, comme solution, était déjà largement amorcé depuis près d'une vingtaine d'année. Un mouvement qui a été intégré dans la construction des CRCI. La justice avait en effet montré ses limites par des procédures longues et couteuses et la voie du règlement amiable permettait de satisfaire rapidement les parties en cause

Un système qui se veut facile d'accès et gratuit a donc été mis en place. La loi a voulu y répondre en instaurant une procédure courte, ne dépassant pas au maximum un an. Pour ce faire elle a créé en parallèle du système judiciaire des instances indépendantes (Les CRCI, CNAM et l'ONIAM). Ce sont des organismes qui ne se consacrent qu'aux dommages d'accidents médicaux. Ils ne se substituent pas au judiciaire mais offrent une alternative, le juge pouvant être à tout moment saisi, du moment que le protocole d'acceptation de l'offre n'a pas été signé. On peut relever, comme le signale certains présidents, que les délais risquent de ne pas être tenu à long terme, du fait, principalement, d'un manque de moyen.

Il faudra attendre de voir si les CRCI vont permettre de réellement prendre en charge la partie des contentieux médicaux qui leur était destinée. Pour cinq personnes interrogées, cela dépendra des indemnisations de l'ONIAM et des assurances dans la procédure de règlement amiable. Les victimes qui n'en seront pas satisfaites retourneront vers le judiciaire.

⁶⁴ Intervention de M.P.Fauchon, séance au Sénat du 6 février 2002

Par la création d'un guichet unique et d'une procédure simplifiée pour déposer les dossiers le législateur a voulu faciliter l'accès du système aux victimes. Comme le relève un président et un membre de l'ONIAM ça a permis à des gens qui n'auraient pas osé faire une action en justice de tenter leur chance auprès des CRCI.

C'est un accès aussi facilité par le caractère gratuit de la procédure. Les requérants n'ont aucune obligation de se faire accompagner par un avocat, puisque la procédure devrait suffire à les encadrer.

Il a été noté par huit personnes interrogées qu'il en découle un net manque d'accompagnement des victimes. En effet, les victimes ne viennent pas accompagnées par un avocat mais par contre, et pour l'instant la pratique l'a confirmé, les personnes et établissements avec leurs assureurs viennent représentés par un avocat lors des expertises. Il a été relevé qu'il était dès lors très difficile pour une personne de pouvoir faire elle-même la contre-expertise. Certains présidents ont souligné le fait qu'il leur était demandé de faire eux-mêmes cet accompagnement, mais que concrètement ils n'avaient ni les moyens, ni le temps de le faire. Pour l'un d'entre eux il serait même contraire d'aider les victimes, puisqu'il estime que les CRCI doivent rester impartiaux et qu'il serait contraire à ce principe que de prendre partie en aidant les victimes. Deux personnes de l'ONIAM relèvent qu'initialement ce rôle d'accompagnement aurait dû être joué par les associations de patients, qui sont clairement intégrés au fonctionnement des CRCI. Pour l'instant elles ne tiennent pas le rôle qui était attendu d'elles et c'est un point très important. En effet ce système doit aider les victimes non seulement à se faire indemniser mais aussi à être soutenue dans leurs démarches. Il est bien entendu que les CRCI ne doivent pas être un tribunal parallèle, mais bien un lieu de résolution des contentieux médicaux.

V-2-3 L'échec de la procédure de conciliation

Autant une personne interrogée a relevé l'avantage que cette voie offrait, autant deux membres de l'ONIAM et le rapport d'activité rappellent, que ce qui en théorie aurait pu être un avantage, est en réalité inefficace, en tout cas en l'état actuel des choses.

Dans le cadre des CRCI, on ne peut que constater l'échec de la conciliation amiable⁶⁵. En effet le rapport d'activité de l'ONIAM 2002-2003 et ses membres interrogés, relèvent que les CRCI n'ont été saisis que de 36 demandes de conciliation durant cette période. Ils relèvent trois explications à cet échec. Premièrement, il relève que la conciliation ne peut se faire sans la présence de l'assureur qui finance. Mais ce dernier, en pratique, refuse d'y participer. Il n'a en effet aucun intérêt à négocier sur un terrain qui n'est pas le sien comme l'explique un des membres de l'ONIAM. S'il veut proposer une conciliation il va le faire de lui-même dans l'optique de la menace du procès. Deuxièmement les commissions de conciliations des hôpitaux, bien qu'elles n'ont plus d'existence légale continuent de fonctionner. Troisièmement les présidents des CRCI ont beaucoup de mal à trouver des médiateurs. La procédure étant gratuite, la rémunération des médiateurs n'est pas très attractive comme le soulève un membre de l'ONIAM. Mais cette question n'est qu'un détail, puisque de toutes façons le système en soi de la conciliation prévu par la loi semble bancal.

V-3 Minimiser le recours à la faute en recadrant la responsabilité médicale

V-3-1 Un manque de définition de la faute et de l'aléa

La loi vise aussi à recadrer la responsabilité médicale autour de la faute « caractérisée ». L'objectif était de mettre un terme à toutes les extensions d'interprétation qu'avait connu la jurisprudence de ces dernières années en vue de l'indemnisation des accidents médicaux. Mais loin de clarifier les choses, la loi n'explique pas ce qu'on peut entendre par une « faute caractérisée ». Peut-on y inclure la maladresse, l'erreur ? Doit-on se fonder sur une des quelconques jurisprudences pour la définir ? La notion de faute est bien plus complexe qu'il n'y paraît et elle est l'élément constitutif de la responsabilité médicale. De la faute se définit aussi l'aléa thérapeutique. La loi n'apporte aucune clarification et on peut constater dans les entretiens une certaine hétérogénéité des définitions données. A cette occasion, l'aléa thérapeutique a été rattachée soit à la réalisation d'un risque et la survenue d'un accident soit à la notion de faute. Les notions de réalisation d'un risque et celle d'accident sont souvent liées. En effet, l'accident est ce qui est imprévisible et la réalisation du risque est par définition tout aussi imprévisible. Les médecins interrogés, se rattachent à ce concept de

⁶⁵ Rapport d'activité 2002-2003 de l'ONIAM, disponible sur internet, www.oniam.fr

réalisation du risque et d'accident, au travers de la définition de l'arrêt Bianci ou d'expression tel que le « pépin » ou le « pas de chance ». Les autres font de l'aléa ce qui n'est pas fautif.

De la définition de l'aléa thérapeutique, dépendra l'étendue de la prise en charge par la solidarité nationale et la responsabilité médicale. C'est la distinction entre faute et aléa qui reste incertaine. Une distinction qui était déjà incertaine et floue avant la loi du 4 mars 2002. De cette distinction pourra dépendre l'efficacité du système des CRCI. Comme le relève trois médecins interrogés, les voix du judiciaires restent ouvertes, et comme on a rien changé sur les modes de la preuve et les présomptions, les tribunaux ne sont pas tenus à une autre interprétation que celle qui était la leur à l'époque. Par contre, comme le relève un membre de l'ONIAM, les tribunaux devront être influencés par ce nouveau droit de l'indemnisation de l'aléa puisqu'il fait partie désormais du droit. En effet, l'ONIAM peut être saisie en tant que partie autant devant les CRCI que devant le juge. Un président, quant à lui, pense que les CRCI ne seront pas créateur de jurisprudence. Le système n'est qu'une alternative au règlement juridique. Pour un membre de l'ONIAM et certains présidents, c'est une troisième voie qui permettra de recadrer les choses. Sans qu'il y ait une réelle influence, puisqu'il faut le rappeler la décision de justice l'emporte sur l'avis des CRCI. Mais il y aura forcément un impact. Pour le connaître il faudra attendre de voir les premières décisions

La dualité entre judiciaire et administratif était, comme nous l'avons relevé lors de l'étude bibliographique, porteuse de nombreuses inégalités et avait pour conséquence une instabilité pour les patients et le corps médical dans leur recours et leurs pratiques. Conscient de cette diversité d'interprétation, le législateur visait par cette loi une harmonisation des concepts en responsabilité médicale, permettant de mettre un terme aux dualités de concepts existants entre le judiciaire et l'administratif. Mais il a omis de préciser dans quel sens devait être harmonisés ces concepts entre les trois acteurs qui sont le judiciaire, l'administratif et les CRCI.

Au-delà de ces soucis théoriques, on se rend vite compte en parlant avec des médecins que la distinction entre faute et aléa est en fait bien plus complexe d'un point de vue pratique. Et elle l'est encore plus du point de vue de l'expertise. A ce stade de la réflexion on voit déjà le rôle essentiel que devra jouer l'expertise dans le système des CRCI et la nécessité d'une certaine harmonisation des outils de mesures. C'est de l'expertise que des dossiers seront admis ou

rejetés, admis dans la procédure de règlement amiable, ou indemnisé par la solidarité nationale.

V-3-2 Un recadrage dépendant de l'expertise et de sa réforme

Conscient de ce problème de l'expertise, le législateur a prévu une réglementation de l'expertise. L'expertise est une section médicale qui n'est pas réglementée ou en tout cas que d'une manière trop succincte. C'est pourtant une activité essentielle dans le cadre de la responsabilité médicale. L'expertise et le médecin légiste sont le lien, le traducteur, entre la médecine et le droit. C'est un interprète des données scientifiques, qui serviront au juge à estimer le dommage et à en déduire s'il y a une faute ou non. Même si le juge et les CRCI ne sont pas liées par l'expertise, elle joue tout de même un rôle central dans les décisions et les avis. La principale critique faite à l'expertise est son manque d'indépendance et sa qualité plus qu'hétérogène. En ce qui concerne le problème de l'indépendance, plusieurs cas de figures en font douter. En effet, l'expert pouvait appartenir au même groupe hospitalier concerné par le sinistre, ou être le médecin-conseil d'une assurance ou encore il peut ne pas être dans la même « école de pensée » que le médecin mis en cause ou encore que la spécialité du médecin en cause est celle d'un petit nombre et qu'ils sont donc forcés de se connaître⁶⁶. Sa réforme apparaît comme une nécessité aujourd'hui et est d'ailleurs en cours de débat⁶⁷.

Il a donc été créé une nouvelle catégorie d'expert, i.e. l'expert en accidents médicaux. En réponse au manque d'indépendance, la loi prévoit que l'expertise soit collégiale. Une obligation susceptible de dérogation exceptionnelle. En réponse à la qualité de l'expertise la loi a prévu une formation initiale et continue du métier d'expert. Les experts ainsi formés seront inscrits dans une liste nationale, établie et tenue par la CNAM. Ces derniers seront sélectionnés et suivront une formation spécifique et continue. C'est un élément essentiel de la réforme puisque rien n'est pour l'instant prévu, en tout cas au niveau national, pour la profession d'expert.

Autant d'engagements nécessaires et a priori adéquats mais qui en pratique sont décevants, puisque que nous sommes deux ans après l'adoption de cette loi, que l'activité des CRCI et de

⁶⁶ Esper C., « La commission nationale des accidents médicaux », in *Manuel des commissions régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales* », Sous la direction de G. Mementau, Les Etudes Hospitalières, 2004, p.141

⁶⁷ Voir à ce sujet le Rapport au Premier Ministre sur la médecine légale de O. Jardé

l'ONIAM est déjà en plein régime et que cette liste n'est toujours pas faite. En effet, selon le rapport d'activité de l'ONIAM, quatorze CRCI sur les vingt-deux, ont pu fonctionner en 2003. Ces Commissions ont enregistré 1907 demandes d'indemnisation et l'ONIAM évalue à 300, le nombre moyen de dossiers arrivant chaque mois aux CRCI⁶⁸.

Comme le relève un membre de l'ONIAM, plus le retard s'accroît entre l'activité des CRCI et la constitution de cette liste et plus le système sera mal jugé. En effet les critiques faites à l'expertise du juridique se reproduisent dans le système des CRCI.

Un médecin pense que cette réforme est une très bonne idée. La plupart de ses collègues et certains présidents sont d'accord avec le principe mais pensent que c'est complètement irréaliste dans l'état actuel des choses. En effet, il est déjà difficile de trouver des experts, comme le soulignent certains présidents et ce sont les mêmes que dans le judiciaire. D'ailleurs actuellement les présidents font appel à ces experts du judiciaire en attendant la liste des experts de la CNAM. Ils ont une surcharge de travail. L'idée du collège d'experts, est en théorie une très bonne idée, mais trouver autant d'experts pour un dossier est assez illusoire au vu de la situation de la profession. Comme le relève aussi un membre de l'ONIAM, le retard de la réforme ne cesse de croître par rapport à l'activité des CRCI, et comme nous l'avons déjà relevé, l'expertise est un pilier. Pour plus de la moitié des personnes interrogées, la crédibilité et la pérennisation du système dépendront des expertises.

On peut relever ici une nuance à l'impact des expertises dans le domaine du judiciaire et dans celui des CRCI. En effet le juge est le seul à estimer un dommage et la responsabilité civile de quelqu'un. Il n'a comme seul outil que l'expertise et le médecin légiste qui lui explique les connaissances qu'il ne peut avoir. Dans les CRCI, et plusieurs médecins l'ont relevé, les expertises sont discutées et critiquées d'autant plus aisément que les CRCI sont composées de médecins. C'est un des grands avantages des commissions pluridisciplinaires. C'est aussi un moyen de redonner la parole à la médecine et de recadrer le droit dans la pratique médicale.

La réforme de l'expertise dans son ensemble est une nécessité. Pour l'instant la loi du 4 mars 2002 n'a prévu qu'une réforme partielle, se limitant aux accidents médicaux et plus précisément dans le cadre de l'activité des CRCI. Le premier problème éthique est que cette réforme s'applique uniquement à l'expertise dans le système des CRCI. Pourquoi faut-il

⁶⁸ Rapport d'activité 2002-2003 de l'ONIAM, disponible sur internet, www.oniam.fr

toujours fragmenter les réglementations en instaurant à chaque fois des noyaux autonomes, qui incluent autant de risques d'inégalités de traitements entre individus. On me répondra que les situations ne sont pas les mêmes et que des réglementations doivent être spécifiques. Et c'est vrai, mais ne peut-on pas instaurer de grands principes, applicables à tous, en laissant une marge de manœuvre pour chaque activité. Deuxièmement on peut se demander pourquoi au lieu de parfaire la liste nationale d'experts instituée par la Cour de Cassation et les cours d'appels⁶⁹, le législateur a préféré en créer une nouvelle ? Une nouvelle liste qui ne pourra pas être très différente des juridictions civiles car les experts ne sont pas si nombreux que ça et sont presque tous inscrits dessus.

⁶⁹ La liste nationale des experts est prévue par l'art. 2 de la loi n°71-498, qui prévoit qu'« *il est établi chaque année, pour l'information des juges, une liste nationale, dressée par le bureau de la Cour de Cassation et une liste, dressée par chaque cour d'appel, des experts en matière civile* »

IV- Conclusion

La loi du 4 mars 2002, en instituant le système des CRCI a voulu résoudre beaucoup de problème en une solution. On remarque par la complexité du débat que le législateur s'est trouvé à faire un système qui devait combiner de multiples intérêts qui sont pour la plupart contradictoires. En construisant le système des CRCI, il a voulu combiner d'un côté le règlement amiable des litiges médicaux, en vue de désengorger le judiciaire et d'offrir une voie plus rapide et de l'autre l'indemnisation de l'aléa thérapeutique. Il en ressort un système complexe où chaque partie implique une multitude de paramètres et de conséquences. Ce n'est que par le temps que l'on pourra voir s'il apporte une véritable solution à la question de la responsabilité médicale. Il faut lui laisser le temps de se mettre en place, de se cadrer dans un contexte encore incertain.

Ce travail s'est limité à trois points, en rapport avec la problématique initiale, dans l'analyse de ce système :

Le système des CRCI, voulait tout d'abord mettre un terme à une jurisprudence qui tendait à mettre à la charge du médecin et de son assurance, l'accident médical non fautif, au travers d'une interprétation extensive de la faute. Le législateur a donc voulu recadrer la responsabilité médicale sur la faute. Malheureusement il n'a pas indiqué dans quelle sens il fallait interpréter la faute. Sans une distinction claire entre la faute et l'aléa, il n'y aura aucune évolution dans la responsabilité médicale et le système n'aura pas permis de donner une réponse satisfaisante à la prise en charge du risque. C'est là un point essentiel que les acteurs du système devront éclaircir.

Deuxièmement, on a voulu limiter l'indemnisation des accidents médicaux non fautifs aux dommages les plus graves. C'est un choix de société qui s'explique principalement pour des raisons politiques et budgétaires. Rien ne nous permet d'affirmer, par ailleurs, que le législateur n'élargira pas cette prise en charge en réduisant les seuils de gravité. D'un point de vue éthique c'était aussi un moyen de ne pas déresponsabiliser complètement les acteurs de la société. La solidarité nationale est là pour combler des injustices mais ne doit pas répondre à l'ensemble des désagréments de la vie. Ce qui risque de poser un problème, c'est le manque d'harmonisation quant à l'interprétation des seuils de gravité. C'est un élément qui serait

générateur d'injustices et d'inégalités. C'est là un point important quant à l'adéquation de ce système, qui fait, d'ailleurs, déjà l'objet de discussion entre les acteurs du système.

Troisièmement, seuls les dommages les plus graves bénéficient des procédures de règlement amiable et de conciliation, excluant ainsi les victimes de « petits dommages ». C'est un choix que l'on ne comprend pas très bien puisque la procédure de règlement amiable, instaurée par la loi du 4 mars 2002 voulait permettre de déjudiciariser les relations médecin patient et donner accès à un règlement plus rapide et facile aux victimes d'accidents médicaux. Les victimes de petits dommages n'auront alors que la voie juridique pour faire valoir leurs droits. C'est une exclusion que l'on ne comprend pas d'autant plus que le législateur, en créant le système des CRCI voulait par la même occasion désengorger les voies juridiques, et se sont les petits dommages, qui sont les plus nombreux ! On a donc décalé l'inégalité préexistante entre victimes d'accidents médicaux fautifs et non fautifs, vers une inégalité entre victimes d'accidents graves et « non-grave ».

Pour conclure, on peut prendre ce régime comme une solution ou comme une alternative. Une alternative aux contentieux juridiques qui n'est malheureusement ouverte qu'aux victimes de dommages graves. C'est dans le temps que se dessinera l'impacte réel de ce système sur la responsabilité médicale. Mais en l'état actuel des choses on peut déjà présager que le système mis en place par la loi du 4 mars 2002 sera plus une alternative qu'une solution en soi.

BIBLIOGRAPHIE

- 1 Loi n°2002-303, 4 mars 2002, relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé
- 2 P. Jourdain, “L’évolution de la jurisprudence judiciaire et de l’indemnisation des accidents médicaux” in “L’indemnisation des accidents médicaux”, Acte du colloque du 24 avril 1997, sous la direction de G.Viney, L.G.D.J, 1997, p.21ss.
- 3 R. Saury, “ Le point de vue du médecin sur l’indemnisation des accidents médicaux” in “L’indemnisation des accidents médicaux”, Acte du colloque du 24 avril 1997, sous la direction de G.Viney, L.G.D.J, 1997, p.91ss
- 4 P. Jourdain, “L’évolution de la jurisprudence judiciaire et de l’indemnisation des accidents médicaux” in “L’indemnisation des accidents médicaux”, Acte du colloque du 24 avril 1997, sous la direction de G.Viney, L.G.D.J, 1997, p.25
- 5 A. Zeidenberg, mémoire de maîtrise, Laboratoire d’éthique médicale, de santé publique et de droit de la santé.
- 6 Voir entre autre A.Tunc, « Rapport introductif », in “L’indemnisation des accidents médicaux”, Acte du colloque du 24 avril 1997, sous la direction de G.Viney, L.G.D.J, 1997, p.1ss.
- 7 Ibid
- 8 M. Le Roy, «L’évaluation du préjudice corporel », Jurisclasseur, Litec, 16e édition, 2002, p.1
- 9 G. Viney, « Rapport de synthèse », in “L’indemnisation des accidents médicaux”, Acte du colloque du 24 avril 1997, sous la direction de G.Viney, L.G.D.J, 1997, p.103
- 10 Loi n °90-589, du 6 juillet 1990 relative aux victimes d’infraction
- 11 Rapport de F.Ewald à M.B. Kouchner, ministre de la Santé et de l’Action Humanitaire, « Le problème français des accidents thérapeutiques. Enjeux et solutions. », éd. du SICOM, sept./oct. 1992
- 12 O.Giarini « La responsabilité civile dans la nouvelle économie de service », SCOR notes, Responsabilité civile et innovation, Janvier 1991, p.18
- 13 Rapport de F.Ewald à M.B. Kouchner, ministre de la Santé et de l’Action Humanitaire, « Le problème français des accidents thérapeutiques. Enjeux et solutions. », éd. du SICOM, sept./oct. 1992
- 14 Ibid, chap. 3
- 15 Cass. 1re civ., 20 mai 1936, Dr. Nicolas c/ époux Mercier, dans Captitant, Weill, Terré, Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, 8e éd., Dalloz, 1984, p.342ss.

- 16 Molière, “Le médecin malgré lui”, Acte III
- 17 Cass. 1er civ. 20 mai 1936, Dr. Nicolasc/époux Mercier.
- 18 Civ1, 21 mai 1996, B I n°219
- 19 Civ1 29 juin 1999 :D.1999, Som.395 obs. J. Penneau
- 20 Arrêt de la première chambre civile du 13 fév.2001 – JCP IV 1639, D.2001, Som.p.3083, obs. J. Penneau
- 21 Civ. 1 27 mars 2001, JCP 2001 IV 1972, D.2001 IR 1284, Rtdciv.2001, 596 obs.Jourdain
- 22 Arrêt Teyssier, C. Cass, 2_ juin 1942, D. 1942, rec. Crit., jur. P.63
- 23 CAA Lyon, 21/12/1990, Cts Gomez, Rec. CE, p.498
- 24 CE ass. 9 avril 1993, Bianci: Rec. CE, p. 127
- 25 Bull.civ.I, n°287, rapp. Ann. C. Cass., 2000, p.384
- 26 Rapport de F.Ewald à M.B. Kouchner, ministre de la Santé et de l’Action Humanitaire, « Le problème français des accidents thérapeutiques. Enjeux et solutions. », éd. du SICOM, sept./oct. 1992
- 27 M.Le Roy, « L’évaluation du préjudice corporel », Jurisclasseur, Litec, 16e éd., 2002, p.5ss.
- 28 Arrêt Bianchi, CE, 9 avril 1993, rec. p. 127
- 29 Bull.civ. I, n°287, rapp. Ann. C. cass., 2000, p. 384
- 30 P. Ricoeur, « Concept de responsabilité, essai d’analyse sémantique », in Le Juste, Esprit, Paris, 1995, p.59
- 31 Rapport de F.Ewald à M.B. Kouchner, ministre de la Santé et de l’Action Humanitaire, « Le problème français des accidents thérapeutiques. Enjeux et solutions. », éd. du SICOM, sept./oct. 1992
- 32 Ibid
- 33 Le projet Penneau, thèse de 1973 et repris en annexe de « La responsabilité médicale », Sirey, 1977 ; Dehalle et Pons, Proposition de loi tendant à créer un fonds de garantie à indemniser les accidents corporels occasionnés par une activité médicale, déposé aux Chambres le 3/11/77 et le 30/10/1980 ; Gau et Alii, Proposition de loi tendant à créer un fond d’indemnisation des dommages occasionnés par les soins dispensés par les membres des professions de santé, déposé aux Chambres le 28/06/77 et le 01/07/78.

- 34 Harichaux M., « le mouvement du règlement amiable des litiges médicaux », in Manuel des commissions régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales », Sous la direction de G. Mementeau, Les Etudes Hospitalières, 2004, p.17ss.
- 35 Rapport Mac-Aleese, sur la responsabilité médicale, Ministère de la Justice, juillet 1980
- 36 Arrêt Roujansky, décision n°35296, J.O., 13 janvier 1990.
- 37 L. Dubois, « Oraison pour la seconde mort du conciliateur médical », R.D.S.S, 1990, p.55
- 38 J.L. Masson, Proposition de loi portant création de commissions d'indemnisation compétente en matière de responsabilité médicales, dépôt le 14/12/82 ; R. Debré, Proposition de loi tendant à instituer des médiateurs médicaux, dépôt le 17/11/87
- 39 Rapport de C. Evin, « L'indemnisation des accidents médicaux », R.G.D.M.,2001, n°6, p.22 ss.
- 40 M. Poniatowski, Proposition de loi tendant à créer un fond de garantie pour indemniser les victimes d'accidents d'origine médicale, Sénat, 24/4/90 et 14/11/91
- 41 Millet, Assemblée Nationale, 20/05/1992 ; Lesein et Legrand, Sénat, 15/01/1992
- 42 M. Poniatowski, Proposition de loi tendant à créer un fond de garantie pour indemniser les victimes d'accidents d'origine médicale, Sénat, 24/4/90 et 14/11/91 ; AVIAM, Proposition de loi sur l'indemnisation des victimes de dommages corporels provenant de l'exercice de la médecine et de la pharmacie ou des professions paramédicales, avril 1992
- 43 Projet du groupement des sociétés d'assurances à caractère mutuel (GEMA)- Sou médical ; Projet de l'Assemblée plénière des sociétés d'assurances dommages (APSAD), juillet 1992
- 44 Huriet, proposition, Rapport Sénat, n°277, 19/04/01
- 45 Rapport de F.Ewald à M.B. Kouchner, ministre de la Santé et de l'Action Humanitaire, « Le problème français des accidents thérapeutiques. Enjeux et solutions. », éd. du SICOM, sept./oct. 1992
- 46 Les systèmes d'indemnisation des accidents médicaux furent mis en place, en 1975 en Suède, en 1987 en Finlande, en 1988 en Norvège et en 1991 au Danemark.
- 47 C. Byk, « L'existence d'un « modèle scandinave » d'indemnisation sans faute de l'aléa thérapeutique nuit-elle à l'harmonisation du droit européen ? », in Manuel des commissions régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales », Sous la direction de G. Mementeau, Les Etudes Hospitalières, 2004, p.43ss
- 48 G. Memeteau, « Cours de droit médical », Les Etudes Hospitalières, Bordeaux, 2éd., 2003, p. 350ss.

49 C. Byk, « L'existence d'un « modèle scandinave » d'indemnisation sans faute de l'aléa thérapeutique nuit-elle à l'harmonisation du droit européen ? », in Manuel des commissions régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales », Sous la direction de G. Mementeau, Les Etudes Hospitalières, 2004, p.48.

50 Directive 85/374/CEE du Conseil relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, transposé en droit français par la Loi n° 98-389 du 19 mai 1998

51 J.-J. Dupeyroux, « Droit de la sécurité sociale », Dalloz, 1988, p.413ss.

52 Rapport de F.Ewald à M.B. Kouchner, ministre de la Santé et de l'Action Humanitaire, « Le problème français des accidents thérapeutiques. Enjeux et solutions. », éd. du SICOM, sept./oct. 1992

53 Loi n° 2002-1578, du 30 mars 2002

54 C. Esper, « La Commission des accidents médicaux », in Manuel des commissions régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales », Sous la direction de G. Mementeau, Les Etudes Hospitalières, 2004, p.135ss.

55 J.O n°82 du 6 avril 2003 page 6183, NOR :JUSB0310155A

56 Arrêté du 4 mars 2003 relatif aux pièces justificatives à joindre à une demande d'indemnisation présentée à une commission régionale de conciliation et d'indemnisation, des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales, J.O.R.F, 7 mars 2003, p.4010

57 Berthier N., "Les techniques d'enquête en sciences sociales", éd. Armand Colin, Paris, 2000, p. 57ss.

58 Décret n° 2003-314 du 4 avril 2003 relatif au caractère de gravité des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales prévu à l'article L. 1142-1 du Code de la Santé Publique

59 Lamar M.-J., « Aléa thérapeutique : vers une meilleure réparation », Médecine et Droit, n°54, 2002, p. 7-14

60 Moutel G., « Le consentement dans les pratiques de soins et de recherche en médecine, entre idéalisme et réalité clinique », L'Harmattan, 2003, p. 30ss. ; voir aussi la préface du Pr. C. Hervé.

61 Lopez G., Portelli S., Clément S., « Les droits des victimes », éd.Dalloz, 2003, p.142ss.

62 « Barème indicatif d'évaluation des taux d'incapacité en droit commun », Le Concours médical, 2001

63 Penneau M., « Conciliation : 90% des victimes d'accidents médicaux hors du champ d'application de cette procédure », in Le Courrier de l'éthique médicale, n° 3, vol.2, 2002, p.51

64 Intervention de M.P.Fauchon, séance au Sénat du 6 février 2002

65 Rapport d'activité 2002-2003 de l'ONIAM, disponible sur internet, www.oniam.fr

66 Esper C., « La commission nationale des accidents médicaux », in Manuel des commissions régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales », Sous la direction de G. Mementeau, Les Etudes Hospitalières, 2004, p.141

67 Voir à ce sujet le Rapport au Premier Ministre sur la médecine légale de O. Jardé

68 Rapport d'activité 2002-2003 de l'ONIAM, disponible sur internet, www.oniam.fr

69 La liste nationale des experts est prévue par l'art. 2 de la loi n°71-498, qui prévoit qu'« il est établi chaque année, pour l'information des juges, une liste nationale, dressée par le bureau de la Cour de Cassation et une liste, dressée par chaque cour d'appel, des experts en matière civile »

