

OBSERVATIONS prononcées à la suite de la communication de M. François Terré, (séance du lundi 25 juin 2007)

Yvon Gattaz : Quel est le *pretium doloris* pour une erreur d'opération ? J'imagine qu'il diffère selon qu'il s'agit d'une erreur sur l'œil d'un pilote de chasse ou sur la jambe d'un athlète.

Le problème de la responsabilité médicale se pose parfois en termes identiques dans d'autres domaines. Ainsi peut-on essayer de nous démontrer, à nous, fabricants de composants électroniques utilisés dans l'aviation, que si un avion s'écrase, c'est parce que notre composant électronique était défectueux. Pour cette raison, aucune compagnie d'assurance dans le monde n'accepte de nous assurer.

*
* *

Thierry de Montbrial : Il y a au moins une quarantaine d'années qu'aux États-Unis on poursuit les médecins pour erreur médicale et il semble qu'aucune limite n'ait jamais été fixée pour les indemnités réclamées, qui peuvent atteindre des montants colossaux. Estimez-vous que la jurisprudence américaine en cette matière a exercé une influence sur ce qui se passe en Europe et, plus particulièrement, en France ?

Comment pourrait-on mettre en œuvre, de façon pratique, les mesures que vous avez proposées à la fin de votre communication ?

*
* *

Jean Baechler : Vous avez monté une pièce – dont j'ignore s'il s'agit d'une comédie, d'un drame, d'une tragédie ou si elle relève du « boulevard » –, une pièce à trois personnages : le médecin, le patient et le juge. N'avez-vous pas oublié un quatrième personnage, le plus important, à savoir l'avocat qui représente le patient et qui introduit la cause au nom de celui-ci ? N'est-ce pas en effet la corporation des avocats qui, dans les procès en dommages et intérêts, joue le rôle principal en raison de l'intérêt qu'elle peut en espérer ?

*
* *

Jean-Claude Casanova : J'avais l'intention de défendre le procès et l'assurance, mais je vais à présent, après avoir entendu Jean Baechler, défendre aussi les avocats en défendant le procès. Je partirai de deux propositions générales.

La première est que s'il n'y a pas de procès, il n'y a pas de mise en exercice de la responsabilité. Il faut donc choisir entre les sociétés dans lesquelles la responsabilité existe et se développe et celles dans lesquelles elle n'existe pas et ne se développe pas. Toutes les sociétés récessives dans le monde ont été des sociétés sans procès et les sociétés qui ont le plus progressé ont été celles qui ont développé le système processuel.

Ma deuxième proposition concerne la socialisation des risques. Vous avez établi une distinction nette entre l'assurance et la solidarité nationale, sans toutefois noter que toutes deux répondent à un même principe général, celui de la socialisation des risques. Je crois que ce sont les Romains qui, les premiers, ont pensé pratiquement ce principe, suivis par les Italiens de la Renaissance. La socialisation des risques a alors permis le développement du nautisme et donc de la marine commerciale avec tous les risques qu'impliquaient l'expédition et le commerce maritimes à leurs débuts. Il apparaît ainsi que les sociétés qui socialisent le risque permettent que soient pris davantage de risques et, ce faisant, elles favorisent le progrès, l'innovation aventureuse et l'expérience. Pour cette raison, la distinction assurance/solidarité nationale est une distinction portant davantage sur les modalités du financement de la socialisation que sur la finalité. Ce qui fait la supériorité de l'un ou de l'autre n'est rien d'autre, en termes de technique économique, que le coût relatif et donc l'efficacité. Il s'agit seulement de savoir quelle est la meilleure couverture des risques que l'on veut couvrir au meilleur coût. Seule une forme de sottise française, que nous appelons fièrement « l'exception française », nous amène à faire de cette question un débat métaphysique opposant la gauche et la droite ; la première invoquant la solidarité exclusivement et donc la dépense et le prélèvement publics obligatoires et la seconde préférant l'assurance et donc le contrat d'assurance volontaire. En réalité le financement le meilleur dépendra des cas et on aboutira parfois à des financements mixtes.

*
* *

Jacques de Larosière : Si l'on dispose d'un système d'assurance dont on veut qu'il fournisse des indemnités à la hauteur des dommages causés, il faut sans doute qu'il soit basé sur la solidarité collective. Mais ne risque-t-on pas alors ce que les Anglo-Saxons appellent le « hasard moral » ? Par là, on comprend que si l'on indemnise, au plus haut niveau imaginable, on crée un autre risque, celui de faire baisser la garde de la précaution et de déresponsabiliser les acteurs, médecins ou autres.

*
* *

Emmanuel Le Roy Ladurie : On prétend que c'est à la suite des lois facilitant le divorce en Californie que les avocats de cet État se sont tournés vers un marché plus prometteur, celui de la responsabilité médicale. Est-ce exact ?

*
* *

Pierre Mazeaud : Le principe de précaution ne va-t-il pas changer tout le problème de la responsabilité dans le domaine médical, mais aussi dans bien d'autres domaines ? Toutes les règles de la responsabilité civile, en effet, tombent face à ce principe et, par conséquence, peut-être même celles de la responsabilité pénale.

*
* *

Alain Besançon : Jadis, dire au malade la nature de sa maladie faisait partie de l'art médical. Le médecin appréciait s'il convenait, dans l'intérêt de son patient, que celui-ci connaisse toute la vérité. Aujourd'hui, dire la vérité devient de plus en plus une obligation légale. Ne dépouille-t-on pas ainsi le médecin d'une part importante de son rôle ?

*
* *

André Vacheron : La loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé précise que le patient prend avec le médecin, en tenant compte des informations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé. Elle étend le concept d'information à un véritable devoir de conseil.

En tant que Président du Conseil Médical des Mutuelles Médicales d'Assurance (le groupe MACSF), je citerai 2 décisions de justice condamnant les médecins pour manquement au devoir de conseil :

- l'une concerne une péritonite survenue 48 h après une coloscopie chez un patient revenu à son domicile. En première instance, le tribunal a considéré que la responsabilité du praticien était engagée non seulement en raison d'un défaut d'information concernant le risque de perforation colique mais aussi en raison d'un manquement au devoir de conseil en cas d'apparition de douleurs abdominales secondaires à l'exploration. La cour d'appel a confirmé la responsabilité du praticien, considérant qu'en ne prévenant pas le patient des risques encourus secondairement, il l'avait privé d'une chance de prise en charge plus précoce lui évitant des complications sévères.

- Une autre décision concerne la condamnation d'un médecin qui n'avait pas attiré l'attention de son patient responsable d'un accident automobile sur le risque de somnolence provoqué par un médicament.

Jusqu'où peut aller cette obligation de conseil ? La juridiction civile ou administrative pourrait-elle par exemple admettre la responsabilité du médecin traitant d'un fumeur atteint de cancer du poumon en estimant que le médecin n'a pas suffisamment convaincu son patient de la nécessité d'arrêter son tabagisme ?

*
* *

Réponses :

À Yvon Gattaz : L'expression « *pretium doloris* » désigne le prix de la douleur et non pas le dommage corporel. Perdre un doigt est plus grave pour un pianiste que pour un employé de bureau, mais il ne s'agit pas là du *pretium doloris*.

À Thierry de Montbrial : La comparaison avec les Etats-Unis est importante car il n'y a pas, dans ce pays, de plafonnement concernant l'indemnisation. Assurément, le système américain a exercé une influence sur la France, mais une influence modérée. En fait, la fin du siècle a été marquée davantage par la jurisprudence de la justice administrative ou civile et, particulièrement, par certains hauts magistrats de la justice civile qui ont « convaincu » leurs confrères – au mépris de la collégialité.

À Jean Baechler : L'avocat, en la matière, est si présent qu'il ne se distingue plus, ni du juge dont il est l'auxiliaire, ni du client. Mais le rôle de l'avocat a décliné par le seul fait que les compagnies d'assurance ont su recruter des juristes de grande qualité, ce qui a transformé beaucoup d'avocats en simples boîtes aux lettres. L'avocat est souvent devenu, par rapport à l'assureur, ce qu'était autrefois l'avoué par rapport à l'avocat.

À Jean-Claude Casanova : Je reviendrai, en répondant à Pierre Mazeaud, sur la socialisation des risques, sachant que la loi Kouchner comporte tout un titre sur la prévention des risques sanitaires.

À Jacques de Larosière : En ce qui concerne le « hasard moral », on peut se demander si les risques qu'il fait courir ne sont pas déjà là. Il suffit de prendre l'exemple de la conduite automobile. Le conducteur doit assumer ses responsabilités en cas de faute inexcusable. Or, la jurisprudence récente montre qu'il n'y a pas de fautes inexcusables reconnues ; ni emprunter une autoroute à contre-sens, ni traverser le boulevard périphérique à pied à une heure de pointe ne sont considérées comme des fautes inexcusables !

À Emmanuel le Roy Ladurie : Les avocats californiens sont sans doute passés du créneau déclinant du divorce à celui de la responsabilité médicale. Ils ont bien eu raison, mais il faut savoir qu'aux Etats-Unis, on a inventé l'assurance « divorce ». Rien de plus normal ! À partir du moment où le divorce est déculpabilisé et où il est considéré comme un risque du mariage, pourquoi ne pas s'assurer ? Ainsi, le divorce continue à offrir aux avocats américains, sous une autre forme, des possibilités de plaider lucrativement.

À Pierre Mazeaud : Assurément, nous basculons dans un système tout autre en matière de responsabilité. On n'en est plus à la seule médecine préventive. On est aujourd'hui passé sous le règne du droit préventif, sous la domination de l'heuristique de la peur en place de l'heuristique du progrès.

À Alain Besançon : Il y a dans l'application des règles celle de l'affirmation du principe de l'information – ce qui n'est pas forcément un mal. Mais les textes sont rédigés de telle façon que si le médecin estime devoir taire une partie de l'information à son patient, il garde dans la pratique une grande marge d'appréciation.

À André Vacheron : L'obligation d'information allant jusqu'au devoir de conseil n'est pas propre au médecin, mais plutôt à toutes les professions libérales. Le devoir de conseil pousse le professionnel à pousser plus loin le devoir d'information à l'égard du non-professionnel. C'est vrai des notaires ; c'est vrai des avocats. Et il n'y a donc pas de spécificité des médecins à cet égard. .

*
* *