SOMMAIRE

- I. – LES MUTATIONS DU DROIT DE LA RESPONSABILITÉ RÉSULTANT DES NOUVEAUX PRINCIPES GÉNÉRAUX GOUVERNANT LE PROCESSUS DE RÉPARATION DES ACCIDENTS MÉDICAUX
 - A. – La situation antérieure à la loi Kouchner
 - B. – Les nouveaux principes, marques d'une évolution ou d'une révolution du système juridique ?
- II. – L'APPARITION DANS LE CHAMP JURIDIQUE D'INSTITUTIONS NOUVELLES POUR ASSURER LA MISE EN ŒUVRE UNITAIRE DE CES PRINCIPES GÉNÉRAUX
 - A. – Les institutions
 - B. – Les modalités et les difficultés de fonctionnement de ce triangle institutionnel
 - C. – Une gestion très efficace de l'ONIAM, mais qui repose souvent sur une conception de son pouvoir décrédibilisant ou paralysant l'action des autres institutions du processus quadrangulaire (CRCI, CNAMed, assureurs)
 - D. – *Quid* de l'attitude de la quatrième institution du dispositif, celle qui verse la plus grande part des indemnités, l'assurance ?
 - E. – Au sein de ce laboratoire, de façon chaotique mais certaine, la procédure de règlement amiable est tantôt la force motrice, tantôt l'accompagnatrice de mutations du droit de la responsabilité

Monsieur le président Mémeteau, je me réjouis de votre présence à ce colloque, qui nous permet de poursuivre ensemble la réflexion sur l'indemnisation amiable des accidents médicaux, menée par une équipe lilloise, à la suite d'une convention passée avec la Mission de recherche droit et justice, et qui a conduit, grâce à vous, à la publication du rapport de recherche sur ce thème dans un numéro spécial de la *Revue générale de droit médical* dont vous dirigez la rédaction¹.

Le colloque actuel entend prolonger la réflexion en faisant appel à presque tous les acteurs participant à la mise en œuvre de la responsabilité médicale afin de mesurer les tensions, de tenter de répondre aux questions que posent à ces partenaires les métamorphoses accélérées de cette mise en œuvre, et d'en déduire quelques hypothèses concernant les perfectionnements et évolutions souhaitables pour rendre le système plus performant.

Comme la loi Badinter dans le domaine de la mise en œuvre de la responsabilité en cas d'accident de véhicule, la loi Kouchner conduit à une réforme de l'indemnisation dans le domaine des accidents médicaux, et entre ces deux lois existent des convergences juridiques, notamment dans le domaine de la « responsabilité objective », ce qui correspond à un mouvement moderne du droit de la responsabilité.

En réfléchissant au titre du colloque, comme j'avais devant moi, dans ma bibliothèque, les œuvres de Buffon, je me suis souvenu de sa référence au concept de mutation. En effet, en cherchant, par une chaîne commune qui les relie, toutes les parties du système de la nature, Georges-Louis Leclercq, comte de Buffon, observa des *mutations de matière et de forme* qui se produisaient dans le système naturel dont il étudiait l'évolution².

Si l'on transpose ce concept au domaine des sciences juridiques et à l'étude des concepts juridiques de *responsabilité* et de *réparation des dommages*, le degré de mutabilité dans leur mise en œuvre, aussi bien sur le fond que quant à la forme des procédures, est particulièrement élevé dans le domaine des accidents médicaux.

L'observation de ces mutations a fait l'objet d'une étude spécifique à la suite de la signature de la convention de recherche précitée entre la Mission de recherche droit et justice et l'Institut de recherches en droit public de l'université de Lille-II, dont j'ai assumé la direction scientifique.

Le conseil de Buffon, *rassemblons des faits pour nous donner des idées*, fut suivi lors de la recherche effectuée *in vivo*, au sein même des CRCI.

1. Pierre-André LECOQ (sous la dir. de), Caroline BOUILLART, Johanne SAISON-DEMARS, Stéphanie LECOQ, « L'indemnisation amiable des accidents médicaux. Bilan du traitement de 15 000 dossiers par les CRCI et l'ONIAM et perspectives d'avenir », *RGDM*, numéro spécial, Les Études Hospitalières, novembre 2009, 413 p.

2. BUFFON, « Époques de la nature », in *Œuvres complètes*, Imp. B. Fournier, 1839, t. I, p. 380 : « Son cours n'est pas absolument uniforme. On reconnaîtra qu'elle admet des variations sensibles, qu'elle reçoit des altérations successives, qu'elle se prête même à des combinaisons nouvelles, à des mutations de matière et de forme. »

Menée durant deux années, elle a permis certaines constatations importantes pour comprendre le sort de cette procédure amiable de règlement des accidents médicaux et mesurer les fortes turbulences juridiques et fonctionnelles développées autour du système, qui ont fait l'objet d'une analyse minutieuse. Le colloque qui va se dérouler durant ces deux journées n'a pas pour but de présenter le contenu de cet ouvrage.

Il veut prolonger la réflexion et l'amplifier en posant la question de savoir si les mutations procédurales engendrées par le processus de règlement amiable et les réformes touchant au fond du droit par le nouveau partage entre responsabilité et solidarité pour l'indemnisation des victimes d'accidents médicaux, mutations fixées par le législateur en 2002, ont suffisamment engendré la métamorphose des règles et des méthodes de mise en jeu de la responsabilité, pour que le dispositif puisse être considéré comme un laboratoire des transformations du droit de la responsabilité.

Ces mutations doivent-elles encore être accompagnées de nouvelles réformes législatives, réglementaires, fonctionnelles, pour faire disparaître les difficultés de *relation entre nos actions, qui sont en perpétuelle mutation, avec les lois fixes et immobiles*, difficultés déjà dénoncées en ces termes par Michel de Montaigne dans *Les Essais*³? Tels sont les trois thèmes successifs qui structurent l'élaboration du programme de ce colloque.

En premier lieu, ce rapport introductif a pour objectif de présenter l'architecture générale des institutions, des règles et des méthodes inventées pour la mise en œuvre du processus de règlement amiable des accidents médicaux, car elle met en lumière les profondes mutations procédurales nées de la loi de 2002.

En second lieu, il a pour but de mesurer l'impact général de cette procédure sur le système de mise en œuvre de la responsabilité, impact qui sera mesuré avec précision par les différents intervenants au cours de ces deux journées, ce rapport introductif n'ayant naturellement qu'une fonction apéritive.

En dernier lieu, le colloque tentera d'aborder le point de savoir si les métamorphoses des règles et des méthodes, les nouvelles lois, les nouvelles expertises, les nouvelles nomenclatures, les nouvelles jurisprudences, les nouvelles avancées du concept de solidarité, dans leur efflorescence, sont source de mutations profondes ou superficielles, souhaitables ou regrettables pour la cohérence et l'harmonie juridique du système de responsabilité en général, soumis aux expériences de ce nouveau laboratoire d'expérimentation juridique.

3. M. DE MONTAIGNE, *Les Essais*, chap. XIII du livre III sur l'expérience, « Bibliothèque de la Pléiade », Gallimard, éd. 2007, p. 1112.

I. – LES MUTATIONS DU DROIT DE LA RESPONSABILITÉ RÉSULTANT DES NOUVEAUX PRINCIPES GÉNÉRAUX GOUVERNANT LE PROCESSUS DE RÉPARATION DES ACCIDENTS MÉDICAUX

A. – La situation antérieure à la loi Kouchner

L'état schématique des lieux en 2002 est le suivant : depuis dix ans, la responsabilité pour faute a connu une amorce d'harmonisation entre juridictions. L'exigence d'une faute simple suffit à engager la responsabilité des professionnels et établissements de santé publics, grâce à l'arrêt d'assemblée du Conseil d'État du 10 avril 1992, « époux V.⁴ ». L'État, dans sa responsabilité d'organe de tutelle sur l'ensemble des activités de transfusion sanguine, est responsable des conséquences dommageables de l'exercice de ses attributions sur le fondement de la faute simple, depuis les arrêts d'assemblée du 9 avril 1993, « G. D. B.⁵ » dans ce domaine, face à la mort frappant de nombreux patients transfusés.

On se félicite de l'unité jurisprudentielle au service de la réparation des préjudices : par deux arrêts du 12 avril 1995, « consorts Martial et CDTS de l'Essonne⁶ », la Cour de cassation impose dans ce domaine une obligation de sécurité dont on ne peut s'exonérer que par la preuve d'une cause étrangère : cette preuve n'étant pas rapportée, le centre de transfusion, et non la clinique lieu de l'opération, voit sa responsabilité retenue.

Le 26 mai 1995, dans ses arrêts d'assemblée du 26 mai, « N'Guyen Quang et Pavan⁷ », le Conseil d'État décide que, fournisseurs d'un sang vicié pour une opération, les centres publics de transfusion sanguine sont responsables, même en l'absence de faute, des conséquences dommageables de la mauvaise qualité des produits fournis. Des cheminements sémantiques différents, mais qui reposent sur une même logique, aboutissent à une protection analogue.

En tout état de cause, la loi du 31 décembre 1991 avait créé un fonds public d'indemnisation de ces préjudices spécifiques, sans que la saisine du fonds interdise de recourir aux juridictions, comme l'avait décidé la Cour européenne des droits de l'homme de Strasbourg.

4. Conseil d'État, assemblée, 10 avril 1992, R. 171, concl. LEGAL, *AJ* 1992, 355 ; *RFDA*, 1992, p. 571 ; *D.* 1993, p. 146, obs. BON et TERNEYRE ; *JCP* 1992, II, 21881, note MOREAU ; *LPA*, 3 juillet 1992, note HAIM. LONG, WEIL, BRAIBANT, DELVOLVÉ, GENEVOIS, *Les Grands Arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 17^e éd., 2009, p. 684 et suiv.

5. Conseil d'État, assemblée, 9 avril 1993y.

6. Cf. Pierre-André LECOCQ, *Les Grands Arrêts contradictoires*, chap. XI, « L'apaisement des contradictions préjudiciables à la protection équitable des personnes victimes de contamination lors de transfusions sanguines », Ellipses, p. 144 et suiv.

7. *Id.*, *ibid.*, p. 145 et suiv.

Dans le domaine des infections nosocomiales, sur le fondement de la présomption de faute, pour la Cour de cassation, par trois arrêts du 29 juin 1999 de la première chambre civile⁸, les établissements de santé et les médecins étaient tenus d'une obligation de sécurité de résultat.

En revanche, les effets négatifs du dualisme persistaient pour la prise en charge des accidents médicaux selon un système de responsabilité sans faute : dans son célèbre arrêt d'assemblée « Bianchi » du 9 avril 1993 (avec les conclusions de M. Däel)⁹, le Conseil d'État avait admis de mettre en jeu la responsabilité sans faute d'un hôpital public à la suite des séquelles graves d'une intervention, mais en posant un certain nombre de conditions drastiques pour que cette responsabilité puisse être mise en œuvre.

En revanche, comme l'avait prédit M. Däel dans ses conclusions, la Cour de cassation, sous le rapport de M. Sargos, avait décidé que la réparation des conséquences de l'aléa thérapeutique n'entraîne pas dans le champ des obligations dont un médecin est contractuellement tenu à l'égard de son malade¹⁰.

De cette jurisprudence émergeait un système boiteux en raison de cette distorsion concernant l'aléa thérapeutique, mais qui permettait d'affirmer que la faute restait essentiellement le fondement de la responsabilité, qu'elle fût prouvée ou présumée, et qu'exceptionnellement pouvait jouer un mécanisme de responsabilité sans faute, le fondement de la mise en œuvre de la responsabilité étant alors la réalisation d'un risque. L'importance de conséquences financières de certains risques sériels suscita la prise en charge des indemnisations par un fonds d'indemnisation, mécanisme mettant en œuvre la solidarité nationale pour les victimes du sang contaminé.

Mais on n'opposait pas alors les concepts de responsabilité et de solidarité, l'un excluant l'autre.

B. – Les nouveaux principes, marques d'une évolution ou d'une révolution du système juridique ?

Au sein de la première partie législative du Code de la santé publique consacrée à la protection générale de la santé, le livre I^{er} contient les dispositions assurant la protection des personnes ou leur conférant des droits en les protégeant contre les *risques sanitaires*. Il faut entendre ce risque comme l'éventualité de survenance d'un événement dommageable lors de l'accomplissement d'un acte médical qualifié de *risque sanitaire résultant du fonctionnement du système de santé*¹¹.

8. Cass. civ. 1^{re}, 29 juin 1999, *JCP* 1999, II, 10138, rapport P. SARGOS, note D. THOUVENIN; *D.* 1999, somm. p. 395, obs. J. PENNEAU.

9. R. p. 127 avec les conclusions de S. DAËL; *D.* 1993, somm. p. 35, obs. P. BON et Ph. TERNEYRE; *JCP* 1993, II, 22061, note J. MOREAU.

10. Cass. civ. 1^{re}, 8 novembre 2000, *D.* 2001, somm. 2236, obs. D. MAZEAUD; *JCP* 2001, II, 10493, rapport P. SARGOS, note F. CHABAS; *RTD civ.*, 2001, p. 154, obs. P. JOURDAIN.

11. Titre du chap. II du titre IV intégrant les articles L. 1142-1 à L. 1142-28 CSP.

Pour assurer efficacement la réparation des conséquences de ces risques, ce livre I^{er} contient un titre IV consacré à la réparation des conséquences de ces risques sanitaires. Les quatre premières sections du chapitre consacré à ce thème se succèdent de façon à la fois cohérente et révélatrice de l'originalité du dispositif.

La première section est consacrée aux principes généraux qui gouvernent cette réparation, et elle se veut rassurante : les articles L. 1142-1 à L. 1142-3 complétés par les articles D. 1142-1 à R. 1142-4 émettent un principe qui se rattache aux articles 1382 et suivants du Code civil : les « hommes¹² » du monde médical, c'est-à-dire les professionnels de santé, et les lieux où ils travaillent, c'est-à-dire les établissements, services ou organismes où sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins, sont responsables, et ne sont responsables qu'en cas de faute. Si une intervention médicale a eu des conséquences dommageables pour un patient, on cherche la faute. Si on ne trouve nulle faute dans la chaîne des interventions ayant concouru aux soins du patient, on ne peut donc engager la responsabilité d'aucun professionnel ni d'aucun établissement sur le fondement de la faute. Dans certaines hypothèses, la faute peut toutefois être présumée.

Mais, guidé par l'objectif essentiel de protection de la victime, le législateur substitue alors un autre fondement à la réparation des préjudices. Le texte ne vise plus le concept de faute ni même celui de « responsabilité », mais seulement celui de réparation au cas de survenance du risque : l'accident ouvre alors droit à réparation au titre de la solidarité nationale.

L'article L. 1142-1-II régit de façon très nouvelle l'accident médical survenu sans faute, appelé « aléa thérapeutique », dans la lignée de l'arrêt du Conseil d'État « Bianchi » du 9 avril 1993¹³, mais en allant très au-delà. La Cour de cassation a persisté clairement à arrêter que la réparation des conséquences de l'aléa thérapeutique n'entraîne pas dans le champ des obligations dont un médecin est contractuellement tenu à l'égard de son patient¹⁴. Mais, désormais, la loi protège tous les patients victimes d'un aléa survenu postérieurement à la date fixée par la loi de 2002.

Confirmation-amplification de la réparation pour les établissements publics, c'est une révolution juridique pour les établissements hospitaliers privés, qui s'en satisfont dès lors que leur patrimoine et ceux des médecins n'est pas sollicité, ni leur assureur, pour l'indemnisation, puisque c'est un fonds public, l'ONIAM, qui indemnise.

12. Selon le terme employé par le Code civil visant « tout fait quelconque de l'homme [...] ».

13. Le terme d'« aléa » n'est pas dans l'article de la loi, mais dans la jurisprudence, la pratique des CRCI et la doctrine.

14. Cf. Cass. civ. 1^{re}, 22 novembre 2007, *D.* 2008, n° 12, avec la note de Mireille BACACHE : la Cour statue sur un aléa reconnu et survenu lors d'une opération faite le 23 novembre 1984 : la victime a donc connu vingt-trois ans de procédure avant d'être déboutée, la loi de 2002 ne lui étant pas applicable.

De plus, sous la pression des compagnies d'assurance estimant économiquement insupportable l'indemnisation des infections nosocomiales au profit des victimes, le législateur a voté une disposition économiquement cohérente et juridiquement aberrante : pour les infections dont les conséquences, en termes de préjudice, ne sont pas majeures (moins de 25 % d'IPP), la règle initiale s'applique : les établissements sont responsables, sauf s'ils rapportent la preuve d'une cause étrangère (présomption de faute).

Mais si le coût économique est important parce que le dommage est grave (décès ou plus de 25 % d'IPP), c'est l'ONIAM qui prend automatiquement le relais en conférant à la victime un droit à réparation au titre de la solidarité nationale. Si l'ONIAM dispose après indemnisation d'une action subrogatoire contre l'établissement, il lui appartient alors de prouver la faute à l'origine du dommage, comme, par exemple, selon l'article L. 1142-1 complété par cette loi About¹⁵, un manquement caractérisé aux obligations posées par la réglementation en matière de lutte contre les infections nosocomiales. Ce salmigondis juridique est aggravé par le fait que les professionnels de santé agissant en dehors des établissements hospitaliers ne sont plus soumis à la présomption, la victime devant prouver leur faute à l'origine du dommage pour obtenir réparation.

On a donc vu la naissance d'un droit à réparation au titre de la solidarité nationale au sein du domaine primitif de la faute.

L'effet immédiat du nouveau processus est de provoquer un choc. En termes de balistique, il vient heurter le système traditionnel, possédant deux faces issues du dualisme prétorien. Il le lézarde et doit par contrecoup exercer une influence décisive sur l'évolution du système classique, au sein duquel il fait une intrusion.

Ainsi constate-t-on une mutation juridique déterminante : la substitution du concept protecteur de solidarité au concept de responsabilité sans faute fondée sur le risque de survenance d'un aléa thérapeutique, et la généralisation de l'application du concept à l'ensemble des établissements publics, mais aussi privés, d'hospitalisation.

C'est essentiellement par le canal du processus de règlement amiable que cette réforme va être mise en œuvre au sein d'un triangle institutionnel spécifique et procéduralement complètement nouveau dont l'application constitue une expérience de réforme, dont la pratique va révéler les insuffisances. Ces blocages vont susciter des évolutions et des réformes dans la réforme pour garantir l'amélioration du système, sa pérennisation et sa montée en puissance.

15. Loi n° 2002-1577, du 30 décembre 2002, article 1^{er} I, intégré à l'article L. 1142-1-1 du Code de la santé publique.

II. – L'APPARITION DANS LE CHAMP JURIDIQUE D'INSTITUTIONS NOUVELLES POUR ASSURER LA MISE EN ŒUVRE UNITAIRE DE CES PRINCIPES GÉNÉRAUX

A. – Les institutions

On peut tout de suite noter que ce processus amiable est alternatif, c'est-à-dire qu'il est proposé en option aux demandeurs en réparation, qui peuvent l'ignorer ou l'abandonner au profit du règlement juridictionnel de leur demande d'indemnisation. L'objectif du système est cependant d'aboutir à une déjuridictionnalisation importante de ce type de contentieux.

Le processus alternatif de règlement amiable très structuré fut présenté lors de la discussion parlementaire comme un processus moderne, performant, rapide, gratuit, équitable, qui devait rationaliser et harmoniser le système juridique de réparation des accidents médicaux, victime de distorsions au détriment de certaines victimes, en raison des divergences jurisprudentielles entre les ordres de juridiction, et au sein d'un même ordre, en raison des distorsions constatées d'un ressort à l'autre des cours d'appel.

Ce processus est articulé dans les sections II, III et IV du chapitre consacré aux « Risques sanitaires résultant du système de santé », et fait naître une institution au sein de chaque section.

1. – Les CRCI

La section II est consacrée à la procédure de règlement amiable, mise en œuvre par la commission régionale de conciliation et d'indemnisation, organisme nouveau, régional, chargé de *faciliter le règlement amiable des litiges* par une procédure extrajuridictionnelle.

On ne peut priver le demandeur du droit au procès, donc le recours à cette instance n'est pas obligatoire et ne peut être en aucun cas la seule voie de recours. Si sa création suscite un phénomène de concurrence, l'instance créée ne peut être une nouvelle juridiction : ce sera donc une commission.

Le législateur a clairement défini la composition de ces commissions. En premier lieu, aux termes de l'article 1142-6 du CSP¹⁶, elles sont *présidées par un magistrat de l'ordre administratif ou un magistrat de l'ordre judiciaire*.

Ainsi, les commissions peuvent être nourries alternativement de la culture liée au système juridique public ou au système privé de mise en jeu de la responsabilité médicale.

¹⁶. Code de la santé publique.

En outre, elles sont constituées de vingt membres, dont la composition est très pluridisciplinaire, et qui représentent tous les acteurs de la responsabilité médicale.

Cette composition révèle immédiatement une caractéristique importante de ces commissions : nombreuses, présidées par une personne qui maîtrise le droit de la responsabilité médicale, elles sont formées d'un ensemble de catégories professionnelles connaissant parfaitement, mais sous des angles différents, les règles de mise en jeu de la responsabilité médicale et l'évaluation des préjudices qui peuvent en découler.

Sa création obéit à un objectif précis : assurer la rapidité et la pertinence de ses avis formulés selon des règles simples dépourvues de toute lourdeur procédurale, sur le fondement d'une expertise conçue pour clarifier et expliquer les circonstances, les causes, la nature et l'étendue des dommages.

Cet avis possède une fonction importante « d'aiguillage », car l'avis détermine la bonne voie à emprunter en ce qui concerne le système de responsabilité applicable. En effet, aux termes de l'article L. 1142-8, *in fine*, l'avis porte sur *le régime d'indemnisation applicable*. Or il s'agit d'un problème crucial, puisque la loi de 2002 fait coexister trois systèmes : un système de responsabilité fondé sur la faute, un système fondé sur la responsabilité sans faute – la prise en charge du dommage étant effectuée par l'ONIAM au titre de la solidarité nationale –, et un système concernant les infections nosocomiales qui, après modification de la loi du 4 mars 2002 par celle du 31 décembre 2002, place les préjudices graves sous le régime de l'indemnisation au titre de la solidarité nationale, mais avec la possibilité assez limitée d'action récursoire de l'ONIAM contre les établissements et les praticiens. On peut y ajouter un système mixte, la responsabilité pouvant, à l'analyse des causes de l'accident, reposer sur une pluralité de causes, permettant de mettre une partie du dommage à la charge de l'ONIAM et l'autre à la charge de l'assureur (cumul de la responsabilité et de la solidarité).

Mais le législateur n'estime dignes de la procédure amiable que les victimes qui ont subi un préjudice d'une certaine importance : il faut éviter l'inflation des réclamations et la multiplication des dossiers demandant l'indemnisation au titre de la solidarité nationale. Le système ne doit pas avoir un coût excessif pour la collectivité, il faut éviter l'encombrement des instances créées, qui ne doivent pas devenir le lieu de pulsions passionnelles contre les services médicaux sous le prétexte d'un accident médical inexistant ou dont les conséquences n'ont qu'une gravité très relative.

Chacun est admis à pénétrer, par un guichet unique, au sein de l'édifice nourricier distribuant la manne indemnitaire, mais beaucoup resteront dans l'anti-chambre avant d'être refoulés, car ils ne sont pas revêtus du vêtement adéquat des élus indemnissables, leur dommage n'atteint pas les seuils de gravité exigibles pour l'indemnisation par ce processus amiable.

Quelles sont les méthodes d'action des CRCI, pourquoi et comment leur président, magistrat professionnel, y joue-t-il un rôle crucial ? M. Serge Federbusch, président de plusieurs CRCI (Nord-Pas-de-Calais, Picardie, Centre), énarque et

magistrat de l'ordre administratif, va nous révéler tout à l'heure quelle est l'originalité du système institué par la loi Kouchner, son pilotage des mécanismes de règlement amiable au sein de ses commissions régionales, et les synergies déterminées entre CRCI, ONIAM, CNAMed et assureurs, dont les actions sont à la fois distinctes et indissociables

2. – La CNAMed, garante de la qualité et de l'unité du système de règlement amiable

La section III du chapitre précité du CSP est consacrée à la « Procédure d'expertise en matière d'accidents médicaux » : l'ambition du législateur est de permettre aux présidents des CRCI de désigner des experts formés spécifiquement à l'expertise dans le domaine de la responsabilité médicale et des accidents médicaux, l'expertise étant collégiale et gratuite pour le demandeur.

Il faut de bons experts, qui feront de bonnes expertises.

Évolution notable, cette section crée une deuxième institution, la Commission nationale des accidents médicaux, placée auprès des ministres de la Justice et de la Santé, chargée de missions nouvelles : d'une part, recruter et former des experts, et, d'autre part, harmoniser, homogénéiser l'ensemble des rapports d'expertise et des actes émanant des commissions régionales pour assurer l'unité d'application du système à toutes les victimes sur l'ensemble du territoire. Enfin, la CNAMed est la conscience et l'outil juridique de l'unité et de la qualité du fonctionnement du système, en formulant des recommandations à l'adresse des partenaires du règlement amiable, et des propositions non seulement à destination de ces derniers, mais aussi des ministres de la Justice et de la Santé. Elle rédige un rapport synthétique, élaboré à partir des informations fournies par les commissions régionales et l'ONIAM, rapport annuel remis au gouvernement et au Parlement et renseignant notamment ses lecteurs sur le nombre de règlements amiables intervenus, en portant une appréciation sur le déroulement des procédures d'indemnisation.

Le travail considérable accompli par la CNAMed est révélé par ses très substantiels rapports annuels, et où elle explicite les méthodes d'accomplissement des missions de recrutement que la loi lui a confiées, notamment le recrutement de bons experts et l'élaboration d'une méthode permettant de faire de bonnes expertises.

Pour remplir ses missions, elle est composée d'un magistrat, président (actuellement, M. Latournerie, conseiller d'État), de médecins experts, de professeurs de médecine, de professeurs de droit, comme le professeur Gérard Mémeteau, de représentants des usagers et des professionnels de santé : les personnalités extérieures sont choisies en fonction de leur compétence scientifique.

Ainsi les jurys de recrutement sont-ils qualifiés pour apprécier l'ensemble des compétences, médicales et juridiques, des experts retenus pour l'inscription sur la liste.

Multiplés, logiques et méthodiquement expliquées, les recommandations concernant les expertises, et les propositions visant à l'homogénéisation du fonctionnement du système de règlement amiable, vont influencer à la fois l'action

des commissions, mais aussi l'action des ministres de tutelle amenés à tenir compte des propositions pour améliorer le système par la modification des textes législatifs et réglementaires. Conscience du système, organe d'unification, ou d'homogénéisation des méthodes et de l'interprétation des concepts juridiques, elle assure, non sans difficultés, les évolutions positives du système au profit de son maintien, de sa progression et de sa pérennité, par une stratégie de contournement ou d'élimination des obstacles.

3. – L'ONIAM, fonds d'indemnisation chargé d'assurer la réparation intégrale des préjudices subis par certaines victimes d'accidents médicaux

La section IV du chapitre précité, consacrée à l'indemnisation des victimes, voit apparaître l'ONIAM.

Le législateur a dissocié les mécanismes de détermination de la responsabilité et de l'appel à la solidarité, domaine de compétence des commissions régionales, de ceux du calcul de l'indemnisation.

Il existe schématiquement deux cas de figure : selon l'article L. 1142-14, *lorsque la commission régionale estime que l'accident médical engage la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé, l'assureur adresse à la victime ou à ses ayants droit, dans un délai de quatre mois, une offre d'indemnisation visant à la réparation intégrale des préjudices subis.*

Selon l'article L. 1142-17, *lorsque la commission estime que l'accident médical est indemnisable au titre de la solidarité nationale, l'ONIAM adresse à la victime ou à ses ayants droit, dans un délai de quatre mois, une offre d'indemnisation visant à la réparation intégrale des préjudices subis.* Mais il existe des passerelles entre assurance et office.

Craignant la résistance des assureurs, le législateur prévoit qu'au cas de refus implicite ou explicite de l'assureur de faire une offre, c'est l'ONIAM qui se substitue à l'assureur, indemnise la victime et dispose d'une action subrogatoire contre l'assureur, l'ONIAM pouvant se voir allouer par le juge une somme égale au plus à 15 % de l'indemnité allouée, à titre de pénalité.

Cette section intègre donc la création du troisième organisme indispensable pour assurer et réguler les indemnisations, l'ONIAM, établissement public administratif de l'État sous la tutelle du ministre de la Santé.

L'ONIAM n'est rattaché qu'à un seul ministre, le ministre de la Santé, à la différence de la CNAMed, rattachée également au ministre de la Justice, et présidée par un magistrat comme les commissions régionales, dont les magistrats sont d'ailleurs notés par le président de la CNAMed.

Les vingt-trois membres du conseil d'administration de l'ONIAM n'obéissent pas au même type de composition que les commissions régionales et nationale. Douze membres appartiennent à la haute administration. Une minorité de neuf membres intègre les représentants des usagers, les personnalités qualifiées en matière de responsabilité médicale et de réparation du risque, les représentants

des organismes d'hospitalisation publique et privée, des praticiens libéraux et des praticiens publics, et deux membres représentent le personnel. Cette composition différente est logique, mais elle marginalise le rôle des personnalités qualifiées en matière de responsabilité médicale et de réparation du risque sanitaire, et exclut la représentation des assureurs et des experts.

Or le conseil d'administration définit les principes généraux relatifs aux offres d'indemnisation incombant à l'Office.

Le directeur de l'Office nommé par décret sur proposition du ministre de la Santé, pour trois ans, renouvelables, gère l'établissement, il est ordonnateur des recettes et des dépenses. Il a autorité sur le personnel sauf sur les magistrats présidant les CRCI.

Selon l'alinéa 10 de l'article R. 1142-47 du CSP, il *détermine les offres d'indemnisation proposées aux demandeurs*, et selon l'article 12, il informe chaque CRCI de la suite donnée par l'Office à ses avis.

Enfin, en cas d'absence d'offre de l'assureur et de demande d'indemnisation par la victime à l'ONIAM, l'Office enregistre la demande et doit formuler son offre dans un délai de quatre mois.

L'ONIAM a versé, en 2008, un peu plus de 80 millions d'euros aux victimes d'accidents médicaux avec une indemnisation moyenne d'environ 100 000 euros.

Pour assurer la transparence du processus d'indemnisation et l'information des demandeurs, l'ONIAM a décidé, à juste titre, d'émettre et de rendre public un référentiel indicatif d'indemnisation présenté de façon très pédagogique et très claire, et profondément modifié en 2008 pour s'adapter désormais à la *nomenclature Dintilhac*, également prise en compte par les assureurs dans les nouvelles missions d'expertise, pour les indemnisations.

M. Penet, président de la Fédération des assureurs adhère à ce processus d'édition d'un référentiel, « utile à la prévisibilité », et très supérieur, selon lui, aux référentiels des cours d'appel parfois secrets, où les victimes jouent à la roue de la Fortune, les indemnisations étant très variables, ce qui heurte le principe d'égalité des victimes¹⁷.

B. – Les modalités et les difficultés de fonctionnement de ce triangle institutionnel

Si le taux d'effectivité du dispositif est élevé, il pose cependant quelques problèmes juridiques.

17. In actes du colloque du médiateur de la République sur « L'indemnisation, par voie amiable, des victimes d'accidents médicaux : faut-il réformer la loi Kouchner ? », 27 mai 2009, deuxième table ronde, intervention de M. Stéphane Penet, directeur des assurances Biens et Responsabilités de la Fédération française des sociétés d'assurance, www.mediateur-republique.fr, p. 63. Cf. également *RGDM*, n° 33, 2009.

Dans le processus expérimental de mise en œuvre des dispositions sur le règlement amiable, les commissions ont un rôle de pionnier pour l'exercice d'une mission compliquée.

Elles sont d'abord un organe de triage, de sélection des dossiers retenus en raison de l'estimation portée sur une gravité du préjudice qui doit obéir aux critères fixés par les lois et décrets, dont l'un emportait des conséquences injustes en excluant de sa protection certaines victimes (l'ITT), et dont un autre est d'interprétation très subjective (les troubles particulièrement graves).

Elles sont un organe de traitement des rapports d'expertise, et la connexion entre conclusions des experts et mise en œuvre ou non de la solidarité ou de la responsabilité est complexe et discutée, en commission et en réunion, avec les demandeurs et les conseils.

Elles sont un organe d'émission de *jurisprudence* selon le sens profond du terme, c'est-à-dire la science du droit et des lois, l'ensemble des principes de droit qu'elles suivent et l'émission d'actes décidant de la solution à donner par application de ces règles et principes, à chaque dossier de demande d'indemnisation.

Dans les relations triangulaires entre les institutions créées par la loi, leur action s'inscrit dans le temps avant la mise en œuvre des avis par l'ONIAM et les assureurs : elles sont théoriquement informées ultérieurement du sort de leurs avis¹⁸.

Pour assurer l'unité, l'homogénéité de leur jurisprudence, la mission d'unification est confiée à la CNAMed : celle-ci prépare le terrain en formant les experts et en préconisant à leur intention des méthodes d'expertise harmonisées et adaptées à la mission des CRCI. Elle devrait recevoir directement l'ensemble des avis pour mesurer les divergences à l'origine inévitables et émettre les recommandations et propositions permettant de les éliminer progressivement. Mais, pendant sept ans, cela n'a pas été le cas. Une CNAMed borgne devait apporter la lumière sur les méthodes d'harmonisation et d'homogénéisation des avis, mais ceux-ci constituaient les arlésiennes de la pièce.

En effet, l'arme juridique des avis de CRCI a été équipée d'un silencieux et le projectile efficace de la quasi-décision élaborée à la fin des processus d'instruction d'expertise, d'audition des parties et de rédaction collégiale de l'avis, a été remplacé par un projectile mou et inefficace, et transformé en un chiffon de papier n'ayant aucun effet décisoire, dans la mesure où ces avis, étant interdits de publication, sont inconnus, et que l'avis Sachot, du Conseil d'État, leur dénie toute portée décisoire¹⁹.

Si l'étude expérimentale du fonctionnement du système a révélé des blocages et des dysfonctionnements, elle permet aussi de constater que certains d'entre eux ont été éliminés par des « réformes de la réforme » ayant permis certaines améliorations.

18. Disposition importante dont l'application laisse cependant à désirer.

19. Avis du Conseil d'État du 10 octobre 2007, sieur Sachot, n° 306590, *RGDM*, n° 25, 2007, p. 332, avec les conclusions de Jean-Philippe THIÉLLAY.

1. – Les difficultés et blocages altérant le fonctionnement du système

a) Au sein des CRCI

a.1) L'échec de la fonction de conciliation

Les CRCI sont des organes qui ne calculent pas les indemnisations et qui concilient très rarement.

Dans ce domaine, les espérances ont été déçues par l'échec incontestable de la procédure de conciliation, échec déploré par les CRCI, l'ONIAM, la CNAMed et une bonne partie de la doctrine : 99 % des demandeurs saisissent directement la commission d'indemnisation, alors que 23 % d'entre eux ne passeront pas le cap de la recevabilité de leur dossier. Ils auraient donc été mieux inspirés de recourir à la conciliation.

Il y aurait donc un grand intérêt à faire clairement des conciliateurs les organes directs de règlement définitif des dommages n'atteignant pas les seuils de gravité.

A défaut, on retombe sur la panacée : l'abandon des seuils et la désignation immédiate d'un expert dès le déclenchement de la procédure. Une grande partie de la doctrine a critiqué l'existence de ces seuils, goulot d'étranglement préjudiciable à la compréhension du système par les demandeurs, et proposé la suppression de ces seuils.

Le rapport Huet de 2009²⁰ pose la question de savoir s'il faut supprimer ces seuils et recense en la matière les opinions différentes sur l'abaissement des seuils : *Les représentants des associations de patients et d'usagers du système de santé ainsi que le médiateur de la République ont indiqué à la mission qu'ils souhaitaient que le seuil d'accès aux CRCI soit abaissé de 24 à 20 %*²¹. M^{me} Avram, présidente de la CRCI d'Ile-de-France, s'est prononcée en faveur de la suppression de tout seuil d'accès aux CRCI²². Enfin, M. Dominique Martin, directeur de l'ONIAM, y est opposé en raison du choc économique que cela provoquerait²³.

Pour la mission Huet, cette mesure, apparemment équitable, n'est peut être qu'une fausse bonne idée, conduisant à l'accroissement des dépenses et à l'engorgement des CRCI. En définitive, la mission propose une évaluation préalable des conséquences d'une suppression à laquelle elle se rallie, sous réserve que *les moyens nécessaires pour absorber ces nouveaux dossiers soient attribués aux CRCI*²⁴.

Cette mesure supprimerait, certes, l'un des effets les plus néfastes de ces seuils.

20. HUET, *Rapport d'information sur l'indemnisation des victimes d'infections nosocomiales et l'accès au dossier médical*, n° 1810, Assemblée nationale, 8 juillet 2009.

21. Id., *ibid.*, p. 99.

22. Table ronde du 26 mai 2009, rapport, p. 100.

23. Table ronde du 5 mai 2009, rapport p. 100.

24. Rapport, p. 101.

a.2) L'effet néfaste de la fixation des critères de recevabilité faisant barrière à la possibilité d'indemnisation de multiples dommages avérés

S'il est normal, selon l'esprit de l'arrêt Bianchi, de ne mettre à la charge de la solidarité que les dommages graves au cas d'aléa thérapeutique, en revanche, tous les dommages résultant d'une faute sont réparables, quel que soit leur quantum.

Les personnes s'estimant victimes d'un accident médical peuvent librement saisir les guichets uniques CRCI dont on leur a vanté les attraits. Dans la majeure partie des cas, elles n'ont pu mesurer si elles atteignaient ou non les seuils de compétence : mais, dans un quart des cas, elles reçoivent un choc en étant déboutées de leur demande, sans même avoir été convoquées à une séance de la commission. Or elles sont persuadées de remplir au moins l'un des critères de recevabilité : elles ressentent des troubles dans leurs conditions d'existence.

On leur propose alors une conciliation, mais pourquoi retourner devant une commission qui a rejeté leur demande sans même les entendre ? Le choix de la voie juridictionnelle, plus longue, plus coûteuse, sans avoir pu préalablement faire un recours contre la décision de refus par la CRCI de leur demande d'indemnisation²⁵, suscite amertume, méfiance et jugement négatif au rendez-vous des patients et de leurs conseils, d'autant que de nombreux « rejetés » obtiendront une indemnisation devant les juridictions lorsque la faute a généré un préjudice certain, mais inférieur aux seuils CRCI. Le dégonflement du contentieux se fait sur les gros dossiers, mais les juridictions voient les petits affluer, ce qui ne les satisfait pas.

a.3) L'absence de portée décisive des CRCI instituée par la jurisprudence

A certaines victimes qui demandent la mise en œuvre, prévue par la loi, d'avis positifs de CRCI, ou cherchent, au contraire, à contester des avis de CRCI, les réponses ont été péremptoires, claires et dévastatrices de la crédibilité des CRCI... L'ensemble des juridictions civiles et administratives, en référé ou au fond, en première instance ou en appel, s'accordent à ce jour à reconnaître que les avis rendus par les CRCI ne lient pas l'ONIAM.

Sur ce point, l'avis Sachot du Conseil d'État en date du 10 octobre 2007, constate qu'il ressort des dispositions des articles L. 1142-8, L. 1142-14 et L. 1142-20 du CSP que *les commissions régionales de conciliation et d'indemnisation, dont la saisine est dépourvue de caractère obligatoire et dont les avis ne lient pas l'ONIAM, sont des commissions administratives dont la mission est de faciliter, par des mesures préparatoires, un éventuel règlement amiable des litiges relatifs à des accidents médicaux, des affections iatrogènes ou des infections nosocomiales. Le recours à cette procédure par la victime n'est pas exclusif de la saisine du juge*

25. Par l'effet de l'avis Sachot précité, qui dénie aux avis toute forme décisive, en les considérant comme des actes ne faisant pas grief.

compétent d'une action en indemnisation, saisine qui peut intervenir à l'initiative de la victime avant l'engagement de la procédure, pendant celle-ci ou après l'échec de la tentative de règlement amiable²⁶.

Dans le dossier distribué par les services du médiateur de la République au colloque de mai 2009, précité, les CRCI font l'objet d'un bilan coût-avantages qui leur est globalement défavorable.

L'avis d'une CRCI ne lie personne, ni l'ONIAM, ni l'assureur, ni la victime, ni les juridictions : le dossier parle de la « souplesse » des avis, ce qui sous-entend leur mollesse, leur inconsistance juridique. L'idée est répétée et martelée : *L'avis n'a pas de force obligatoire et ne peut faire l'objet de recours. Ce n'est pas une décision juridictionnelle, il ne s'impose à aucune des parties, il ne clôture pas un dossier. L'issue de la procédure demeure soumise au bon vouloir des uns et des autres*²⁷.

Pire, le médiateur dénonce des pièges sous-jacents : *Le protocole signé avec l'assureur ou l'ONIAM [...] impose souvent l'acceptation par la victime de nombreuses concessions. Il n'y a pas d'égalité entre patients, assureurs et ONIAM, et il n'est pas certain qu'ils bénéficient d'une réparation intégrale*²⁸. On exige parfois des concessions « pénales », c'est-à-dire l'engagement contre l'indemnisation de ne pas poursuivre pénalement un médecin, on impose aussi des partages de responsabilité, selon cette analyse.

L'avantage de la gratuité est largement illusoire, le demandeur ne peut choisir son expert et il n'est pas assisté ; la victime est seule, et un poste de préjudice « oublié » par un expert et/ou la commission, *c'est plusieurs milliers ou plusieurs dizaines de milliers d'euros qui peuvent s'évanouir*²⁹.

Face à ces faiblesses inquiétantes, sinon dirimantes, dans le processus de publicité comparative, les tribunaux sont présentés comme assurant *la solennité* [que les victimes apprécieraient alors qu'elles seraient « frustrées » par l'absence de jugement dans la procédure amiable], *la sécurité juridique, une meilleure protection des droits*³⁰.

En conclusion, si chacun conserve sa liberté d'appréciation, on peut préférer s'en remettre aux tribunaux, cette solution paraît implicitement préférable à l'issue d'une publicité comparative qui n'est pas en faveur de la procédure de règlement amiable.

a.4) Les membres des CRCI se plaignent de ce qu'ils ne connaissent pas, ou pas toujours, le sort de leurs avis, de ce que ces avis ne sont pas connus, puisqu'ils sont interdits de diffusion, de ne pas connaître par voie de conséquence la « jurisprudence » des autres commissions, de leur rôle cantonné à la définition des préjudices, sans connaître le montant des dommages calculé par l'ONIAM.

26. Conseil d'État, 10 oct. 2007, avis Sachot, req. n° 306590, avec les conclusions de J.-P. THIELLAY, commissaire du gouvernement, *AJDA*, 10 déc. 2007.

27. Document publié par la *Gazette Santé-Social*, 27 mai 2009, p. 17, www.securite.soins.fr.

28. *Ibid.*, p. 18.

29. *Ibid.*, p. 16.

30. *Ibid.*, p. 19.

Ainsi, la complexité de certains mécanismes législatifs, l'institution d'un seuil de gravité du dommage, l'absence de toute portée décisive des délibérations de la commission siégeant en formation de règlement amiable des accidents médicaux, constituent-elles des faiblesses qui, à peine l'enfant porté sur les fonts baptismaux, posent la question de sa capacité à se développer.

b) *Les embûches rencontrées par la CNAMed dans l'accomplissement de ses missions*

b.1) Quant à l'expertise

Malgré la multiplicité des actions de clarification et d'harmonisation du processus d'expertise, et le recrutement de centaines d'experts en accidents médicaux, M. Lienhart, vice-président de la CNAMed, estime que l'inscription préalable des experts sur la liste des experts judiciaires pour pouvoir postuler à l'inscription sur la liste nationale d'experts en accidents médicaux de la CNAMed, constitue un *frein au recrutement des experts*³¹. Ceux-ci se plaignent de la modestie des honoraires, de la brièveté des délais, de la non-information sur la suite donnée à leurs expertises et les autres partenaires se plaignent de la qualité insuffisante d'un certain nombre de rapports d'expertise.

b.2) Quant à l'homogénéisation de la « jurisprudence » des CRCI

Un obstacle imprévu s'est dressé sur les chemins de l'harmonisation.

L'article R. 1142-40 CSP prévoit le recueil d'information par la CNAMed non seulement auprès des CRCI, mais aussi auprès de l'ONIAM, processus nécessaire dès lors que le rapport doit faire apparaître le nombre de *règlements amiables intervenus et porter une appréciation sur le déroulement des procédures d'indemnisation, notamment en ce qui concerne leurs délais et leurs résultats*.

Mais ce pouvoir d'investigation légitime et même indispensable pour l'accomplissement de sa mission, s'est heurté à un blocage absurde.

L'article R. 1142-39 impose à la CNAMed d'examiner les avis rendus par les CRCI pour formuler ses propositions et il aurait donc été logique qu'une copie de ces avis fût systématiquement adressée à la CNAMed pour l'accomplissement de ses missions, les présidents de CRCI « anonymisant » les avis. Mais la mesure n'était pas prévue. C'est donc l'ONIAM qui est le principal récepteur des avis : ceux qui concluent à la mise en œuvre de la solidarité nationale, ou ceux qui concluent à une responsabilité couverte par un assureur qui refuse de faire une offre, ce qui entraîne la substitution de l'ONIAM à l'assureur. L'ONIAM est donc le récepteur de milliers d'avis. La CNAMed lui en ayant demandé la communication, le directeur de l'ONIAM a saisi la CADA³². Dans sa séance du 1^{er} avril

31. Colloque du médiateur, du 6 octobre 2009, « Expertises faillibles, justice fragile ? », déclaration faite au cours de la première table ronde.

32. Commission d'accès aux documents administratifs.

2004, la CADA a estimé que ces documents administratifs ne pouvaient être communiqués qu'aux personnes concernées, et a interdit la communication à des « tiers » en faisant la demande, aux universitaires désireux de connaître la jurisprudence des CRCI pour leurs travaux de doctrine, aux conseils des demandeurs, et même – c'était un 1^{er} avril – à la CNAMed, dès lors que ces avis contiennent des informations nominatives et relatives à des données de santé à caractère personnel³³.

Sur sollicitation de M. Mémeteau, membre de la CNAMed, la CADA a récemment condescendu à la transmission des avis à la CNAMed, ce qui a été repris par le législateur le 2 mai 2009. Mais la CADA maintient son interdiction de communication aux universitaires malgré les vives protestations répandues en doctrine.

On citera ici la sainte colère de M^e Véronique Racht-Darfeuille exprimée dans la *RGDM*, n° 31, de juin 2009 : *Le refus de communication des avis des CRCI occulte les débats juridiques qu'elles arbitrent et maintient la chape d'ignorance posée sur la recherche, et la CADA s'en moque. La circonstance que la demande de communication est motivée par une recherche scientifique sur les motifs juridiques et non médicaux des avis est sans influence sur l'interdiction : la commission émet, par suite, un avis défavorable à la demande*³⁴. Un tel avis mériterait lui, d'être frappé de non-communication, et même d'ex communication

**C. – Une gestion très efficace de l'ONIAM,
mais qui repose souvent sur une conception de son pouvoir
décrédibilisant ou paralysant l'action des autres institutions
du processus quadrangulaire
(CRCI, CNAMed, assureurs)**

c.1) Incontestablement, l'Office est un établissement public bien géré, et qui, dans le domaine du processus amiable d'indemnisation des accidents médicaux, indemnise 90 à 95 % des bénéficiaires d'avis positif dans les délais prévus par la loi, avec un coefficient de satisfaction élevé des victimes, puisque 95 % des destinataires d'une offre l'acceptent.

Dans le cadre de l'accomplissement d'une politique publique, l'ONIAM s'est doté – en utilisant un maximum de garanties dans l'établissement de ses outils – d'un outil transparent, qui est le *référentiel indicatif d'indemnisation par l'ONIAM*³⁵.

33. Avis n° 2004-1039, du 1^{er} avril 2004, cf. *RGDM*, n° 13, 2004, p. 331. Cf. également Emmanuel CADEAU, « Le principe de la liberté d'accès au droit à l'épreuve... de la CADA », *AJDA*, juin 2005, p. 1257.

34. V. RACHET-DARFEUILLE, « Cachez ces avis que les tiers ne sauraient voir ! A propos de l'avis n° 2008-3328, du 11 septembre 2008, rendu par la CADA », *RGDM*, n° 31, juin 2009, p. 341.

35. Ces référentiels sont publiés sur le site Interne de l'ONIAM. Le premier en janvier 2005, la première modification en février 2008, et la seconde le 1^{er} juillet 2009.

En dehors des critiques, parfois violentes, émanant de certains avocats, ce référentiel fait quasiment l'unanimité quant à son utilité et sa modification en 2008 est, de surcroît, le témoignage de la volonté permanente d'adaptation de cet outil au profit du progrès suscité par certaines propositions de réformes : en 2008, la prise en compte de la nomenclature Dintilhac institue un important progrès dans le calcul poste par poste des indemnités, effaçant les injustices de l'ITT et clarifiant l'application de la loi du 21 décembre 2006 modifiant et limitant le recours des tiers payeurs sur le remboursement des indemnités allouées à la victime d'un accident médical, loi qui se réfère au rapport Dintilhac.

La sainte alliance des assureurs, de l'ONIAM, de la plupart des juridictions, de la CNAMed et des CRCI autour de cette nomenclature, dont les termes ont acquis force légale par la loi du 12 mai 2009, démontre que, pour réaliser l'objectif de protection des victimes et de réparation intégrale de leur préjudice, l'alliance est préférable à l'absence de coopération.

Les mutations suscitées par ces réformes prises en compte dans le processus de règlement amiable, seront développées, aujourd'hui, par la communication de Stéphanie Lecocq sur l'évolution des méthodes d'indemnisation et l'influence du rapport Dintilhac sur la protection des victimes, et demain, par Jean-Philippe Thiellay, maître des requêtes au Conseil d'État (et commissaire du gouvernement ayant obtenu un avis Sachot conforme à ses conclusions), qui traitera de la question, *Quel équilibre pour les droits des victimes et des tiers-payeurs ?* domaine dans lequel, comme rapporteur public, il a suscité les évolutions de la jurisprudence du Conseil d'État

c.2) En revanche, la conception très élevée que s'est forgée le directeur de l'ONIAM des modes d'accomplissement de sa politique publique d'indemnisation, l'ont conduit à des interprétations des textes concernant le règlement amiable qui fragilisent les CRCI, les assureurs et la CNAMed. Il n'est pas difficile à une équipe de juristes de démontrer que la doctrine de l'ONIAM lui conférant la plus grande part de décision dans le système, emporte des conséquences négatives pour l'équilibre et l'efficacité de celui-ci.

L'avis de la CADA sollicité par le directeur de l'ONIAM a paralysé pendant cinq ans l'action de la CNAMed, et, alors qu'il n'est pas bon que la lumière soit mise sous le boisseau, interdit d'éclairer la doctrine et les conseils sur la jurisprudence des CRCI, comme on l'a vu.

Le rejet unilatéral par l'ONIAM, répété 140 fois, d'avis de CRCI concluant à l'indemnisation des préjudices, engendre un gauchissement des intentions du législateur.

Rappelons les termes de la loi (art. L. 1142-14, L. 1142-17) : *Lorsque la commission estime qu'un dommage engage la responsabilité, l'assureur adresse une offre d'indemnisation à la victime. Lorsque la commission estime qu'un dommage est indemnisable au titre de la solidarité, l'Office adresse une offre d'indemnisation à la victime.*

Il semblait que dans les intentions du législateur, toutefois difficiles à discerner avec clarté, on fût aux confins de la « commission-juridiction » prônée par le professeur Mémeteau. M. Kouchner entendait promouvoir la force des avis des CRCI, substituée aux jugements des juridictions : *L'offre acceptée mettra fin au litige dans la plupart des cas en moins d'un an [...], je vous rappelle qu'actuellement les procédures durent de quinze à vingt ans*³⁶.

La CRCI prenait une décision d'indemnisation. Seule la victime pouvait la refuser. Oui, mais il y a l'article L. 1142-20, par lequel le législateur contredit sans explication les règles qu'il a précédemment énoncées. *La victime dispose du droit d'action en justice contre l'Office si aucune offre ne lui a été présentée.*

Oubli, faute, carence ou pouvoir de blocage ? Le législateur est muet sur cette exception au principe, ce qui est aberrant sur le plan de la clarté et de l'intelligibilité du texte. Dès lors, pourquoi l'ONIAM ne lirait-il pas le texte de cette manière : *L'ONIAM peut ne présenter aucune offre ?* Fort de la formule négative, « aucune offre n'a été présentée par l'Office », le directeur a fait intervenir ce processus de blocage à l'encontre de 140 avis, sans que les commissions émettrices, arlésiennes du système, aient pu intervenir dans ce processus unilatéral de vaporisation de leur avis qui a suscité de vives réactions de la doctrine.

L'ONIAM invoque désormais l'avis Sachot du Conseil d'État de novembre 2007, qui, par son irénisme, a évité la multiplication et l'atomisation des contentieux sur les avis des CRCI, mais au prix de l'absence de toute force juridique conférée à ces avis, ce qui fragilise l'action des CRCI et donne raison à l'interprétation de l'ONIAM sur la force des avis. Cette décision est lourde de conséquences sur le plan de la répartition des pouvoirs de décision au sein du triangle du règlement amiable.

La commission régionale *facilite* le travail de l'ONIAM. Alors même qu'elle siège *en formation de règlement*, elle ne règle pas, elle facilite. Quelques centaines de tâcherons locaux préparent les décisions du directeur de l'ONIAM. Le système correspond à l'ancien système de la *justice retenue*, les CRCI ayant leur consul.

Dans la foulée, le directeur de l'ONIAM exerce un pouvoir juridique, qu'il justifie clairement dans les articles de doctrine qu'il a publiés.

Dans la construction administrative du pouvoir de décision, l'avis a pour fonction d'être un document interne d'instruction du dossier à l'usage de l'ONIAM.

Comme l'indique le directeur de l'ONIAM, son raisonnement est global et passe aussi *au travers du prisme de l'analyse du processus décisionnel* par la requalification – éventuellement contraire à celle de la CRCI – de la notion d'aléa thérapeutique. Certains aléas thérapeutiques découverts par les CRCI apparaissent à

36. JO, débats AN, 2^e séance du 2 octobre 2001, discussion du projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé. Déclaration de M. Bernard Kouchner, ministre délégué à la Santé, p. 5322.

l'ONIAM comme ne correspondant pas aux critères de la loi. Certes, le financier reconnaît être à *la limite de son champ de compétence*, mais « nécessité faisant loi », la limite est franchie.

En effet, une méthode de requalification juridique de l'aléa est proposée, car *sa caractérisation présente de toute évidence une part d'interprétation possible*, et le financier doit veiller à éviter l'extension de l'indemnisation généralisée. L'ONIAM veille donc à la stricte orthodoxie dans l'application des principes en substituant, le cas échéant, sa conception de l'aléa à celle de la CRCI, car il endosse la responsabilité financière de l'opération, *les principes de droit budgétaire et plus particulièrement des dépenses publiques* lui imposant cette « révision³⁷ ».

Au résultat, l'intention du législateur de donner toute son efficacité aux avis des commissions, expertes de la responsabilité en matière d'accidents médicaux autant et même plus que les juridictions, est balayée à cause, il est vrai, des contradictions propres au texte législatif. Des réformes radicales sont envisagées, pour remédier à cette situation néfaste pour le processus de règlement amiable, aux yeux des demandeurs potentiels et de leurs conseils : voici le sentiment de M^e Papin, avocat, exprimé au colloque organisé, en mai 2009, par le médiateur³⁸.

La CRCI ayant rendu un avis indiquant que la victime principale a été victime d'un aléa, l'indemnisation sera sollicitée auprès de l'ONIAM qui peut répondre que l'avis émis par la CRCI ne s'impose pas à lui, qu'il est libre de le suivre ou non et qu'il appartient à la victime d'apporter la preuve de la réalité de cet aléa. Pour la victime, il faut reprendre la procédure à zéro. Maître Bernfeld surenchérit : Nous avons beaucoup de difficultés avec les CRCI. Nous n'empruntons plus cette voie lorsque nous avons la possibilité d'aller au civil... Inutile de s'engouffrer dans cette voie inutile³⁹, mise en pièce par les représentants de l'ANADAVI, qui ont rédigé une proposition de loi dont l'article 1^{er} postule tout de go la disparition des CRCI.

Le système n'a que des embûches, nous nous sommes éloignés des CRCI, sauf pour les personnes qui n'ont absolument pas les moyens de s'offrir une expertise juridique : l'expertise gratuite reste l'unique secours [...]. Avouez que transformer les CRCI en justice du pauvre est quand même quelque chose qui n'était pas attendu⁴⁰.

c.3) La mise en œuvre par l'ONIAM du concept d'offre manifestement insuffisante de l'assureur

Nulle disposition ne permet à l'ONIAM de se substituer directement à l'assureur en cas d'offre manifestement insuffisante. Seule l'absence d'offre peut lier sa compétence.

37. Dominique MARTIN, directeur de l'ONIAM, « L'indemnisation des victimes d'accidents médicaux comme politique publique », *D.* 2006, chr. p. 3021 et suiv.

38. Travaux du colloque, document précité, p. 69.

39. *Ibid.*, p. 72.

40. *Ibid.*, p. 73.

Pourtant, le directeur de l'ONIAM a considéré que cette impossibilité aboutissait à des iniquités lorsqu'un assureur fait une offre dérisoire pour paralyser la saisine de l'ONIAM par la victime : devant la commission formée dans le cadre du rapport Huet, il a fait état *d'offres dérisoires adressées à des victimes, allant de 1 à 100 euros, avec un objectif manifeste de contournement de la procédure de subrogation de l'ONIAM*⁴¹. Les assureurs ont répondu qu'ils n'avaient pas connaissance de telles offres.

Le directeur de l'ONIAM a alors décidé de ne pas tenir compte de la lettre des dispositions du Code de la santé publique. Il s'est substitué à des assureurs auteurs d'offres qu'il estimait manifestement insuffisantes, a indemnisé la victime, puis demandé aux juridictions de forcer les termes de la loi en assimilant l'offre réputée manifestement insuffisante à un refus d'offre.

Le TGI d'Angers, dans un jugement du 23 mars 2009, a développé cette interprétation. *Le fait, pour l'assureur, d'avoir présenté une offre d'indemnisation manifestement insuffisante par application d'un coefficient de 0,10 pour tenir compte d'une perte de chance évaluée de manière arbitraire et injustifiée à 10 %, doit être assimilé à un refus d'offre au sens de la loi*⁴².

Ce jugement *contra legem* encourt la censure, seule une modification du texte des dispositions législatives pourrait investir éventuellement l'ONIAM de ce droit touchant aux modes de calcul des indemnisations qui constituent son domaine de compétence.

D. – Quid de l'attitude de la quatrième institution du dispositif, celle qui verse la plus grande part des indemnités, l'assurance ?

Le législateur craignait la résistance des assureurs : en effet, au cours des premières années de mise en place du dispositif, le taux de transformation des avis des CRCI en offre d'indemnisation tournait autour de 70 %. Mais la pugnacité de l'ONIAM pour faire valoir ses droits lors des actions subrogatoires, et l'obtention de plus en plus fréquente de la pénalité de 15 % au profit de l'ONIAM, d'un côté, et l'évolution favorable des assureurs au profit de l'adoption de la nomenclature Dintilhac, ont un peu changé la donne.

Pour témoignage, voici les propos tenus en mai 2009 lors du colloque organisé par le médiateur de la République, par M. Stéphane Penet, directeur des assurances Biens et Responsabilités de la Fédération française des sociétés d'assurance.

En ce qui concerne les CRCI, et là je parle pour l'ensemble de la profession, nous estimons que leur travail n'a cessé de s'améliorer et elles ont trouvé aujourd'hui un rythme tout à fait satisfaisant. Les avis rendus sont de qualité, de plus en plus les

41. Rapport Huet, *op. cit.*, audition de M. Dominique Martin du 10 mars 2009, p. 110.

42. Ce jugement, non publié, est cité et partiellement reproduit dans le rapport Huet.

*assureurs les suivent : cette qualité est rendue possible par la diversité de ceux qui les composent, le respect du contradictoire, des analyses sur le fond qui donnent une bonne qualité dans les avis rendus*⁴³.

Selon M. Nicolas Gombault, assureur, la loi Kouchner a créé *un merveilleux mode alternatif de résolution des litiges [...] qui mérite d'être perfectionné*. Il loue la gratuité, la rapidité, la participation à la démocratie sanitaire et l'unité d'action⁴⁴.

Le référentiel donne une prévisibilité. Il est complet, vise tous les chefs de préjudice, apporte une égalité nationale de traitement : les inégalités viennent des cours d'appel. *La nomenclature Dintilhac mérite d'être appliquée dès maintenant aux victimes qui ne travaillent pas*⁴⁵. Mais tous les assureurs partagent-ils cet optimisme ? A cette question, un patron de l'assurance médicale va apporter ce matin ses éclairages.

Face à ce ballet des institutions, qu'en pensent les associations représentant les usagers et victimes ? Elles formulent une multitude de critiques ponctuelles, mais voici ce que dit M^{me} Rambaud, présidente du Lien : *Sans les CRCI, nombreuses sont les victimes qui n'auraient jamais eu réparation de leur préjudice. Ce dispositif CRCI a rendu service à des milliers de personnes ces dernières années, des personnes qui n'auraient jamais pu ou osé faire valoir leurs droits devant les tribunaux*⁴⁶.

Qu'en dira M. Huyghe cet après-midi, lors de la table ronde ? Le pessimisme de certains avocats est-il partagé par ceux qui interviendront ici ? Quelle est l'approche, notamment sur l'expertise, de médecins membres de CRCI qui participeront à la table ronde, et de M^{me} Cécile Manaouil, maître de conférences en médecine, docteur en droit, expert judiciaire et membre de la CRCI de Picardie, qui communiquera demain ?

C'est un flot d'interrogations qui jaillit des éléments de ce rapport introductif en ce qui concerne les nouvelles institutions et les nouvelles procédures inventées par la loi Kouchner. Ce nouveau laboratoire d'expérimentation juridique est-il à la source de découvertes ou de perfectionnements dans le domaine du droit de la responsabilité ?

43. Travaux du colloque du médiateur du 27 mai 2009, *op. cit.*, p. 65.

44. *Ibid.*, p. 51.

45. « Point de vue d'une association de défense des victimes », *Revue hospitalière de France*, n° 520, dossier spécial « Indemnisation des accidents médicaux », janvier-février 2008, p. 69. Ses propos sont cependant plus critiques, lors de l'intervention au colloque du médiateur du 27 mai 2009, *op. cit.*, p. 36 et suiv.

46. Colloque du médiateur, *op. cit.*, p. 39.

**E. – Au sein de ce laboratoire,
de façon chaotique mais certaine,
la procédure de règlement amiable
est tantôt la force motrice, tantôt l’accompagnatrice
de mutations du droit de la responsabilité**

Que peuvent révéler ces communications et ces débats sur le plan du processus de règlement amiable ? Sept ans après sa naissance, alors qu’il est censé atteindre l’âge de raison, de multiples rapports émanent des présidents des CRCI, de l’ONIAM, de la CNAMed ; de nombreux auteurs de la doctrine se sont exprimés, et notamment la plupart des intervenants à ce colloque ; la jurisprudence est abondante avec également certains des auteurs présents ; la CADA s’est prononcée sur la publicité des avis ; des réformes des textes législatifs et réglementaires ont déjà été entreprises et d’autres sont ou doivent être mises en chantier.

Le fonctionnement du système révèle des forces : compétence des organes, organisation de plus en plus méthodique du travail, taux d’efficacité important ; mais aussi de graves faiblesses ou dysfonctionnements : grande complexité des mécanismes d’indemnisation, insuffisances procédurales, absence de recours contre les actes négatifs émis à l’encontre des demandeurs, échec de la conciliation, gauchissement des dispositions législatives et des intentions du législateur, hétérogénéité des avis, absence de connaissance de leur contenu, etc. Ainsi, le diagnostic posé sur le fonctionnement du nouveau système est-il contrasté : des dysfonctionnements sont diagnostiqués dans un système dont, globalement, l’état de santé n’engage pas le pronostic vital.

Tant bien que mal, les CRCI jouent le rôle de creuset et d’harmonisation du droit de la réparation des accidents médicaux et de ses transformations majeures. Une meilleure connaissance de leurs avis, notamment par la doctrine, doit servir à une plus claire reconnaissance de leur rôle, notamment par les juridictions car c’est du concert de leur action commune que peut découler l’évolution harmonieuse du droit de la responsabilité médicale, doté d’un nouveau socle par la loi du 4 mars 2002.

La loi Kouchner a créé un merveilleux mode alternatif de résolution des litiges, mais il doit être perfectionné pour que la démocratie sanitaire ne soit pas un vain mot. C’est donc un flot d’interrogations qui achève cette présentation. Que pourront révéler les communications sur le processus d’évolution globale de la responsabilité médicale ? Sans doute souligneront-elles l’apport des réformes déjà entreprises, notamment par les dispositions de la loi du 12 mai 2009, loi de simplification permettant, dans son article 112, de résoudre deux problèmes, la clarification de la nomenclature Dintilhac et la notification des avis des CRCI à la CNAMed.

Quant à la loi de 2006 sur les recours des tiers payeurs et à la « nomenclature Dintilhac », les communications de Jean-Philippe Thiellay, maître des requêtes au Conseil d’État et rapporteur public dans des dossiers traitant de l’application de

la loi, de Stéphanie Lecocq, maître de conférences de l'Institut catholique de Lille, traitant de la nomenclature Dintilhac, apporteront sur ces points de précieuses précisions, comme les réflexions de Johanne Saison-Demars, maître de conférences à l'université de Lille-II, qui cherchera à mesurer l'influence de ce processus de règlement amiable sur l'évolution de la responsabilité administrative.

Ainsi peut-on espérer que le foisonnement prévisible des idées et des échanges apportera une contribution utile à l'étude d'un droit aussi mouvant que celui de la responsabilité médicale.