



HAL
open science

La responsabilité médicale de la sage-femme

Léna Le Losq

► **To cite this version:**

| Léna Le Losq. La responsabilité médicale de la sage-femme. Droit. 2016. dumas-01443384

HAL Id: dumas-01443384

<https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-01443384>

Submitted on 23 Jan 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



LA RESPONSABILITÉ MÉDICALE DE LA SAGE-FEMME

Léna Le Losq

Mémoire de Master 2 Droit et Gestion du secteur sanitaire et social

sous la direction de Monsieur Frédéric Rodrigues

Année 2015/2016

LA RESPONSABILITÉ MÉDICALE DE LA SAGE-FEMME

Léna Le Losq

Mémoire de Master 2 Droit et Gestion du secteur sanitaire et social

sous la direction de Monsieur Frédéric Rodrigues

Année 2015/2016

Engagement de non plagiat.

Je soussigné, ... Léna Le Losq

N° carte d'étudiant : ... 21502770

Déclare avoir pris connaissance de la charte des examens et notamment du paragraphe spécifique au plagiat.

Je suis pleinement conscient(e) que le plagiat de documents ou d'une partie de document publiés sous quelques formes que ce soit (ouvrages, publications, rapports d'étudiant, internet etc...) constitue une violation des droits d'auteur ainsi qu'une fraude caractérisée.

En conséquence, je m'engage à citer toutes les sources que j'ai utilisées pour produire et écrire ce document.

Fait le ..29 août 2016

Signature(s)

Ce document doit être inséré en première page de tous les rapports, dossiers et/ou mémoires.

Document du chapitre 10 annexe 5, issu de la Charte des examens adoptée en Conseil d'Administration le 11 juillet 2013 après avis du CEVU du 27 juin 2013 - Délibération N°2013-73

LISTE DES ABREVIATIONS

al : alinéa

APHP : Assistante publique des hôpitaux de Paris

art : article

ass.plén: assemblée plénière

CA : Cour d'appel

CAA : Cour administrative d'appel

Cass. Cour de cassation

CCI : Commission de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux

C.civ : code civil

CE : Conseil d'Etat

ch mix : chambre mixte

crim : chambre criminelle

CSP : code de la santé publique

FHF : Fédération hospitalière de France

IVG : interruption volontaire de grossesse

ONIAM : Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales

Paces : première année commune aux études de santé

PMI : protection maternelle et infantile

TC : Tribunal des conflits

1re civ : première chambre civile

SOMMAIRE

INTRODUCTION.....	2
PARTIE 1 – LA PROTECTION DE LA SAGE FEMME PAR L' ETABLISSEMENT PUBLIC DE SANTE.....	15
I – LA FAUTE EN PRATIQUE HOSPITALIERE.....	15
1. Le principe: la responsabilité pour faute simple.....	15
2 . L'exception: la faute détachable du service.....	26
II – LA REPARATION DU PREJUDICE MARQUEE PAR LE MAINTIEN DE SPECIFICITES.....	31
1. Le lien de causalité : la prédominance de la théorie de la causalité adéquate	31
2. L'évaluation du préjudice: la référence à une nomenclature propre.....	33
PARTIE 2 – L' IMMUNITE DE LA SAGE-FEMME DANS L'ETABLISSEMENT PRIVE DE SANTE.....	44
I – L'HARMONISATION DES REGIMES DE RESPONSABILITÉ AUTOUR DE LA FAUTE	44
1. L'application de dispositions communes aux deux ordres de	44
juridiction.....	44
2. L'immunité guidée par une logique de rapprochement des deux ordres de juridiction	53
II – UNE EVOLUTION RESPECTIVE DE LA REPARATION DU PREJUDICE.....	60
1. Le lien de causalité: une démarche commune.....	60
2. L'évaluation du préjudice: une tentative d'uniformisation.....	62
CONCLUSION.....	71

«Alors pendant neuf jours et pendant neuf nuits, Latone fut déchirée par les cruelles douleurs de l'enfantement. Toutes les déesses les plus illustres sont rassemblées autour d'elle. Dionée, Rhéa, Thémis qui poursuit les coupables, la gémissante Amphitrite, toutes, à l'exception de Junon aux bras d'albâtre : celle-ci resta dans le palais du formidable Jupiter. Cependant la seule Ilithye, déesse des accouchements, ignorait cette nouvelle ; elle était assise au sommet de l'Olympe dans un nuage d'or et fut retenue par les conseils de Junon qui ressentait une fureur jalouse parce que Latone, à la belle chevelure, devait enfanter un fils puissant et irréprochable.

Alors pour amener Ilithye, les autres déesses envoyèrent de Délos la légère Iris en lui promettant un collier mêlé de fils d'or et long de neuf coudées. Elles lui recommandent surtout de l'avertir à l'insu de Junon, de peur qu'elle ne l'arrête par ses paroles. Iris, aussi prompte que les vents, ayant reçu cet ordre, s'élance et franchit l'espace en un instant. Arrivée à la demeure des dieux sur le sommet de l'Olympe, elle appela Ilithye du seuil du palais et lui redit fidèlement toutes les paroles comme le lui avaient recommandé les habitantes des célestes demeures. Elle persuada l'âme d'Ilithye et toutes deux s'envolent semblables à de timides colombes. Lorsque la déesse qui préside aux enfantements arriva à Délos, Latone était en proie aux plus vives douleurs. Sur le point d'accoucher, elle entourait de ses bras un palmier et ses genoux pressaient la molle prairie. Bientôt la terre sourit de joie ; le dieu paraît à la lumière ; toutes les déesses poussent un cri religieux. Aussitôt, divin Phébus, elle vous lave chastement et vous purifie dans une onde limpide et vous enveloppe dans un voile blanc, tissu délicat, nouvellement travaillé qu'elle noue avec une ceinture d'or.»¹

¹ Extrait d' "Hymne à Apollon". Homère, Hymnes, texte établi et traduit par Jean Humbert, Paris, Belles Lettres, 1938

INTRODUCTION

La sage-femme est celle qui donne la sagesse aux femmes, qui les aide à devenir mère. Il s'agit du professionnel de la santé ayant pour rôle la surveillance, les soins et le conseil des femmes tout au long de leur grossesse, pendant l'accouchement et dans les suites de couches.²

Approche historique

Historiquement, la matrone a longtemps été présente aux côtés des femmes dans les campagnes. Elle était choisie par la communauté en fonction de la confiance qu'elle inspirait sans bénéficier de formation. Lorsque l'Etat s'engage dans une politique d'accroissement de la population, les matrones seront mises à l'écart en raison de leurs pratiques désastreuses pour la vie des parturientes et des nouveau-nés. A contrario, les sages-femmes étaient formées dans les grandes villes. Au XVIII^e siècle, la sage-femme Angélique Du Coudray crée un mannequin et se déplace dans les provinces afin de diffuser auprès des sages-femmes les différentes techniques de manœuvres obstétricales. Au XX^e siècle, une succession de révolutions sociales et de progrès scientifiques va changer considérablement la maternité des femmes et bouleverser la profession de sage-femme. En quelques années, une très grande majorité de sages-femmes va passer d'un exercice libéral au domicile des parturientes à un exercice salarié dans les maternités. En effet, au début du XX^e siècle, les hôpitaux sont destinés aux femmes les plus pauvres qui ne pouvaient accoucher chez elles. Or, les conditions d'hygiène dans les chambres communes des hospices et des hôpitaux sont déplorables. La mortalité maternelle et infantile est importante en raison, notamment, de la fièvre puerpérale. Les pouvoirs publics se préoccupent alors du taux de la natalité et l'accouchement devient une affaire de santé publique. Après la seconde guerre mondiale, les femmes sont incitées à accoucher dans les maternités et le mode d'exercice des sages-femmes devient majoritairement salarié. En 1984, la profession s'ouvre aux hommes, qui restent toutefois très minoritaires. Le statut de la sage-femme hospitalière de la fonction publique est créé par les décrets de 1989³. Les techniques scientifiques et médicales progressent spectaculairement dans le dernier quart du XX^e siècle : diagnostic anténatal, monitoring, échographie, péridurale. Suivi de grossesse et accouchement

2 Dictionnaire Larousse. Sage-femme. 2016

3 Décret n°89-611 du 1 septembre 1989 portant statut particulier des sages-femmes de la fonction publique hospitalière

deviennent alors des actes techniques. Les décrets de 1998⁴ dits de périnatalité définissent les normes en matière de personnels et de locaux. Petit à petit, les protocoles s'installent pour rationaliser le temps et les prises en charge favorisant la surmédicalisation. Aujourd'hui, 99% des accouchements ont lieu à l'hôpital et 75% sous péridurale.⁵

Les missions de la sage-femme

Le cadre juridique de l'exercice de la profession de sage-femme est strictement défini par le code de la santé publique (CSP), notamment par les articles L.4151-1 à L.451-4 et par le code de déontologie des sages-femmes, inclus dans le code de la santé publique aux articles R.4127-301 à R.4127-32 (annexe 2). Certains articles ont été modifiés par la loi n°2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique ou encore par le décret n°2006-1268 du 17 octobre 2006 relatif au code de déontologie des sages-femmes. Cette détermination légale concerne à la fois les actes, les prescriptions, les vaccinations et la contraception. Ainsi, « *l'exercice de la profession de sage-femme comporte la pratique des actes nécessaires au diagnostic, à la surveillance de la grossesse et à la préparation psychoprophylactique à l'accouchement, ainsi qu'à la surveillance et à la pratique de l'accouchement et des soins postnataux en ce qui concerne la mère et l'enfant, sous réserve des dispositions des articles L.4151-2 à L. 4151-4 et suivant les modalités fixées par le code de déontologie de la profession, mentionné à l'article L. 4127-1* » (article L4151-1 du code de la santé publique).

Dans le cadre du suivi de grossesse, la sage-femme procède aux examens prénataux obligatoires et assure l'accompagnement psychologique de la femme enceinte et les séances de préparation de l'accouchement. Pour l'accouchement, elle est responsable du déroulement normal depuis le diagnostic du début du travail jusqu'à la délivrance. Après la naissance, la sage-femme assure les soins postnataux de la mère et de l'enfant. En revanche, dès qu'une pathologie est diagnostiquée, elle a l'obligation de référer de cette situation à un médecin. La sage-femme a également un droit de prescription: « *les sages-femmes peuvent prescrire les dispositifs médicaux, dont la liste est fixée par l'autorité administrative, et les examens strictement nécessaires à l'exercice de leur profession. Elles peuvent également prescrire les médicaments d'une classe thérapeutique figurant sur une liste fixée par arrêté du ministre chargé de la santé pris après avis de l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé* » (article L.4151-4 du CSP). Depuis la loi dite "HSPT"

4 Décret no 98-900 du 9 octobre 1998 relatif aux conditions techniques de fonctionnement auxquelles doivent satisfaire les établissements de santé pour être autorisés à pratiquer les activités d'obstétrique, de néonatalogie ou de réanimation néonatale et modifiant le code de la santé publique

5 Données issues du site internet de l'ordre des sages-femmes : www.ordre-sages-femmes.fr

du 21 juillet 2009⁶, la sage-femme peut assurer des consultations en matière de gynécologie préventive et de contraception auprès des femmes en bonne santé tout au long de leur vie. La loi du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé⁷ leur donne également une nouvelle compétence: la réalisation des interruptions volontaires de grossesse (IVG) médicamenteuses (article L2212-1 du code de la santé publique).

Les sages femmes ont pu voir leurs attributions considérablement augmentées au fil des années. En effet, une prise en charge par des sages-femmes permet de réduire les coûts des soins mais également d'éviter certains actes médicaux, un souci important étant d'éviter une trop grande médicalisation de la grossesse pour les femmes à bas risque. Dans le cadre de notre étude, nous avons pu rencontrer une des cadres sage-femme du Centre hospitalier intercommunal Toulon - La Seyne sur Mer⁸ qui confirme cette approche de la prise en charge des sages-femmes: *«on a une approche qui est plus dans le domaine de l'accompagnement. Au cours de la consultation, on parle également du projet de naissance mais notre métier est peu connu, ce sont souvent les femmes d'un niveau socio-économique plus élevé qui viennent nous voir spontanément»*.

Notre étude portera sur une partie seulement des missions de la sage-femme: celles qui entourent l'accouchement. Il s'agit de l'action de mettre un enfant au monde. L'accouchement est l'ensemble des phénomènes mécaniques et physiologiques aboutissant à l'expulsion du fœtus et de ses annexes hors de l'utérus.⁹

Les modes d'exercice de la profession de sage-femme

Selon l'article L4151-5 du code de la santé publique, les sages-femmes peuvent exercer dans différents domaines : libéral, salarié du secteur privé, salarié du secteur public (annexe 1). Actuellement, environ vingt-deux mille sages-femmes exercent leur activité en France dont moins de trois cent hommes.¹⁰ Les sages-femmes exercent majoritairement à l'hôpital. En 2012, 74 % des sages-femmes sont salariées hospitalières dont 58 % dans le secteur public et 16 % dans le secteur privé, 8 % sont salariées non hospitalières dont plus de la moitié exercent dans un service de protection maternelle et infantile (PMI) et 18 % exercent en libéral.¹¹

6 Loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires

7 Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé

8 Le centre hospitalier intercommunal de Toulon – La Seyne sur Mer possède une maternité de niveau IIb (voir infra p.7). Environ 3000 accouchements par an ont lieu au sein de la maternité.

9 Dictionnaire Larousse. Accouchement. 2016.

10 Données issues du site de l'ordre des sages-femmes. www.ordre-sages-femmes.fr.

11 SEYES, Baudoin. La profession de sage-femmes : constat démographique et projections d'effectifs. ÉTUDES

Pour pouvoir exercer la profession de sage-femme, il faut avoir obtenu le diplôme d'état de sage-femme, être de nationalité française (ou ressortissant européen avec une formation dont la liste est détaillée dans l'article L4151-5 du CSP) et être inscrit au tableau de l'ordre des sages-femmes. Cette inscription permet de faire connaître son identité à l'ordre des sages-femmes et prémunit la sage-femme contre l'usurpation de son diplôme. Pour exercer ce métier, le cursus est de cinq ans : la première année commune aux études de santé (Paces), commune aux étudiants en médecine, odontologie (chirurgie dentaire) et pharmacie, et quatre ans de formation au sein de l'une des trente-cinq écoles de sages-femmes présentes en France.

Les sages-femmes occupent une place particulière au sein des équipes des maternités, dans la mesure où elles occupent une place intermédiaire entre les médecins et les professions paramédicales. La sage-femme que nous avons pu rencontrer témoigne de cette particularité: *« on est une profession médicale sans être praticien hospitalier¹², c'est tout l'ambivalence du métier. Pourtant, on a des compétences médicales, mais on est toujours entre deux, il y a une méconnaissance de nos compétences. Le statut médical est très peu connu et reconnu»*. Le statut de la sage-femme a été, au cours des quinze dernières années, modifié et élargi par la reconnaissance du caractère médical de son diplôme d'enseignement supérieur. Avant les modifications de son statut, la sage-femme était considérée comme une sorte d'infirmière spécialisée, d'auxiliaire préposée de l'accoucheur. Tel n'est plus le cas aujourd'hui.

La sage-femme hospitalière

La particularité pour les sages-femmes, dans le secteur hospitalier public, était de faire partie du personnel soignant et non du personnel médical, tout en conservant une responsabilité de type médical. Depuis 2014¹³, les sages-femmes bénéficient d'un statut médical spécifique de sages-femmes des hôpitaux au sein de la fonction publique hospitalière. Le nouveau corps des sages-femmes des hôpitaux est constitué par l'intégration du corps des sages-femmes et du corps des directeurs d'école de sages-femmes de la fonction publique hospitalière. Les sages-femmes des hôpitaux sont recrutées par concours sur titre. Ce corps

et RÉSULTATS, 2012. n° 791

12 Médecin, pharmacien ou chirurgien-dentiste recrutés à l'issu d'un concours national et nommés à titre permanent ou temporaire au sein d'un établissement public de santé.

13 Décret n° 2014-1585 du 23 décembre 2014 portant statut particulier des sages-femmes des hôpitaux de la fonction publique hospitalière

de statut médical est classé en catégorie A au sein de la fonction publique hospitalière. La carrière des sages-femmes des hôpitaux est organisée en deux grades. Le premier grade comprend onze échelons et le second grade comprend neuf échelons. Le grade de démarrage de la carrière est le premier grade de sage-femme des hôpitaux, il correspond aux activités cliniques, de prévention et de recherche exercées notamment dans les unités de soins de gynécologie et d'obstétrique. Le second grade de sages-femmes des hôpitaux, accessible après huit ans d'ancienneté dans le premier grade, correspond à trois orientations de carrière : l'expertise clinique, la coordination ou formation.¹⁴

Les sages-femmes hospitalières effectuent principalement des accouchements. Selon l'enquête périnatalité 2010¹⁵, plus de la moitié d'entre eux sont réalisés par une sage-femme. Cette part s'élève à 80 % pour les seuls accouchements par voie basse. Enfin, même si l'interruption volontaire de grossesse, médicale ou chirurgicale, ne peut être pratiquée que par un médecin, la loi autorise néanmoins les sages femmes à y participer. D'après cette même enquête auprès des structures et des praticiens réalisant des IVG, un tiers du personnel intervenant dans les IVG sont des sages-femmes. Elles participent plus souvent aux IVG dans le secteur public, où elles représentent 39 % des professionnels concernés, que dans le secteur privé (4 %).

Au sein de la fonction publique, les sages-femmes peuvent également exercer dans les services de la protection maternelle et infantile, elles sont alors employées par le Conseil Départemental avec un recrutement sur concours (sur titres ou sur épreuves selon les départements).

La sage-femme salariée d'une clinique

Les grilles indiciaires des salaires et l'évolution de carrière des sages-femmes travaillant en clinique diffèrent peu du secteur public. En revanche, les responsabilités médicales des sages-femmes sont plus étendues en maternité publique qu'en maternité privée. En effet, les responsabilités pour les actes entourant la naissance sont très limitées. Dans le secteur privé, le médecin est le plus souvent en charge de l'accouchement, la sage-femme étant chargée de la préparation et de l'accompagnement de la femme pendant la phase de travail. Au contraire, dans le secteur public, ce sont les sages femmes qui assurent les

14 INSTRUCTION N° DGOS/RH4/2015/18 du 20 janvier 2015 relative à la mise en œuvre de la réforme statutaire des sages-femmes hospitalières

15 BLONDEL, Béatrice. KERMARREC, Morgane. Enquête nationale périnatale 2010. Les naissances en 2010 et leurs évolutions depuis 2003. INSERM, 2011.

accouchements et les médecins n'interviennent que pour les accouchements difficiles ou à risque. Les variations entre maternités publiques et privées proviennent peut-être du mode de fonctionnement des services ou encore du mode de rémunération des médecins. Cela peut également refléter le choix des femmes qui souhaitent être entièrement prises en charge par leur médecin.¹⁶

La sage-femme libérale

Le code de déontologie détaille avec précision les conditions d'exercice de la sage-femme libérale. Une sage-femme nouvellement diplômée peut s'installer en libéral, il n'y a pas de durée minimum d'exercice. La sage-libérale doit quand elle s'installe, souscrire une assurance professionnelle en responsabilité civile et décrire son activité qui définit le montant de sa cotisation. Les sages-femmes libérales conventionnées sont encadrées par une convention nationale signée par les syndicats représentatifs de la profession et les caisses nationales d'assurance maladie. Les actes sont pris en charge par les régimes de sécurité sociale. Le remboursement des soins est à hauteur de 100% pour les actes relevant de la maternité.

En libéral, leur activité est majoritairement orientée vers les cours de préparation à la naissance, vient ensuite la rééducation périnéale et les consultations de suivi de grossesse qui ne représentent que 5 % des actes. Enfin, les accouchements ne comptent, en 2009, que pour 0,05 % à peine des actes pratiqués par les sages-femmes libérales.¹⁷

L'accouchement étant peut pratiqué par les sages-femmes libérales, notre étude portera sur l'exercice salarié de la profession englobant à la fois le secteur public et le secteur privé. Comme nous avons pu le décrire précédemment, il s'agit des professionnels intervenant le plus dans la pratique de l'accouchement.

Les accouchements s'effectuent, dans les établissements de santé, au sein des maternités. L'article L. 6111-1 du code de la santé publique donne une définition des établissements de santé: *«les établissements de santé publics, privés d'intérêt collectif et privés assurent, dans les conditions prévues au présent code, en tenant compte de la singularité et des aspects psychologiques des personnes, le diagnostic, la surveillance et le traitement des malades, des blessés et des femmes enceintes et mènent des actions de prévention et d'éducation à*

¹⁶ BLONDEL, Béatrice. Les responsabilités médicales des sages-femmes dans les maternités publiques et privées : résultats d'une enquête dans 11 régions. INSERM, 1998.

¹⁷ SEYES, Baudoin. La profession de sage-femmes : constat démographique et projections d'effectifs. ÉTUDES et RÉSULTATS, 2012. n° 791

la santé». En 1994, il avait été prévu trois niveaux de maternité correspondant à des niveaux de soins de néonatalogie différents. Les décrets de 1998¹⁸ ont déterminé deux niveaux intermédiaires pour la néonatalogie. C'est donc essentiellement le type de prise en charge du nouveau-né qui détermine le niveau de maternité. On différencie les types suivants (annexe 3):

- maternité de niveau I : suivi et accouchement des femmes dont la grossesse est normale et dont les nouveau-nés ont seulement besoin de soins de puériculture
- maternité de niveau IIa : nouveau-nés nécessitant des soins de néonatalogie hors soins intensifs
- maternité de niveau IIb : existence de soins intensifs concernant les nouveau-nés
- maternité de niveau III : nouveau-nés nécessitant des soins de réanimation néonatale.

Dans la maternité, l'accouchement à lieu en salle de naissance, la parturiente est prise en charge par une sage-femme, une aide-soignante ou une auxiliaire de puériculture, un gynécologue-obstétricien, un anesthésiste et un pédiatre. Le pronostic vital de la mère et de l'enfant pouvant être engagé à tout moment, il s'agit d'un lieu où la sage-femme est particulièrement exposée au risque de voir sa responsabilité engagée.

La responsabilité juridique de la sage-femme

Le code de la santé publique donne à la sage-femme une autonomie propre, dans son cadre de compétence, et, une responsabilité juridique à part entière, au même titre que l'accoucheur. La sage-femme est en effet considérée maintenant comme un patricien titulaire d'un diplôme médical. De ce fait, sa responsabilité juridique s'en trouve tout autant alourdie, s'étant hissée au niveau de celle du médecin accoucheur.

Il n'existe pas de chiffres précis émis sur le nombre de dossiers traités par les tribunaux français ayant incriminé des sages-femmes. En effet, les affaires ne sont pas jugées par les mêmes juridictions, certains dossiers sont traités par plusieurs d'entre elles et peuvent être examinés par des tribunaux de première instance, de deuxième instance et de cassation. De plus certains dossiers mettent plusieurs années à être clôturés. D'après étude réalisée par la Sham¹⁹, sur 66 dossiers de sinistres en obstétrique, les causes retenues par l'expert sont dix erreurs de diagnostic, vingt et une erreurs de soins et treize erreurs de prises de décision

18 Décret n° 98-899 du 9 octobre 1998 relatif aux établissements de santé publics et privés pratiquant l'obstétrique, la néonatalogie ou la réanimation néonatale.

19 La Sham (Société hospitalière d'assurances mutuelles) est une des principales société d'assurances spécialisée dans l'assurance des établissements de santé, des établissements du secteur médico-social et des professionnels de santé.

imputables aux sages-femmes.²⁰

En droit, être responsable signifie assumer les conséquences de ses actes. Lors de son activité professionnelle, le soignant prend des décisions, effectue des actes, administre des produits actifs et il peut arriver qu'à la suite d'un acte ou d'une décision, des conséquences dommageables se produisent pour un patient. Plusieurs responsabilités juridiques peuvent être engagées par le patient qui a subi des conséquences dommageables suite à l'intervention d'une sage-femme. Chacune de ces responsabilités poursuit un objectif particulier et fonctionne de manière autonome. Il existe quatre responsabilités encourues par la sage-femme : la responsabilité civile ou administrative, la responsabilité pénale, la responsabilité disciplinaire et la responsabilité déontologique.

La responsabilité civile ou administrative

Ces deux responsabilités fonctionnent de la même manière et obéissent au même objectif. On parle de responsabilité civile pour les soignants exerçant dans le secteur privé, et de responsabilité administrative pour les soignants exerçant dans le secteur public. L'objectif poursuivi par ces deux responsabilités est la réparation du préjudice subi par le patient. On parle donc de responsabilité réparatrice. En cherchant à engager la responsabilité civile ou administrative de la sage-femme, la patiente souhaite obtenir une compensation financière par rapport à un dommage qu'elle estime avoir subi. Cette compensation se fera sous forme de dommages et intérêts. Pour que la responsabilité de la sage-femme soit engagée trois conditions sont nécessaires :

La première condition est l'existence d'une faute commise par la sage-femme: il s'agit du "fait générateur" de responsabilité qui se manifeste par l'existence d'une faute prouvée ou présumée née d'une décision, d'un agissement, d'un retard à agir, voire d'une abstention.

La deuxième condition est l'existence d'un préjudice subi par le patient. On parle indifféremment de dommage ou de préjudice pour désigner l'atteinte subie par le patient par le fait de la sage-femme. Il existe différentes sortes de dommages (physique, moral, financier, par exemple) qui, pour être juridiquement réparables, doivent remplir un certain nombre de conditions.

La troisième et dernière condition est l'existence d'un lien de causalité. Le lien de causalité se définit comme le lien de cause à effet entre le fait générateur de responsabilité et le dommage dont il est demandé réparation. Pour que la responsabilité soit engagée, il faut en effet que ce soit la faute commise par la sage-femme qui soit bien à l'origine du préjudice

²⁰ SHAM. Panorama du risque médical en 2012.

subi par le patient.

Si ces trois conditions sont réunies, la responsabilité civile ou administrative, selon le lieu d'exercice de la sage-femme sera engagée.

A l'hôpital, les sages-femmes dépendent du statut d'agent de la fonction publique. Il est défini par l'article 11 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant sur les droits et obligation des fonctionnaires : *«Les fonctionnaires bénéficient, à l'occasion de leurs fonctions et conformément aux règles fixées par le code pénal et les lois spéciales, d'une protection organisée par la collectivité publique qui les emploie à la date des faits en cause ou des faits ayant été imputés de façon diffamatoire au fonctionnaire. Lorsqu'un fonctionnaire a été poursuivi par un tiers pour faute de service et que le conflit d'attribution n'a pas été élevé, la collectivité publique doit, dans la mesure où une faute personnelle détachable de l'exercice de ses fonctions n'est pas imputable à ce fonctionnaire, le couvrir des condamnations civiles prononcées contre lui»*. Ainsi, lorsqu'une sage-femme hospitalière entraîne par sa faute un dommage, c'est à l'établissement public de santé d'indemniser la victime.

En clinique, les règles applicables sont celles de la responsabilité civile. En droit commun, il existe trois faits générateurs de responsabilité possibles :

On trouve d'abord aux articles 1382 et 1383 du code civil, le fait personnel c'est à dire la faute: *«Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer»*. Il y a ensuite le fait des choses dont on a la garde (article 1384 alinéa 1er du code civil). Le troisième fait générateur possible est celui du fait d'autrui, à la charge des parents qui sont responsables du fait de leurs enfants (C.civ. art.1384 alinéa 4), des commettants qui sont responsables du fait de leurs préposés (C.civ. art.1384 al5) et plus généralement à la charge de ceux qui ont la garde d'autrui (art. 1384 al 1er) : *«On est responsable du dommage que l'on cause non seulement par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde»*. Nous verrons que le choix du fait générateur susceptible d'engager la responsabilité de la sage-femme a connu d'importants rebondissements ces dernières années, passant d'une responsabilité personnelle à une responsabilité du fait d'autrui.

Ce ne sont pas les mêmes tribunaux qui sont amenés à juger de l'existence d'une responsabilité civile ou administrative. Pour la responsabilité civile, ce sont les tribunaux

d'instance ou de grande instance qui sont concernés. La répartition des litiges entre ces deux juridictions se fait selon le montant des dommages et intérêts demandés : pour des montants de moins de 10 000 euros, c'est le tribunal d'instance qui va être impliqué, pour des montants supérieurs à 10 000 euros, c'est le tribunal de grande instance qui devra être saisi. Pour la responsabilité administrative, ce sont les tribunaux administratifs qui ont en charge le contentieux. En appel, un recours peut être formé devant les cours d'appel, pour la sage-femme travaillant dans le secteur privé, et les cours administratives d'appel, pour la sage-femme travaillant dans le secteur public.

La responsabilité pénale

La responsabilité pénale sanctionne, par des peines d'amende ou de prison, les infractions définies par la loi pénale. On parle donc de responsabilité punitive. Elle concerne les personnes physiques et, depuis le code pénal de 1994, les personnes morales. Pour que cette responsabilité soit engagée il faut que la sage-femme ait commis une infraction. Pour qualifier l'infraction, trois éléments sont nécessaires :

Un élément légal. Selon l'adage "*nullum crimen, nulla poena sine lege*" (pas de crime, pas de peine sans loi), il faut un texte de loi qui interdise l'accomplissement d'un acte et le punisse.

Un élément matériel. L'élément matériel se manifeste par la réalisation concrète des faits incriminés.

Un élément moral. L'élément moral fait référence à l'attitude psychologique de l'auteur vis-à-vis de la commission des faits réprimés par la loi pénale. L'auteur peut avoir agi avec intention de nuire ou par imprudence ou négligence. La faute est dite intentionnelle ou non intentionnelle.

La responsabilité pénale est une responsabilité personnelle, c'est le principe énoncé à l'article 121-1 du code pénal dans les termes suivant: "*Nul n'est responsable pénalement que de son propre fait*".

Les infractions pénales sont réparties dans trois catégories liées à un degré de gravité de l'infraction. Chaque catégorie d'infraction est examinée par une juridiction différente : la première catégorie concerne les contraventions, jugées par le tribunal de police, la deuxième catégorie concerne les délits, jugés par le tribunal correctionnel et enfin la troisième catégorie concerne les crimes, jugés par la cour d'assises.

La responsabilité disciplinaire

La responsabilité disciplinaire appartient à l'employeur qui dispose du pouvoir disciplinaire pour sanctionner les actes jugés fautifs du salarié. Avant d'appliquer la sanction, il est tenu de respecter une procédure destinée à informer le salarié et à lui permettre d'assurer sa défense. L'employeur a une large palette de sanctions applicables selon la gravité des actes : du simple avertissement jusqu'au licenciement, en passant par le blâme ou la mise à pied.

Dans la fonction publique, l'article 29 de la loi du 13 juillet 1983 dispose que: «*toute faute commise par un fonctionnaire dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions l'expose à une sanction disciplinaire sans préjudice, le cas échéant, des peines prévues par la loi pénale* ». Pour l'essentiel, ce sont les directeurs d'établissements qui sont compétents pour exercer le pouvoir disciplinaire. L'article 81 du titre IV répartit la liste des sanctions, qui a un caractère exclusif, en quatre groupes selon leur degré de sévérité allant de l'avertissement à la révocation.

La responsabilité déontologique

Le code de déontologie des sages-femmes, préparé par le conseil national de l'ordre a été institué par le décret n°91-779 du 8 août 1991 portant code de déontologie des sages-femmes et modifié par le décret n°97-503 du 21 mai 1997 et n°2006-1268 du 17 octobre 2006. Il édicte un ensemble de valeurs et de principes moraux permettant de garantir le respect d'une éthique professionnelle. Quel que soit l'exercice professionnel de la sage-femme, le respect du code de déontologie s'impose à toute sage-femme, dont l'obligation de formation continue durant toute la période d'activité.

La responsabilité de la sage-femme qui ne respecte pas une des règles instituées par le code de déontologie est passible d'une sanction disciplinaire allant du simple avertissement à l'interdiction définitive d'exercer sa profession (article L.4124-6 du code de la santé publique). La responsabilité déontologique sanctionne tout comportement de la sage-femme, adopté dans sa vie professionnelle ou privée, contraire à l'éthique professionnelle.

Les affaires de responsabilité disciplinaire sont jugées devant l'ordre des sages-femmes : en première instance, par les chambres disciplinaires de première instance et en appel, devant la chambre disciplinaire nationale.

On retrouve aux articles L.4121-2 et L.4125 du code de la santé publique les fonctions de l'ordre des sages-femmes :

- veiller au maintien des principes de moralité, de probité, de compétence et de

dévouement indispensables à l'exercice de la profession

- veiller à l'observation, par tous les membres, des devoirs professionnels et des règles édictées par le code déontologie
- assurer la défense de l'honneur et de l'indépendance de la profession
- organiser toute œuvre d'entraide et de retraite au bénéfice de ses membres et de leurs ayants droit.

Le cumul des responsabilités

Qu'il existe différentes responsabilités juridiques ne signifie pas qu'une seule responsabilité ne sera engagée en cas de faute. Au contraire, pour un même acte, l'ensemble des responsabilités peut être engagé à l'encontre de la sage-femme. Ainsi, une patiente peut engager une action en responsabilité pénale et une action en responsabilité civile (elle peut le faire dans le même temps devant le juge pénal en se constituant partie civile). Cela s'explique par les objectifs différents poursuivis par ces responsabilités, ne faisant pas obstacle à leur engagement simultané. Il n'est ainsi pas rare qu'en cas de faute commise par un soignant, les différentes responsabilités encourues soient engagées.

Chaque responsabilité poursuivant un objectif différent et opérant selon un mécanisme propre, cette étude portera uniquement sur la responsabilité indemnitaire de la sage-femme car elle possède une particularité : suivant l'établissement qui l'emploie, la sage-femme pourra voir sa responsabilité engagée devant les juridictions judiciaires ou administratives. En effet, le contentieux de la responsabilité médicale et hospitalière est partagé entre deux ordres de juridiction. Cette compétence partagée nécessite de parvenir, dans la mesure du possible, à une convergence des jurisprudences administratives et judiciaires. La situation des victimes de dommages liés à des soins n'est en effet guère différente suivant les structures au sein desquelles elles ont été soignées et appelle donc, en principe, un « traitement juridictionnel » égal.²¹

Une évolution législative majeure

La responsabilité des établissements de santé et des professionnels de santé présentait auparavant des spécificités liées au fait qu'en droit civil, elle est, en règle générale, fondée sur le contrat conclu par le patient avec le professionnel de santé ou l'établissement de

²¹ DUVAL-ARNOUD, Domitille. La convergence des jurisprudences administratives et judiciaires. AJDA. 2016. p.355.

santé, tandis que le patient est considéré comme un usager du service public devant les juridictions administratives, elle est alors sous la protection de l'établissement public de santé qui l'emploie.

La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, codifiée aux articles L. 1142-1 et suivants du code de la santé publique a cherché à unifier les règles applicables à l'ensemble des professionnels et des établissements de santé en matière de responsabilité. Le législateur n'a pas modifié la compétence contentieuse, le juge judiciaire continuant à connaître des actions dirigées contre les établissements de santé privés et le juge administratif de celles qui visent les établissements de santé publics, mais il a institué un régime de responsabilité qui leur est commun: les professionnels et établissements de santé «*ne sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute*» (art.L1142-1 du CSP). La nouveauté tient non à l'affirmation de la responsabilité pour faute que la jurisprudence pratiquait déjà mais à sa confirmation par la loi comme le seul système de responsabilité applicable dans ce domaine. Ces nouvelles dispositions ont conduit les deux ordres de juridiction à procéder à d'importantes évolutions jurisprudentielles pour adopter les mêmes réponses aux questions posées par leur application.

Il s'agira donc d'étudier, à travers l'exemple de la sage-femme, les différentes évolutions engagées par les deux ordres de juridiction depuis la loi du 4 mars 2002, pour savoir si elles ont pu aboutir à un rapprochement des régimes de responsabilité. Notre question est donc la suivante : En quoi le régime de responsabilité de la sage-femme exerçant dans un établissement public de santé est t'il plus protecteur que celui de la sage-femme exerçant dans un établissement privé de santé ?

La faute de la sage-femme hospitalière engage la responsabilité de l'hôpital. En clinique, depuis quelques années, la sage-femme bénéficie de l'immunité accordée au préposé, il revient donc à son employeur de réparer les dommages causés par sa faute. Nous examinerons dans cette étude, les contours de ces deux régimes de responsabilité. Nous étudierons dans une première partie, la protection de la sage-femme par l'établissement public de santé et dans un deuxième partie l'immunité de la sage-femme dans l'établissement privé de santé.

PARTIE 1 – LA PROTECTION DE LA SAGE FEMME PAR L' ETABLISSEMENT PUBLIC DE SANTE

Pour que la responsabilité administrative de la sage-femme soit engagée, trois conditions doivent être réunies: une faute doit être commise (I), un préjudice doit être subi par le patient et un lien de causalité doit exister entre la faute commise par la sage-femme et le préjudice subi par le patient (II). Nous étudierons successivement ces trois conditions.

I – LA FAUTE EN PRATIQUE HOSPITALIERE

A L'hôpital, quand une sage-femme provoque par sa faute un dommage, il appartient à l'hôpital d'en indemniser la victime (1). La principale exception à cette règle est la faute détachable du service c'est à dire une faute d'une gravité exceptionnelle qui ne peut être rattachée au fonctionnement du service. Néanmoins nous verrons que cette hypothèse est extrêmement rare (2).

1. Le principe: la responsabilité pour faute simple

Il s'agit d'étudier, dans un premier temps, les fondements de la responsabilité hospitalière (1.1), pour étudier ensuite les fautes pouvant être retenues pendant l'accouchement (1.2).

1.1 Les fondements de la responsabilité hospitalière

La raisonnablement du juge administratif n'a pas toujours été le même en matière de responsabilité liée à un acte de soins. On est ainsi passé d'une irresponsabilité générale de l'établissement public de santé (1.1.1), à une responsabilité pour faute lourde, puis à une responsabilité pour faute simple (1.1.2). Enfin, la faute est appréciée en fonction des moyens dont dispose l'hôpital (1.1.3).

1.1.1 La compétence du juge administratif

Nous rappellerons brièvement les différentes évolutions jurisprudentielles ayant entraîné l'apparition de la responsabilité de la puissance publique puis la compétence du juge administratif en matière médicale.

Apparition d'une responsabilité publique

Jusqu'à la fin du XIXe siècle, l'irresponsabilité de la puissance publique était le principe. Les hypothèses de responsabilité se limitaient aux seuls cas où une loi en décidait expressément ainsi. Il était en effet considéré que les actes de la souveraineté nationale ne pouvaient être jugés par un tribunal. Le 8 février 1973, le Tribunal des conflits par l'arrêt *Blanco* reconnaît une responsabilité de principe des personnes publiques. Cependant, du fait de la mission de service public qui leur est confiée, cette responsabilité ne saurait être régie par les règles du code civil. Le contentieux de la responsabilité administrative est confié au juge administratif.

Compétence du juge administratif en matière de faute médicale

Par un arrêt du 25 mars 1957 *Isaac Slimane*, le Tribunal des conflits a considéré que la responsabilité administrative de l'hôpital couvre la responsabilité du médecin hospitalier pour les fautes commises dans son activité médicale. La Cour de cassation s'est inclinée à partir de 1960 et a admis par un arrêt d'assemblée plénière du 18 juin 1963 que la faute médicale du médecin hospitalier pouvait être qualifiée de «faute de service».

Les juridictions judiciaires gardent cependant une compétence exceptionnelle à l'égard des médecins hospitaliers: la responsabilité pénale relève des seules juridictions répressives (le juge sera également compétent pour statuer sur les intérêts civils), l'activité libérale des médecins hospitaliers (article L.6154-1 à L.6154-7 du CSP) autorisés à avoir une clientèle privée relève également des tribunaux judiciaires et enfin, la faute détachable du service qui engage la responsabilité personnelle du médecin relève en principe des tribunaux judiciaires.

1.1.2 La faute dans l'organisation du service

Longtemps le Conseil d'Etat a retenu l'exigence d'une faute lourde pour engager la responsabilité de l'hôpital avant d'y renoncer au profit d'une faute simple ce que confirme la

loi du 4 mars 2002.

Caractère de la faute

En 1873, le Tribunal des conflits a apporté la distinction entre faute de service engageant la responsabilité de l'administration et la faute personnelle engageant la responsabilité de l'agent. Une faute de service correspond à une défaillance dans l'organisation ou le fonctionnement normal du service public. En matière de responsabilité médicale, il s'agit donc de la faute médicale qui engage la responsabilité de l'hôpital public du fait de son agent: elle relève de la seule juridiction administrative.

Intensité de la faute

Pendant longtemps, le juge a exigé la preuve d'une faute lourde pour engager la responsabilité de l'administration. Afin de garantir plus facilement l'indemnisation des victimes, la jurisprudence administrative a progressivement réduit le champ des activités pour lesquelles une faute lourde était exigée.

Abandon de la faute lourde

Historiquement, une faute simple suffisait à engager la responsabilité de l'hôpital lorsque le dommage était dû à une mauvaise organisation ou à un fonctionnement défectueux du service ou à un acte de soin. En revanche, une faute lourde était nécessaire lorsqu'elle était dû à un acte médical. C'est ce que nous précise l'arrêt du Conseil d'Etat du 8 novembre 1935 *Dame Philiponeau*: *«considérant que s'agissant d'un traitement chirurgical, la responsabilité des hospices ne pourrait être engagée qu'au cas où une faute lourde aurait été commise par le chirurgien ou l'interne opérant sous sa direction; que l'instruction ne relève pas de faute lourde susceptible d'entraîner la responsabilité des hospices»*. Par son arrêt du 10 avril 1992 *M et Mme V*, le Conseil d'Etat a mis fin à l'exigence de la faute lourde pour engager la responsabilité des hôpitaux publics du fait des dommages causés pour ces actes. L'abandon de la faute lourde rend alors inutile la distinction entre l'acte de soin et l'acte médical: le juge apprécie désormais de manière globale le comportement hospitalier qui a abouti au dommage.

La loi du 4 mars 2002 confirme le principe de la responsabilité pour faute simple: le nouvel article L.1141-1-I alinéa 1 du CSP dispose que *«hors les 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».

1.1.3 Modalités d'appréciation de la faute

La faute résulte de l'appréciation que porte le juge sur la qualification des faits litigieux.

Pour Didier Truchet²², «le juge considère qu'il y a faute lorsque l'établissement n'a pas fonctionné comme il aurait dû le faire dans les circonstances de la cause, compte tenu des moyens dont il disposait ou dont il devait disposer». La jurisprudence attend donc de l'établissement qu'il possède et utilise les moyens en personnel et en matériel qui devaient être les siens eu égard à sa catégorie et aux conditions techniques de fonctionnement en vigueur. L'absence ou la non-utilisation de ces moyens peut-être fautive (CE, 1er mars 1974 *Mourat*). En revanche, l'insuffisance d'équipements n'est pas fautive lorsque sa catégorie n'imposait pas à l'établissement d'en disposer (CE, 17 novembre 1965 *Hôpital-hospice d'Autun*). Le juge se montre ainsi, à dommage égal, plus exigeant à l'égard des établissements importants (en particulier les centres hospitaliers universitaires) qu'à l'égard des petits établissements qui ne disposent pas des mêmes équipements. Le juge s'appuie aussi sur le décalage éventuel entre les résultats que devait normalement produire l'acte de prévention, de diagnostic ou de soin compte tenu de l'état du malade et les résultats qu'il a effectivement produits. Enfin, les droits du patient sont également pris en considération dans l'analyse (article L. 1110-5 du CSP).

Une fois les caractéristiques de la faute présentée, il s'agit maintenant d'analyser les différentes fautes pouvant survenir pendant l'accouchement et susceptibles d'être retenues par le juge administratif.

1.2 Les fautes retenues pendant l'accouchement

Nous présenterons d'abord l'accouchement (1.2.1) afin d'étudier ensuite les différentes fautes envisageables pendant l'accouchement: lors de la surveillance foetale (1.2.2) ou de

²² TRUCHET, Didier. Principe de la responsabilité pour faute simple. Dalloz. Répertoire de la puissance publique. 70 à 88.

l'extraction (1.2.3) ou encore en cas d'astreinte du médecin (1.2.4) ou de dystocie des épaules (1.2.5).

1.2.1 Le déroulement de l'accouchement

Il s'agit de présenter brièvement le cadre juridique de l'exercice d'une sage-femme en salle de travail. Nous définirons d'abord la faute médicale, avant de préciser les compétences de la sage-femme et ses limites : l'accouchement dystocique.

La faute médicale

La faute médicale est un manquement aux «données acquises de la science» (article R.4127-32 du code de la santé publique). L'absence de mesures adaptées à la situation dans un acte médical proprement dit, dans un choix thérapeutique ou dans un diagnostic de soins peuvent être constitutifs d'une faute. Les professionnels étant tenus à une obligation de moyen et non de résultat, l'échec d'un soin ou d'une intervention n'est en soi constitutif d'un manquement.

Les compétences de la sage-femme en salle de travail

La sage femme est responsable du déroulement d'un accouchement normal depuis le diagnostic du début du travail jusqu'à la délivrance. Elle a pour mission de contrôler l'évolution normale du travail dans sa chronologie et sa mécanique tout en surveillant l'état maternel et foetal. Le détail des actes pouvant être réalisé par la sage-femme est défini à l'article L.4151-1 du CSP. La cadre sage-femme du centre hospitalier de Toulon nous apporte des précisions: *«pendant un accouchement, si aucun risque n'est évalué, le médecin de garde n'est même pas prévenu que la patiente est arrivée. Donc la sage-femme prend en charge totalement la patiente même pour la péridurale, la sage-femme par délégation, pose l'indication d'anesthésie péridurale. Si tout se passe bien le médecin n'est même pas informé que la sage-femme a accouché. Des qu'on pense qu'il y a un potentiel risque on prévient le médecin»*. La sage-femme doit, sauf circonstances exceptionnelles, respecter le cadre général défini par la loi. Elle ne pourra donc effectuer des actes ou donner des soins, ni formuler des prescriptions qui dépassent sa compétence professionnelle ou sa propre capacité, au vu de sa formation et de son expérience professionnelle. Il est interdit à la sage-femme de pratiquer toute intervention instrumentale sauf en cas d'urgence. En cas de risque vital ou en l'absence d'un médecin obstétricien disponible, la sage-femme pourrait

alors être contrainte de pratiquer une extraction instrumentale dans les règles de l'art médical.²³

L'accouchement dystocique

L'accouchement dystocique (difficile) s'oppose à l'accouchement eutocique (normal). Un accouchement est eutocique si son déroulement physiologique est normal. L'ambivalence de la notion provient de ce qu'un accouchement peut être d'emblée qualifié de dystocique par nature, ou bien le devenir par accident dans le cours du travail et modifier alors les règles de prise en charge. À la distinction entre accouchement eutocique et dystocique correspond en effet une prise en charge différenciée. Dans sa thèse consacrée à la responsabilité médicale et le risque obstétrical²⁴, Julien Genova la résume ainsi: *«si un accouchement eutocique conduit le praticien obstétrical à seulement surveiller le travail et l'expulsion fœtale, un accouchement dystocique lui impose d'avoir recours à des actes obstétricaux»*.

Le partage des compétences entre sage-femme et obstétricien

Le code de la santé publique prévoit que les sages-femmes sont compétentes pour accompagner les accouchements et en cas d'accouchements dystociques, l'article L.4151-3 du CSP impose l'intervention du médecin dans les termes suivants : *«en cas de pathologie maternelle, foetale ou néonatale pendant la grossesse, l'accouchement ou les suites de couches, et en cas d'accouchement dystocique, la sage-femme doit faire appel à un médecin»*. La mission de ces dernières est donc de surveiller l'évolution normale du travail de l'accouchement et de faire appel au médecin si la situation dépasse leurs compétences. La sage-femme que nous avons pu rencontrer témoigne: *«la sage-femme s'occupe de tout ce qui est eutocique, quand apparaît une pathologie, elle doit passer le relais à l'obstétricien et c'est l'obstétricien qui a le dernier mot, c'est lui qui prend la décision. Il y a aussi des décisions collégiales, le matin quand on prend une garde, on discute avec l'obstétricien. Si une conduite ne paraît pas adapter, on doit le signaler et on peut aller à l'encontre»*. La difficulté majeure pour les sages-femmes consiste dans l'appréciation du moment où l'évolution devient pathologique et dépasse ainsi leurs compétences autonomes. La responsabilité des médecins est à cette occasion étroitement intriquée avec celle des sages-femmes. Pour Antoine Rogier²⁵, *« ce partage de compétences peut prêter à des difficultés*

23 PONTE, C. NGUYEN, F. POULAIN, M-A. 50 questions sur le métier de sage-femme: législation, exercice professionnel. 1^{ère} éd. Elsevier Masson, 2011. p.83.

24 GENOVA, Julien. La responsabilité médicale et le risque obstétrical. Thèse. Aix-Marseille.

25 ROGIER, Antoine. Responsabilité médicale: la référence pour les hôpitaux, médecins, juristes. Eska, 2005. Dommage Corporel. Expertise Médicale.

au cours de l'analyse d'un dossier, d'où l'intérêt d'inscrire clairement sur un dossier commun les examens successifs et les décisions prises par les intervenants successifs en précisant bien l'horaire», ce que confirme notre sage-femme: «dans la pratique le risque médico-légal a eu un impact sur la tenue du dossier et la traçabilité, il y a une exigence qui est autre. Il faut que le dossier soit irréprochable».

1.2.2 La surveillance foetale

Nous présenterons d'abord les instruments de surveillance utilisés par la sage-femme avant d'analyser la jurisprudence en cas de défaut de surveillance.

Présentation des instruments de surveillance

Le **partogramme** est défini par l'OMS comme «*l'enregistrement graphique des progrès du travail et des principales données de l'état de la mère et du fœtus*». Il est de la responsabilité de la sage-femme de veiller à sa bonne tenue. C'est le support principal d'expertise du dossier en responsabilité médicale.

Le **monitoring obstétrical** est l'enregistrement électronique du rythme cardiaque foetal couplé à l'enregistrement des contractions utérines.

Le défaut de surveillance

Dans un arrêt du 20 mars 1957 *Hospices de Perpignan*, le Conseil d'Etat a reconnu que le fait de ne pas surveiller suffisamment un nouveau-né alors que l'accouchement a été difficile constituait un défaut de surveillance de l'accouchement. Un tel défaut est également constitué dans le fait de ne pas surveiller une femme après un accouchement qui avait pourtant donné lieu à d'abondantes hémorragies et avait nécessité des transfusions (CE, 27 juin 2005), ou encore dans le fait de laisser toute la nuit sans monitoring une femme enceinte admise à la suite de la rupture de la poche des eaux (CE, 11 avril 2008). En revanche, le Conseil d'Etat a admis, dans un arrêt du 14 juillet 1987, qu'aucun défaut de surveillance ne peut être reproché au service lorsque celle-ci est conforme aux règles de l'art. C'est le cas pour une sage-femme ayant exercé une surveillance conforme aux règles de l'art et pour laquelle aucun signe clinique alarmant ne justifiait qu'elle fit appel d'urgence aux médecins de l'hôpital et ne lui permettait de déceler le décollement du placenta.

1.2.3 Les extractions foetales

Nous présenterons d'abord les différents modes d'extraction avant de préciser la jurisprudence en cas de faute dans la réalisation des manœuvres ou dans la réalisation tardive d'une césarienne.

Présentation des différents modes d'extraction

Les **extractions instrumentales** sont recommandées dans deux situations: d'abord, en présence d'efforts expulsifs qui prolongent inutilement la période d'expulsion avec le risque d'induire une souffrance foetale. Ensuite, en cas de souffrance foetale avec la nécessité d'extraire rapidement le fœtus (forceps, ventouse). Il est interdit à la sage-femme de pratiquer toute intervention instrumentale.

Les **manœuvres obstétricales** consistent, par des manœuvres internes ou externes, à modifier la position de l'enfant pour lui permettre d'accoucher naturellement ou pour l'extraire. Ces manœuvres tendent à tomber en désuétude.²⁶

L'opération **césarienne** est indiquée dans les dystocies insurmontables et aussi dans un assez grand nombre de circonstances pathologiques de la grossesse. La plupart des césariennes sont actuellement effectuées pour "souffrance foetale". La pratique de la césarienne a pratiquement doublé de fréquence en vingt ans. Parmi les causes, on peut citer la généralisation du monitoring obstétrical, la meilleure appréhension des pathologies anténatales mais également la crainte des poursuites médico-légales qui conduit à interpréter au pire la moindre anomalie notamment du tracé cardiographique.²⁷

La faute dans la réalisation des manœuvres

Dans un arrêt du 5 mars 2008 *CPAM des Côtes d'Armor*, Le Conseil d'Etat a condamné le centre hospitalier de Dinan en raison de la mauvaise application de forceps. A l'inverse, aucune faute n'a pu être reprochée à la sage-femme lors de la réalisation de manœuvres dans une affaire datant du 1er juin 2014: *«toutefois, la dystocie des épaules, qui constitue une complication redoutée de l'accouchement, peut conduire, même si l'enfant est extrait avec les manœuvres appropriées réalisées dans les règles de l'art, à des lésions du plexus brachial consécutives soit à la dystocie elle-même soit aux forces exercées naturellement lors du processus de l'accouchement. Or, la sage-femme, expérimentée, a selon l'expert,*

26 JAMAIN, Bernard. MALINAS, Yves. Naissance-Accouchement. Encyclopédie Universalis. 2016.

27 ROGIER, Antoine. Responsabilité médicale : La référence pour les hôpitaux, médecins, juristes. 1ère éd. Eska, 2005. Dommage Corporel : Expertise Médicale

parfaitement procédé avec la manœuvre de Mac Roberts et cette contre rotation, manoeuvres à risques mais effectuées sans faute technique même si elles sont à l'origine des lésions et qu'il n'y avait aucun autre choix possible» (CAA Versailles, 1 juin 2014).

La réalisation tardive d'une césarienne

La Cour administrative d'appel de Marseille a, dans un arrêt en date du 28 décembre 1998, approuvé le tribunal d'avoir condamné un centre hospitalier à réparer le dommage d'une patiente résultant des affectations neurologiques irréversibles de son enfant survenues lors de son accouchement, les experts ayant relevé que l'équipe médicale aurait dû, en raison du ralentissement du rythme cardiaque foetal et de la couleur du liquide amniotique, prendre la décision de procéder à une extraction de l'enfant par césarienne au lieu de poursuivre l'accouchement par voie naturelle. Dans le même sens, la Cour administrative d'appel de Marseille a reconnu que le retard dans la prise de décision de réaliser une césarienne était constitutif d'un défaut dans le fonctionnement du service dans un arrêt du 19 septembre 2013.

1.2.4 Astreintes du médecin obstétricien

La question des astreintes est régulièrement présente dans les problèmes d'absence ou de retard du médecin, notamment dans les accouchements difficiles au sein des petites maternités. La garde et l'astreinte sont réglementées. La première est une permanence à l'hôpital, la seconde correspond à une garde à domicile. Cette situation peut donner lieu à une faute en raison de l'arrivée tardive du médecin. Lors de notre entretien, la sage-femme que nous avons rencontré nous a précisé que *« dans certaine structure, l'obstétricien n'est pas sur place. Il est seulement d'astreinte et les échanges se font par téléphone. Dans les petites maternités, les médecins sont d'astreinte ce qui demande à la sage-femme d'anticiper encore plus les problèmes. Souvent, elle gère seul les dysfonctionnements à la limite de ses compétences»*.

Dans sa décision du 17 avril 1985 *Département de la Moselle*, le Conseil d'Etat a reconnu que l'absence prolongée de tout membre du corps médical pendant l'accouchement dont les complications étaient apparues plus de trois heures avant la délivrance constitue une faute dans l'organisation et le fonctionnement du service. En l'espèce, une parturiente s'est présentée à 8 heures à la maison maternelle. La sage-femme qui l'examine constate à 9

heures une raréfaction des contractions utérines, et elle rompt la poche des eaux. Le liquide amniotique est anormalement teinté. Elle prévient par téléphone le médecin de garde à 9h30 mais il ne se déplace pas. A midi, alors qu'elle pensait que le fœtus était mort, elle aide manuellement la mère à l'expulsion. Une fille vivante vient au monde. Le médecin arrive dix minutes après.

En revanche, le retard de soins causé par le temps raisonnable que met le praticien d'astreinte à venir à l'hôpital n'est pas constitutif d'un défaut d'organisation ou de fonctionnement du service.

1.2.5 Dystocie des épaules et appel du médecin

La dystocie des épaules est une urgence obstétricale imposant un traitement rapide compte tenu du risque à très court terme d'asphyxie néonatale voire de la mort néonatale. La dystocie des épaules constitue une complication dans bien des cas difficilement prévisible, pouvant survenir brutalement lors de l'accouchement et nécessitant des interventions urgentes. Il s'agit du meilleur exemple de situation dans laquelle la sage-femme n'est pas en mesure de respecter la répartition normale des compétences et de faire appel au médecin.

Dans une décision du 27 juin 2005, le Conseil d'État interprète l'obligation pour la sage-femme d'appeler le médecin en cas de dystocie de la manière suivante: *«l'absence d'un médecin dans de telles circonstances est constitutive d'un défaut dans l'organisation et le fonctionnement du service engageant la responsabilité du service public hospitalier»*. En l'espèce, la parturiente avait été admise au centre hospitalier et y avait donné naissance à une fille pesant 4,550 kilos. Pendant l'accouchement, une dystocie des épaules avait conduit la sage-femme présente à effectuer seule une manoeuvre destinée à dégager les épaules de l'enfant. Aucun médecin n'étant venu prêter son concours à l'accouchement en vue de pratiquer lui-même les gestes médicaux ou chirurgicaux afin de réduire les risques de voir l'enfant naître atteint d'un handicap (la manoeuvre avait entraîné pour l'enfant une atteinte physique, le privant de l'usage de son membre supérieur droit).

Le Conseil d'Etat réserve toutefois deux hypothèses dans lesquelles aucun défaut dans l'organisation et le fonctionnement du service ne pourra être retenu : d'une part, s'il est *«justifié d'une circonstance d'extrême urgence ayant fait obstacle à ce que la sage-femme appelle le médecin »* et d'autre part, si *« le médecin appelé a été, pour des motifs légitimes,*

placé dans l'impossibilité de se rendre au chevet de la parturiente ». Dans tous les autres cas, la sage-femme devra donc s'en tenir aux dispositions de l'article L. 4151-3 du code de la santé publique et à sa déontologie, sous peine qu'une faute dans l'organisation et le fonctionnement du service soit reconnue. Quant à l'impossibilité, pour le médecin appelé, de se rendre au chevet de la patiente, elle constitue un obstacle classique à la reconnaissance d'une faute. En effet, si le juge sanctionne les carences dans l'organisation de l'équipe médicale et notamment l'insuffisance d'effectif (CE, 8 octobre 1986 *Langlet*), l'absence légitime d'un médecin ne peut être reprochée à un établissement public de santé.

Dans une décision du 16 décembre 2013, le Conseil d'Etat recense les critères cumulatifs à prendre en compte pour apprécier la condition d'anormalité : la probabilité habituelle de réalisation de l'un des risques lié à l'intervention, l'exposition particulière du patient à ce risque en raison de son état de santé et le caractère incontournable de l'intervention. Par une décision du 12 décembre 2014, le Conseil d'Etat clarifie ensuite la méthode d'utilisation et de combinaison de ces critères en identifiant deux cas :

“ La condition d'anormalité du dommage prévue par ces dispositions doit toujours être regardée comme remplie lorsque l'acte médical a entraîné des conséquences notablement plus graves que celles auxquelles le patient était exposé de manière suffisamment probable en l'absence de traitement “.

"Lorsque les conséquences de l'acte médical ne sont pas notablement plus graves que celles auxquelles le patient était exposé par sa pathologie en l'absence de traitement, elles ne peuvent être regardées comme anormales sauf si, dans les conditions où l'acte a été accompli, la survenance du dommage présentait une probabilité faible ; ainsi, elles ne peuvent être regardées comme anormales au regard de l'état du patient lorsque la gravité de cet état a conduit à pratiquer un acte comportant des risques élevés dont la réalisation est à l'origine du dommage".

Pourtant, la jurisprudence administrative a fait une première exception dans une décision du 28 mars 2008. En effet, elle n'a pas retenu comme fautive l'attitude de sages-femmes qui, confrontées à un accouchement dystocique n'avaient pas, en méconnaissance des dispositions alors codifiées à l'article L. 369 du code de la santé publique, appelé un médecin, dès lors qu'elles avaient disposé d'un très bref délai pour achever l'extraction de l'enfant et que les manoeuvres qu'elles avaient pratiquées l'avaient été avec diligence et conformément aux données de l'obstétrique. A l'inverse, dans une décision du 3 juin 2014,

La Cour administrative d'appel de Bordeaux a reconnu la responsabilité du centre hospitalier car la sage-femme qui surveillait l'accouchement au cours duquel est survenu une dystocie de l'épaule, n'a pas fait appel à un médecin.

Lorsque la sage-femme hospitalière entraîne par sa faute un dommage, c'est à l'hôpital d'indemniser la victime. Il existe toutefois une exception : la faute détachable du service.

2 . L'exception: la faute détachable du service

La sage-femme hospitalière peut également voir sa responsabilité personnelle engagée, mais il s'agit d'une possibilité tout à fait exceptionnelle (2.1). Nous étudierons ensuite les conséquences pécuniaires pour l'agent hospitalier et pour l'établissement public de santé (2.2).

2.1 La responsabilité personnelle de la sage-femme

Il est possible de distinguer plusieurs types de fautes personnelles. Nous distinguerons la faute dépourvue de tout lien avec le service (2.1.1), de la faute non dépourvue de tout lien avec le service (2.1.2).

2.1.1 La faute dépourvue de tout lien avec le service

La faute de la sage-femme peut d'abord être "dépourvue de tout lien avec le service".

L'arrêt *Pelletier* (Tribunal des conflits, 30 juillet 1873) est à l'origine de la distinction entre faute personnelle et faute de service et fonde ainsi le partage de responsabilité entre l'administration et ses agents, en cas de faute causant des dommages à des tiers. Selon les formules du commissaire du gouvernement Edouard Laferrière, la faute personnelle révèle "*l'homme avec ses faiblesses, ses passions, ses imprudences*" (TC, 5 mai 1877 *Laumonier-Carriol*). Pour apprécier l'existence d'une faute personnelle d'un agent hospitalier qui se détache du service, le juge s'appuie sur un double critère: celui de l'exceptionnelle gravité de la faute et de son caractère intentionnel.

François Violla²⁸ distingue quatre hypothèses dans lesquelles le juge considère qu'un acte peut être qualifié de faute personnelle détachable du service. On trouve d'abord, **les actes se détachant matériellement de la fonction**: il s'agit de tout agissement qui concerne la vie privée de son auteur et ne se rattache pas au service dont l'agent fait partie. Ensuite, **les actes se détachant psychologiquement de la fonction** qui sont tous les actes ayant un «mobile incompatible avec l'esprit du service public» (intention malveillante, brutalités, violences). La troisième hypothèse est celle de **la recherche d'un intérêt personnel** et enfin **la faute professionnelle caractérisée** ou encore tout agissement d'une telle gravité qui révèle l'inaptitude de l'agent à exercer correctement sa mission. Cette faute est par nature difficilement dissociable de l'existence d'une faute de service. Le juge sanctionne alors une violation caractérisée des règles déontologiques. Dans le contentieux de la responsabilité personnelle des agents hospitaliers, l'analyse des décisions démontre que lorsque le juge admet l'existence d'une faute personnelle détachable du service il s'agit généralement de la faute professionnelle.

La qualification de cette faute est indépendante de toute autre qualification. Elle ne se confond ni avec la faute pénale, ni avec la faute disciplinaire, même si elles peuvent recouvrir des circonstances de faits similaires. En effet, les mêmes faits peuvent constituer à la fois une faute personnelle et une faute pénale (omission de porter secours à une personne en péril, blessures par imprudence, homicide involontaire, etc.) ou une faute disciplinaire (CE section, 18 décembre 1953 *Fresnais*) mais ces qualifications ne sont pas liées. L'existence d'une faute personnelle est rarement admise par le juge. Les quelques illustrations qu'en offre la jurisprudence concernent des comportements d'une inexcusable gravité : un praticien qui s'enfuit devant un incendie provoqué par la maladresse d'une sage-femme, laissant une parturiente attachée à la table de travail (chambre criminelle de la Cour de cassation, 2 octobre 1958).

2.1.2 La faute non dépourvue de tout lien avec le service

Le juge s'attache également à vérifier si la faute détachable du service n'est pas « *dépourvue de tout lien avec le service* ».

En effet, la jurisprudence admet de plus en plus fréquemment que la faute personnelle

²⁸ VIALLA, François. Les grandes décisions du droit médical. 2eme éd. L.G.D.J, 2009. Les grandes décisions. p.715.

implique, ou fait présumer, une faute de service afin de permettre aux victimes d'obtenir plus facilement réparation des préjudices. Le lien avec le service existe dès lors que l'acte dommageable a été réalisé pendant l'exercice des fonctions mais en raison de sa particulière gravité la faute est « détachable du service public ». Ainsi la question du temps pendant lequel a lieu le dommage constitue un premier indice permettant de reconnaître le lien avec le service. Le deuxième indice est celui de l'utilisation des moyens de service.

La conséquence d'une telle gradation est que, si la faute personnelle ouvre l'action en réparation contre l'agent au nom de sa responsabilité civile, celle non dépourvue de lien avec le service ne peut avoir pour conséquence de dégager l'administration de sa responsabilité à l'égard de la victime.

2.2 La détermination de la charge de la dette

La jurisprudence va introduire la notion de cumul de responsabilité afin de permettre aux victimes d'obtenir plus facilement réparation des préjudices (2.2.1). L'administration ou l'agent condamné pourra alors engager une action récursoire²⁹ devant le juge administratif (2.2.2).

2.2.1 Le cumul de responsabilités

Il y a « cumul de responsabilités » (CE, 26 juillet 1918 *époux Lemonnier*) lorsque les mêmes faits emportent la double qualification de faute personnelle et de faute de service.

A la suite de l'arrêt CE, 18 novembre 1949 *Dlle Mineur*, il a été considéré que la faute de l'agent qui n'est pas dépourvue de tout lien avec le service, peut engager la responsabilité de l'administration. Des lors, la victime a la choix entre la voie judiciaire contre le praticien et la voie administrative contre l'hôpital public, ce qui ne sera pas le cas si la faute détachable est dépourvue de tout lien avec le service. En effet, lorsque la responsabilité personnelle de l'agent est mis en cause, ce sont les règles de droit de la responsabilité civile que l'on applique. L'agent sera alors responsable sur son patrimoine propre.

²⁹ Une action récursoire est une action permettant à celui qui a réparé, à l'amiable ou par condamnation, un dommage qu'il n'avait pas causé ou dont il n'était pas l'auteur exclusif, d'exercer ensuite un recours contre le véritable responsable afin d'obtenir remboursement des sommes versées.

Généralement, la faute détachable de la fonction est à l'origine d'une action devant le juge pénal de la part de la victime, et cette action s'accompagne ou se poursuit par une action en responsabilité civile au cours de laquelle le juge judiciaire statue sur sa compétence³⁰. Il apparaît que les tribunaux judiciaires retiennent plus facilement la faute détachable pour engager la responsabilité personnelle des agents hospitaliers dès qu'il y a un manquement grave à des règles déontologiques ou professionnelles, alors que les tribunaux administratifs sont plus restrictifs en ne retenant la faute détachable que pour des fautes d'une exceptionnelle gravité. On observe néanmoins, que de plus en plus, la chambre criminelle de la Cour de cassation, reconnaît moins facilement une faute personnelle que la première chambre civile et rejette aujourd'hui le critère de gravité. Pour exemple, dans un arrêt de la Cour de cassation du 13 février 2007, la chambre criminelle retient que « *dans une situation de péril de l'enfant et de la mère, (...) ne constitue pas une faute personnelle, détachable du service, le fait pour un médecin de se rendre tardivement au chevet d'une parturiente placée sous la surveillance d'une sage-femme* ».

2.2.2 Les recours contributifs

Cette double compétence dans la poursuite, et l'appréciation de la faute détachable propre à chaque ordre de juridiction peut conduire à une action récursoire, soit de l'administration contre son agent, soit de l'agent hospitalier condamné au civil contre l'hôpital.

Ces recours sont de la seule compétence des juridictions administratives. Dans l'arrêt CE, 28 juillet 1951 *Laruelle*, le juge admet que dans le cas où un dommage a été causé à un patient par les effets d'une faute personnelle non dépourvue de tout lien avec le service, l'hôpital condamné peut engager une action récursoire contre l'agent fautif afin de récupérer tout ou partie de la somme versée en dédommagement. Réciproquement, dans l'arrêt CE, 28 juillet 1951 *Delville*, la juridiction administrative permet à l'agent qui a indemnisé la victime de la totalité du préjudice de se retourner contre l'établissement pour obtenir le remboursement d'une partie de l'indemnité versée en cas de partage de responsabilité.

Il faut préciser toutefois que l'assureur de l'hôpital qui a indemnisé les victimes d'une faute personnelle ne peut pas se retourner contre le praticien qui l'a commise, car ce dernier est

³⁰ LANTERO, Caroline. Le droit de la responsabilité hospitalière. Editions du papyrus, 2012.

un « préposé » de l'établissement, au sens du droit des assurances (article L.121 – 12 du code des assurances). Il est en effet interdit à l'assureur d'exercer un recours contre le préposé de l'assuré, sauf cas de malveillance (CE, 5 février 1975 *Société hospitalière d'assurances mutuelles c/ Héritiers Assémat*).

Même si elle est envisageable, il est donc absolument exceptionnelle que la sage-femme fonctionnaire puisse voir sa responsabilité personnelle engagée. Son statut de sage-femme des hôpitaux lui garantit la protection de l'établissement public de santé qui l'emploie. Nous allons voir maintenant avec l'étude du préjudice que malgré les efforts d'uniformisation engagés par le législateur, le juge administratif garde une autonomie importante dans l'évaluation du dommage subi par la victime.

II – LA REPARATION DU PREJUDICE MARQUEE PAR LE MAINTIEN DE SPECIFICITES

Pour engager la responsabilité de la sage-femme, la faute et le préjudice doivent être reliés par un lien de causalité (1). Une fois ce lien établi, il revient au juge d'évaluer les préjudices, il se réfère alors à sa propre nomenclature (2).

1. Le lien de causalité : la prédominance de la théorie de la causalité adéquate

Le juge doit établir l'existence du lien de causalité (1.1), toutefois des causes d'exonération peuvent être prises en compte (1.2).

1.1 La relation de causalité

Pour que l'hôpital puisse être déclaré responsable, il faut que le préjudice puisse être rattaché au fait dommageable, ce qui pose la question de la réalité du lien de causalité (1.1.1). Ce lien doit être direct et c'est par la méthode de la causalité adéquate que le juge peut parvenir à cette conclusion. Toutefois, en cas de pluralité de faits à l'origine du dommage, le juge pourra retenir une conception du lien causal plus proche de l'équivalence des conditions (1.1.2).

1.1.1 Imputabilité du préjudice

Le préjudice doit pouvoir être imputé à l'administration pour qu'il y ait réparation. Une relation de causalité de nature directe doit donc être prouvée entre le dommage et le préjudice lui-même. Cette causalité doit être démontrée par la victime. Le Conseil d'Etat a pu sanctionner la dilution du lien de causalité entre la faute et le dommage à laquelle s'était livrée la Cour administrative d'appel dans un arrêt du 30 mars 2011. En l'espèce, il est reproché à un médecin accoucheur d'avoir choisi une extraction au forceps responsable du décès d'un enfant plutôt qu'une césarienne : *« qu'en se déterminant ainsi, alors qu'il résultait de ces constatations qu'il existait, entre la faute commise par le médecin accoucheur sans laquelle*

l'enfant n'aurait pas présenté d'hématome sous cutané du cuir chevelu et le décès, un lien causalité direct et certain qu'une surveillance ultérieure n'aurait pas permis d'écarter, la Cour administrative d'appel à commis une erreur de droit».

1.1.2 Causalité adéquate ou équivalence des conditions

Lorsque la relation entre la faute établie et le dommage subi par la victime est particulièrement évidente, l'existence du lien de causalité ne pose pas de difficulté. Lorsqu'en revanche plusieurs faits ou plusieurs anomalies peuvent être mis en cause dans la survenance d'un dommage, le juge doit faire un choix entre deux théories juridiquement distinctes : la causalité adéquate et l'équivalence des conditions.

La causalité adéquate retient comme cause du dommage celui des faits qui est «*l'évènement déterminant du dommage, celui qui, nonobstant l'incidence de causes secondaires, porte normalement en lui le dommage*» (conclusion président Galmot, CE 14 octobre 1966). On retient donc la cause qui a probablement provoqué le plus directement le dommage, même si d'autres évènements ont pu participer ou faciliter la réalisation de ce dommage. La théorie de la causalité adéquate caractérise la plupart du temps le raisonnement du juge administratif.

L'équivalence des conditions consiste à prendre en compte la pluralité des faits générateurs du dommage en appréciant pour chacun le rôle joué dans l'apparition du dommage dans la mesure où ils ont été une condition nécessaire du dommage.

1.2 Les causes d'exonération

Le juge prend en compte dans son appréciation les causes étrangères à la personne publique mise en cause. Il s'agit de la faute exonératoire de la victime, de la force majeure³¹ ou du fait d'un tiers. La responsabilité de l'administration pourra alors être écartée partiellement ou totalement.

Il reste à présent à évaluer le montant des dommages et intérêts qui pourront être octroyés à

³¹ Événement extérieur à l'activité administrative et présentant un caractère imprévisible et irrésistible

la victime. Il revient au juge de procéder à cette évaluation. Malgré les efforts législatifs, nous verrons que des divergences persistent entre l'évaluation du juge administratif et du juge judiciaire notamment en raison de l'utilisation de deux nomenclatures distinctes.

2. L'évaluation du préjudice: la référence à une nomenclature propre

Nous étudierons d'abord les conditions de la réparation (2.1) puis les préjudices réparables prévus par l'avis Lagier (2.2) et enfin l'indemnisation d'un préjudice particulier : le préjudice de naissance (2.3).

2.1 Les conditions de la réparation

Conformément au principe de la réparation intégrale (2.1.1), la victime et ses proches sont en mesure d'obtenir la pleine réparation du dommage médical. Ce qui nous conduit à étudier les caractères du préjudice (2.1.2).

2.1.1 Le principe de la réparation intégrale

L'indemnisation doit permettre de compenser au moins les dépenses assumées par la victime ou par les organismes sociaux et d'assurances, à divers titres. A l'inverse, elle ne doit pas permettre à la victime un enrichissement qui serait sans cause, ce qui implique la présentation de justificatifs à l'appui de la demande. Le juge peut estimer que l'hôpital n'est responsable que d'une partie du dommage corporel (préjudice aggravé par l'état antérieur de la victime). Il peut aussi considérer qu'une partie seulement du préjudice sera réparée : il en va ainsi lorsque la faute n'a causé qu'une perte de chance d'échapper au dommage, la réparation sera alors fixée à une fraction du préjudice correspondant à la chance perdue ou lorsque que par son comportement la victime a en partie contribué à la réalisation du dommage.

2.1.2 Les caractères du préjudice

Pour pouvoir être indemnisé par le juge administratif, le préjudice doit revêtir trois caractères : Le préjudice doit être personnel. Dès lors qu'un patient subi une atteinte à son intégrité corporelle du fait des soins qui lui sont dispensés, il est la victime directe et immédiate du dommage et le préjudice qui en résulte lui est bien évidemment personnel.

Il doit ensuite être direct. Il convient de distinguer l'exigence tenant au lien de causalité de celle tenant au caractère direct du préjudice. La première vise la relation de cause à effet qui doit se nouer entre le fait présenté comme générateur du dommage et le dommage dont découlent un ou plusieurs préjudices. La seconde concerne la relation qui doit se constituer entre le dommage et le préjudice, ce dernier devant être la conséquence directe du dommage.

Et enfin, il doit revêtir un caractère certain. Le caractère certain implique qu'il ne sera pas réparé que s'il est actuel ou futur et qu'il n'est pas seulement éventuel ou hypothétique. Cela n'interdit pas d'indemniser des préjudices futurs.

Les modes de réparation des préjudices ont évolué au cours des dernières années, notamment par l'action du législateur par la loi n° 2006-1640 du 21 décembre 2006³² mais aussi en raison d'évolutions jurisprudentielles.

2.2 Les préjudices réparables

Les différents postes de préjudices dont le juge administratif fait application ont été définis par le Conseil d'Etat dans son avis du 4 juin 2007 *Lagier et Consorts Guignon* (2.2.1). Nous présenterons d'abord les préjudices indemnisables pour la victime directe (2.2.2) puis pour la victime indirecte (2.2.3).

2.2.1 La notion de “poste de préjudices”

Outre les effets sur l'action subrogatoire, la réforme de 2006 a permis de faire évoluer la méthode d'évaluation des préjudices, en obligeant le juge administratif à prendre en considération des postes de préjudices qui rendent alors le travail des magistrats plus prévisible. Toutefois, la place du juge reste centrale par rapport à la fonction de la nomenclature.

32 Loi n° 2006-1640 du 21 décembre 2006 de financement de la sécurité sociale pour 2007

La loi du 21 décembre 2006

La loi du 21 décembre 2006 de financement de la sécurité sociale a modifié l'article L.376-1 du code de la sécurité sociale de façon à encadrer le recours que les tiers payeurs³³ peuvent exercer sur l'indemnisation des victimes, en le limitant aux indemnisations réparant les seuls préjudices que ces tiers payeurs avaient pris en charge. Avant cette loi, en cas de partage de responsabilité ou de perte de chance, les tiers payeurs se servaient sur la facture globale, et il pouvait ne rester aux victimes qu'une indemnisation très résiduelle. La lisibilité et la prévisibilité de la jurisprudence n'était donc pas favorisée. La loi a ainsi rendu la notion de «poste de préjudices» déterminante pour distinguer ceux sur lesquels le recours des caisses de sécurité sociale peut s'exercer, de ceux sur lesquels il est impossible. L'article 25 de la loi a modifié le code de la sécurité sociale (article L.376 alinéa 3) qui dispose que *«les recours subrogatoires des caisses contre les tiers s'exercent poste par poste sur les seules indemnités qui réparent des préjudices qu'elles ont pris en charge, à l'exclusion des préjudices à caractère personnel»*. Cette méthode de définition des préjudices s'applique à toutes les conclusions indemnitaires, qu'il y ait ou non de recours subrogatoire.

L'avis Lagier

La loi n'a pas donné le contenu de ces postes de préjudice, ni n'a reçu de décret d'application susceptible de le faire. En l'absence et dans l'attente d'une définition unitaire des postes de préjudice, il est revenu aux juges de choisir une nomenclature des postes de préjudice. Par son avis Lagier et consorts Guignon, le Conseil d'Etat a précisé qu'un *«poste de préjudices se définit comme un ensemble de préjudices de même nature directement liés aux dommages corporels subis par la victime directe »*. Le Conseil d'Etat a refusé le recours à la nomenclature Dintilhac utilisée par le juge judiciaire et a imposé par voie jurisprudentielle, le recours à une nomenclature autonome et plus ramassée. Cette nomenclature est articulée autour de six postes de préjudice contre vingt pour la nomenclature Dintilhac. La distinction entre préjudices patrimoniaux et préjudices personnels apparaît mais la distinction entre victime directe et victime indirecte comme la distinction entre préjudice temporaire et préjudice définitif n'est pas précisée contrairement à la classification utilisée par le juge judiciaire.

³³ Les tiers payeurs habilités à exercer un recours sont limitativement énumérés par l'article 29 de la loi du 5 juillet 1985. Il s'agit des organismes de sécurité sociale, des mutuelles, des employeurs public, privés et des sociétés d'assurance.

L'évaluation des préjudices futurs

La réforme de 2006 a également entraîné une modification sensible des règles de réparation des préjudices futurs. La consolidation est fixée à la date où l'état de santé de la victime n'évolue plus. Elle délimite la frontière entre les préjudices temporaires et les préjudices permanents. Le juge peut réparer des préjudices futurs, dès lors qu'ils sont certains. L'état de la victime peut soit s'aggraver, soit s'améliorer au-delà des prévisions faites au moment de la consolidation théoriquement stabilisée. Les décisions juridictionnelles mentionnent souvent qu'il appartiendra à la victime dont l'état est évolutif, de demander le cas échéant la prise en charge des conséquences qui résulteraient dans le futur de l'aggravation de la pathologie dont elle est atteinte. Le juge peut procéder à l'évaluation des préjudices futurs jusqu'à la majorité de l'enfant et réserver leur évaluation au-delà, en prévoyant un réexamen de la situation de l'enfant à cette date (Tribunal Administratif, 8 février 2008 *Consorts L*). Il faut distinguer l'aggravation des préjudices de l'apparition d'un préjudice nouveau. Dans le premier cas, est en cause une demande nouvelle pour un préjudice préexistant non indemnisé. Dans le second cas, l'aggravation de l'état de la victime entraîne de nouveaux préjudices économiques et non économiques.

L'appréciation faite par le juge administratif

Traditionnellement, les chefs de préjudices sont évalués en fonction des prétentions de l'espèce, le montant des sommes accordées étant généralement fixé en fonction des éléments du dossier. Le juge est le seul habilité à reconnaître chacun des postes de préjudice et à définir son indemnisation : il détermine successivement pour chacun des chefs de préjudices le montant du dommage corporel et ensuite le montant de l'indemnité mise à la charge du défendeur. Pour les préjudices patrimoniaux, le juge fixe les indemnités en fonction des justificatifs fournis. En revanche, l'évaluation des préjudices personnels est plus subjective. Le juge administratif, en plus des conclusions du rapport d'expertise, dispose de deux types de référence pour l'aider dans cette mission : d'une part, la consultation de la jurisprudence pour savoir ce que d'autres ont décidé dans des cas similaires ce qui permet d'éviter des décalages trop grands entre les juridictions. D'autre part, le référentiel de postes de préjudice élaboré par l'ONIAM³⁴. Il est destiné à permettre de garantir au mieux l'égalité de traitement des demandeurs sur l'ensemble du territoire afin d'éviter que de trop fortes disparités soit constatées pour des préjudices comparables mais ce référentiel n'est pas un barème et aucune décision ne peut s'y référer expressément. Quant à eux, les juges

³⁴ L'Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales (ONIAM) est un organisme public créé par la loi du 4 mars 2002. Il a pour mission d'organiser le dispositif d'indemnisation amiable des victimes d'accidents médicaux.

judiciaires s'appuient plutôt sur des barèmes établis au sein des cours d'appel, prévoyant des niveaux d'indemnisation souvent plus élevés, même si les différences entre les juridictions quant aux montants des indemnités allouées tendent à s'atténuer.³⁵

Les différents modes d'indemnisation

L'indemnisation peut être fixée soit sous forme de capital, soit sous forme de rente viagère ou par une combinaison des deux selon les postes de préjudices concernés. Pour la victime prise en charge en institution spécialisée ou à domicile, il appartiendra à l'hôpital responsable de verser les indemnités dues, trimestriellement, en fonction des indications données par la victime et par le tiers payeur éventuel, et du nombre de jours passés en institution ou à domicile (CE, 25 juin 2008 *CPAM de Dunkerque*).

2.2.2 Les préjudices indemnifiables pour la victime directe

Le premier bénéficiaire de la réparation c'est d'abord la victime directe qui est le patient, c'est à dire la personne qui a subi un dommage corporel et qui va en demander la réparation à l'auteur du dommage. On retrouve les préjudices patrimoniaux et les préjudices personnels.

Les préjudices patrimoniaux

Les dépenses de santé : il s'agit des dépenses actuelles ou futures se rapportant aux frais de soins et d'hospitalisation, de kinésithérapie, de rééducation fonctionnelle, de transport sanitaire ou encore les frais pharmaceutiques ou d'appareillage.

Les frais liés au handicap : il s'agit des frais d'adaptation du logement ou du véhicule ainsi que les dépenses liées à l'assistance d'une tierce personne pour les besoins de la vie quotidienne. Pour les enfants handicapés, si le juge ne peut déterminer au moment du jugement si l'enfant sera placé en institution ou maintenu au domicile, il pourra accorder une rente trimestrielle couvrant les frais de son maintien à domicile, calculée sur la base d'un taux quotidien, et condamner le responsable du dommage à rembourser à l'organisme de sécurité sociale les frais d'hébergement en institution spécialisée (CE, 25 juin 2008 *CPAM de Dunkerque*).

Les pertes de revenus : elles correspondent aux gains professionnels dont la victime sera privée en raison du dommage. Pour la victime qui n'est pas en activité au jour de l'accident,

³⁵ DUVAL-ARNOUD, Domitille. La convergence des jurisprudences administratives et judiciaires. AJDA. 2016. p.355.

elle n'est pas susceptible de subir une perte de gains professionnels, les actes médicaux en cause pouvant en revanche avoir une incidence professionnelle. Pour la victime en activité, on distingue l'incidence professionnelle temporaire, qui correspond à la perte des revenus professionnels antérieurs à la date de l'accident, de l'incidence professionnelle définitive : il s'agit alors d'évaluer la perte de revenus professionnels futurs. Pour évaluer ce poste, les données concrètes de la vie du blessé, notamment ses perspectives de reconversion, sont essentielles.

Les autres dépenses liées au dommage corporel : les postes précédents ne permettant pas de couvrir l'ensemble des cas possibles de préjudices patrimoniaux, un dernier poste de préjudice a été prévu pour les autres dépenses (frais de conseil et d'assistance ou encore frais d'obsèques).

Les préjudices personnels

Il s'agit de «*la réparation satisfaisante de l'atteinte à un droit de la personnalité fondamentale : l'intégrité de l'être*». Le préjudice personnel ne porte pas atteinte au patrimoine de la victime mais à son "bien-être". Ce poste de préjudice est plus difficile à évaluer pour le juge. On retrouve les préjudices suivants : d'abord, **le pretium doloris** correspond aux indemnités accordées en considération des souffrances physiques consécutives à un accident corporel. Ensuite, on retrouve **le préjudice esthétique** : il s'agit des souffrances psychologiques du fait d'une atteinte portée à l'harmonie physique, aux cicatrices, aux mutilations de la victime. **Les troubles dans les conditions d'existence** sont également pris en compte dans la nomenclature. Ce poste regroupe les désagréments les plus divers qu'un acte dommageable est susceptible d'emporter sur le mode de vie habituel de la victime. Sophie-Justine Lieber émet quelques réserves au sujet de ce poste car il s'agit " *d'une notion éminemment administrative, que le juge accorde souverainement sans trop s'expliquer davantage et dont le contenu peut varier*"³⁶. Enfin, l'indemnisation du **préjudice sexuel** consécutif à un accident est un phénomène relativement récent. Il peut être réparé au titre de troubles dans les conditions d'existence ou appréhendé de manière autonome.

2.2.3 Les préjudices indemnisables pour la victime indirecte

Il s'agit des tiers qui, du fait du dommage corporel initial, dont est directement atteinte la

³⁶ LIEBER, Sophie-Justine. BOTTEGUI, Damien. La réparation des préjudices, un chantier encore ouvert. ADJA. 2009. p.360.

victime immédiate, subissent eux-mêmes des préjudices qui leur sont propres. Ils constituent des victimes secondaires du dommage.

Les victimes indirectes peuvent subir des préjudices patrimoniaux qui leur sont personnels en raison du décès de la victime directe. Ces préjudices peuvent résulter de dépenses (frais d'obsèques) ou de pertes de revenus (en cas de handicap de la victime par exemple). La victime par ricochet peut également avoir des préjudices extra-patrimoniaux. Ils peuvent résulter des préjudice d'affection ou d'accompagnement (troubles dans les conditions d'existence et l'accompagnement de ces personnes). Il y a également des préjudices exceptionnels qui recouvrent les bouleversements du mode de vie quotidien du fait du handicap de la victime directe.

L'intégralité des préjudices ne figure pas dans la nomenclature prévue par l'avis Lagier. Le développement des techniques médicales dans le domaine de la reproduction humaine et du suivi de la grossesse a été, à partir des années 1990, la source d'actions en responsabilité jusqu'alors inédites, visant à demander réparation des préjudices subis du fait de la naissance d'un enfant handicapé et donnant lieu à des désaccords entre les deux ordres de juridiction.

2.3 Le cas particulier de la naissance d'un enfant handicapé

La demande d'indemnisation du préjudice causé par la naissance d'un enfant s'est tout d'abord présentée en jurisprudence dans l'hypothèse de l'échec d'une interruption volontaire de grossesse (2.3.1) puis la question s'est de nouveau présentée aux magistrats dans le cadre du suivi de grossesse (2.3.2). Cette hypothèse ne rentre pas dans le cadre de notre étude, toutefois, nous la présenterons brièvement afin d'exposer les raisons ayant entraîné l'intervention du législateur pour mettre fin à la polémique (2.3.2).

2.3.1 L'échec d'une intervention volontaire de grossesse (IVG)

Dans l'hypothèse de l'échec d'une interruption volontaire de grossesse, le Conseil d'État, puis la Cour de cassation ont successivement refusé d'indemniser un tel préjudice. Dans l'arrêt du 2 juillet 1882 *Delle Rioul*, le Conseil d'Etat a jugé que la réparation suite à une

interruption volontaire de grossesse qui n'a pas abouti au résultat escompté n'est pas constitutif d'une faute, sauf si le médecin n'a pas respecté les règles fixées par le décret n°82-826 du 27 septembre 1982 (*«tous les hôpitaux disposant d'un service de maternité ou de chirurgie doivent se doter de moyens permettant la pratique correcte des interruptions volontaires de grossesse»*) ou que son acte médical soit à l'origine du dommage subi par le fœtus. Dans un arrêt de la première chambre civile du 25 juin 1991, la Cour de cassation a également jugé en ce sens : *«mais attendu que l'existence de l'enfant qu'elle a conçu ne peut, à elle seule, constituer pour sa mère un préjudice juridiquement réparable, même si la naissance est survenue après une intervention pratiquée sans succès en vue de l'interruption de la grossesse»*. La position est identique dans le cas de l'échec d'une stérilisation contraceptive (CE, 21 avril 1994 *Hospices civils de Colmar*).

Le principe de l'inexistence du préjudice découlant de la naissance d'un enfant s'accommode cependant d'hypothèses exceptionnelles susceptibles d'ouvrir droit à une indemnisation tenant, par exemple, aux circonstances mêmes de la conception de l'enfant. Dans l'arrêt du 27 septembre 1989 *Mme Karl*, le Conseil d'Etat a admis que la naissance d'un enfant né avec des malformations à la suite de l'échec d'un avortement peut être source d'un préjudice. Tout en reconnaissant que la naissance d'un enfant n'est pas génératrice d'un préjudice, le Conseil d'Etat dans son arrêt de 1982, avait précisé *« à moins qu'existent, en cas d'échec, des circonstances ou une situation particulière susceptibles d'être invoquées par l'intéressée »*. Dans l'arrêt *Karl*, Le Conseil d'Etat a préféré ne pas reprendre le considérant de principe de l'arrêt de 1982 et ne pas affirmer clairement que la naissance d'un enfant handicapé était une de ces *« circonstances particulières »*. Le juge a choisi de considérer que *« l'intervention pratiquée sur Mme X... a causé un traumatisme au fœtus, qui est à l'origine de la malformation dont l'enfant est atteint »*. Dans ce cas, les règles habituelles de la responsabilité sont respectées puisque c'est en effet bien la faute du médecin qui est la cause directe du dommage subi par l'enfant. Par deux arrêts du 23 septembre 2010, la Chambre criminelle admet que le préjudice de l'enfant né d'un viol ou de relations incestueuses non consenties est réparable au motif qu'il ne résulte pas de la seule naissance mais aussi de l'infraction commise par le père.

2.3.2 L'affaire Perruche

Il est aujourd'hui possible de diagnostiquer les anomalies foetales dans le cadre du suivi de grossesse. Cette possibilité de diagnostic prénatal est envisagée par l'article L.2131-1 du CSP. Il permet alors un choix des parents qui peut-être d'interrompre la vie. En effet, l'article

L.2131-1 du CSP autorise une interruption de grossesse jusqu'au jour de la naissance en cas de forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic. Lorsqu'un médecin commet une faute à l'occasion d'un acte de suivi de la grossesse (erreur dans un diagnostic prénatal, faute dans la lecture d'images échographiques, par exemple) privant la mère d'informations déterminantes sur l'état de santé de l'enfant à naître et l'empêchant ainsi de recourir à une interruption de grossesse, ce qui contribue à la naissance d'un enfant présentant de graves handicaps ou malformations. Alors, une action en responsabilité contre le médecin peut alors être intentée par les parents pour demander réparation de leur propre préjudice, mais également, de celui subi par l'enfant du fait de ce handicap. Pendant longtemps, les juges ont refusé d'accueillir une telle action : ils affirmaient qu'il n'existait aucun préjudice réparable pour l'enfant ni aucun lien de causalité entre le handicap et l'erreur du professionnel de santé ou du laboratoire d'analyses.

Depuis quelques années, les Hautes juridictions des ordres administratifs et judiciaires retiennent cependant une solution contraire. Par l'arrêt Perruche (Cass. ass.plén, 17 février 2000), la Cour de cassation accepta d'allouer des dommages et intérêts en raison du préjudice consistant en une perte de chance d'avorter. Elle a admis l'indemnisation non seulement des parents dont l'anormalité de l'enfant n'avait pas été détectée *in utero* (préjudice moral, trouble dans les conditions d'existence), mais aussi de l'enfant lui-même, né avec un handicap et à ce titre victime de la même erreur. Dans une certaine mesure, le Conseil d'État s'aligna sur cette jurisprudence, mais en jugeant que les charges liées au handicap de l'enfant tout au long de sa vie constituaient un préjudice parental, et non de l'enfant lui-même. Les préjudices réparés sont les mêmes sous les deux jurisprudences mais les fondements de l'indemnisation sont différents. (CE section, 14 février 1997 *CHR Nice c/ Époux Quarez*).

Cette évolution de la jurisprudence a suscité de vives réactions et de nombreux débats juridiques et éthiques. Il a notamment été reproché à cette position des magistrats, d'engendrer une responsabilité accrue des médecins. De plus, les termes de l'arrêt semblent permettre d'envisager la possibilité d'actions d'enfants nés avec une malformation contre leurs mères qui n'ont pas choisi d'interrompre la grossesse malgré qu'elles aient été informées du handicap. Il a également été reproché à cette interprétation jurisprudentielle, d'encourager une vision eugénique de la naissance qui équivaut à une pratique collective

visant à favoriser l'apparition de certains caractères ou à en éliminer d'autres jugés négatifs.³⁷

2.3.3 L'intervention du législateur et le dispositif "anti-perruche"

Pour mettre un terme à la polémique et face à la pression des professionnels de santé et des assureurs, le législateur est intervenu par la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 pour mettre fin à cette interprétation jurisprudentielle. D'une part, la réparation du préjudice résultant du handicap non décelé est désormais exclu et il n'est plus possible d'accorder une rente aux parents de l'enfant handicapé pour compenser toutes les difficultés matérielles auxquelles ils ont à faire face. D'autre part, le préjudice économique résultant du handicap est laissé à la solidarité nationale. Par la suite, l'application de la loi dans le temps a été source de nombreuses difficultés et à donné lieu à des contradictions entre les deux ordres de juridiction.

Dans le cadre de notre étude, nous nous intéresserons uniquement à la réparation du préjudice résultant du handicap causé par la faute du médecin, qui a été maintenue par la loi. L'alinéa 2 de l'article 1er du titre 1er de la loi, aujourd'hui codifié à l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles dispose que «*la personne née avec un handicap dû à une faute médicale peut obtenir la réparation de son préjudice lorsque l'acte fautif a provoqué directement le handicap ou l'a aggravé, ou n'a pas permis de prendre les mesures susceptibles de l'atténuer*». Les hypothèses visées sont celles où un handicap est causé par le médecin sur un fœtus ou un embryon, soit que le médecin ait provoqué un handicap, soit qu'il ait aggravé ou n'ait pas atténué un handicap préexistant à l'occasion d'un avortement, de l'expulsion ou de tout autre acte médical sur le fœtus, ou encore faute d'avoir traité in utero une pathologie. Dans tous les cas, il est la cause directe du handicap créé ou subsistant. Ces hypothèses sont donc différentes du cas où un handicap (ou un risque de handicap) n'a pas été décelé alors que la mère pouvait encore procéder à un avortement de manière à éviter la naissance d'un enfant handicapé. En effet, dans ce dernier cas, qui était celui de la jurisprudence Perruche, la faute du médecin consiste seulement à ne pas informer la mère. Lorsque l'une des hypothèses visées par le texte se présente, la loi admet l'indemnisation de l'enfant mais pose des conditions : d'abord, une faute médicale doit être prouvée. A défaut de précision, il suffit d'une faute simple qui consistera soit en une faute de

37 WELSCH, Sylvie. Responsabilité du médecin : risques et réalités judiciaires. 1^{ère} éd. Litec, 2000. Responsabilités. p.323.

commission (provocation ou aggravation du handicap), soit en une faute d'abstention (absence de mesure pouvant l'atténuer, absence d'intervention anténatale ou postnatale). Ensuite, cette faute doit avoir causé le dommage. Enfin, le préjudice dont la réparation peut être demandée est celui qui résulte du handicap car l'enfant subit une dégradation de son état ou se trouve privée d'une amélioration qui eut été possible sans la faute commise.

Malgré la loi du 21 décembre 2006 et la création de postes de préjudices, des divergences persistent quant à la réparation des préjudices au sein des deux ordres de juridiction. Il faut préciser que ces différences permettent de mieux appréhender les contraintes de notre système de santé, reposant sur des établissements publics et privés gardant certaines spécificités et sur des professionnels de santé exerçant leur activité selon des modalités différentes comme nous pouvons le constater à travers l'exemple de la sage-femme. Aussi, nous allons voir avec l'étude de la responsabilité de la sage-femme salariée d'un établissement privé de santé, qu'en raison de l'application de dispositions communes et de rapprochements opérés à l'initiative des juridictions, on perçoit une volonté de voir converger les régimes de responsabilité de la sage-femme.

PARTIE 2 – L' IMMUNITE DE LA SAGE-FEMME DANS L'ETABLISSEMENT PRIVE DE SANTE

En clinique, le régime de la responsabilité de la sage-femme est une question plus complexe qui a fait l'objet d'une évolution qui n'est peut-être pas terminée. En effet, la sage-femme est aujourd'hui considérée comme préposée de l'établissement de soin qui l'engage (I). Sur le plan de l'évaluation des préjudices, on peut également constater un effort d'harmonisation engagé par les deux ordres de juridiction (II).

I – L'HARMONISATION DES REGIMES DE RESPONSABILITÉ AUTOUR DE LA FAUTE

Nous verrons que les évolutions législatives (1) et jurisprudentielles (2) ont permis de rapprocher la situation de responsabilité des patriciens salariés exerçant en établissement privé de ceux exerçant en établissement public.

1. L'application de dispositions communes aux deux ordres de juridiction

La loi du 4 mars 2002 a unifié les régimes de responsabilité autour de la notion de faute (1.1). Les responsabilités professionnelles de la sage-femme salariée d'une clinique et de la sage-femme fonctionnaire n'étant pas les mêmes, il s'agira ensuite de préciser les différentes fautes possibles (1.2).

1.1 Le fondement contractuel

L'arrêt Mercier a posé un principe fondamental à l'exercice de la profession de soignant : celui du fondement contractuel de la responsabilité médicale civile (1.1.1), avant que la loi du

4 mars 2002 ne vienne lui donner un fondement légal commun aux deux ordres de juridictions (1.1.2). Nous verrons ensuite comment le juge judiciaire apprécie la faute (1.1.3).

1.1.1 L'arrêt Mercier

L'existence d'un contrat entre le médecin et le malade, comportant d'une part une obligation principale de soins et d'autre part, celle de payer les honoraires, a été reconnue par la jurisprudence dès 1839 (Cour de cassation, 21 août 1839). L'identification de ce contrat n'a toutefois pas produit d'influence immédiate sur la nature de la responsabilité du médecin. Jusqu'en 1936, celle-ci était en effet de nature délictuelle³⁸. C'est par l'arrêt Mercier que la Cour de cassation affirme la nature contractuelle de la responsabilité du médecin. L'arrêt définit le contrat médical en ces termes : *«Il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat comportant pour le praticien, l'engagement sinon bien évidemment de guérir le malade, du moins de lui donner des soins, non pas quelconques mais consciencieux, attentifs et réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science (..) la violation, même involontaire de cette obligation contractuelle est sanctionnée par une responsabilité de même nature, également contractuelle»* (Cass. 1re civ, 20 mai 1936). Dans la logique de l'arrêt Mercier, la Cour de cassation avait également très tôt affirmé la nature contractuelle de la responsabilité de l'établissement privé de soins lorsque celui-ci cause un dommage au patient du fait de l'inexécution du contrat le liant avec ce dernier (Ccas. 1re civ, 6 mars 1945 *Clinique de Sainte-croix*). Le contrat médical comporte à la charge de la sage-femme comme du médecin une obligation de soins dite de moyen, c'est à dire de soins consciencieux attentifs et conformes aux données acquises de la science (CA Amiens, 28 avril 1964), mais qui ne saurait garantir un résultat de guérison. La sage-femme a le devoir d'entretenir et de perfectionner ses connaissances (article R.4127-304 du CSP). Elle est ainsi soumise à une obligation de formation continue qui a pour finalité le perfectionnement des connaissances et l'amélioration de la qualité des soins.

1.1.2 La loi du 4 mars 2002

Comme nous l'avons vu dans la première partie, l'article L.1142-1-I du CSP de la loi du 4 mars 2002, confirme la jurisprudence antérieure sur la faute médicale et unifie les règles

³⁸ La responsabilité contractuelle sanctionne le dommage subi par une partie lors de l'inexécution d'un contrat (art. 1146 s. du code civil) alors que la responsabilité délictuelle sanctionne tout dommage né en dehors de l'exécution d'un contrat (art. 1382 s. du code civil).

applicables dans le secteur privé comme dans le secteur public. La loi rend alors inutile la distinction entre la nature contractuelle ou délictuelle de la responsabilité médicale. Les articles L.1142-1 à L.1142-8 du CSP définissent de façon uniforme les cas d'engagement de la responsabilité des professionnels de santé sans faire référence au cadre juridique dans lequel la responsabilité est recherchée. Les enjeux de la qualification contractuelle ou délictuelle résidaient surtout dans la durée de la prescription de l'action qui a été unifiée par l'article L.1142-38 du CSP. Jusqu'à une époque récente, la Cour de cassation continuait à envisager la responsabilité médicale sur le terrain contractuel. Par une décision de la première chambre civile du 14 octobre 2010, elle a opéré un revirement en affirmant la nature légale de la responsabilité du médecin, envisagée sous le seul visa de l'article L.1142-1 du CSP. La relation entre le médecin et son patient reste en droit privé de nature contractuelle mais la responsabilité qui en découle est elle de nature légale.

1.1.3 Appréciation de la faute médicale

L'existence de la faute est une question de fait qui relève de l'appréciation souveraine des juges du fond. La faute s'apprécie in abstracto par référence au modèle abstrait du «bon professionnel de même spécialité». Son comportement sera jugé en fonction de ce qu'aurait fait, dans les mêmes circonstances de temps, de lieu et de situation, un médecin de la même spécialité, avisé, consciencieux et averti (article L.110-5 du CSP).

Parce qu'en cas de faute commise par la sage-femme, sa responsabilité juridique pourra être engagée, il est important qu'elle connaisse le cadre d'exercice de sa profession afin qu'on ne puisse lui reprocher de fautes.

1.2 Les fautes retenues pendant l'accouchement

Nous étudierons successivement les obligations de la sage-femme (1.2.1), ses missions en clinique (1.2.2) puis les fautes pouvant être retenues à son encontre pendant le suivi et la surveillance de l'accouchement (1.2.3) et en cas d'accouchement dystocique (1.2.4).

1.2.1 Les obligations professionnelles de la sage-femme

La sage-femme est soumise à un certain nombre d'obligations professionnelles posées par plusieurs articles du code la santé publique et notamment par les articles L.4151-1 à L.4151-4. Nous distinguerons les obligations liées aux soins, des obligations relatives à l'information et au consentement de la patiente.

Les obligations relatives aux soins

On retrouve d'abord l'obligation d'assurer la continuité des soins et ensuite, les limites au droit de prescription.

L'obligation d'assurer la continuité des soins de sa patiente figure parmi les obligations professionnelles de la sage-femme. De cette obligation découle la surveillance de l'accouchement qui relève de la compétence de la sage-femme. L'article D.6124-98 du CSP lui donne compétence pour surveiller le réveil des accouchements par voie basse mais rien n'est précisé dans les textes en ce qui concerne les accouchements par césarienne. S'il lui incombe, en cas d'accouchement dystocique, de faire appel à un médecin, la carence de ce dernier ne la dispense pas de continuer à assurer cette surveillance, par tout moyen technique à sa disposition (Cass. 1re civ, 9 décembre 2010).

La liberté de prescription est l'un des principes fondamentaux de la médecine libérale, inscrit à l'article R.4127-8 du CSP : *«dans les limites fixées par la loi et compte tenu des données acquises de la science, le médecin est libre de ses prescriptions qui seront celles qu'il estime les plus appropriées en la circonstance»*. L'article R.4127-312 du CSP précise clairement que *«la sage-femme est libre dans ses prescriptions dans les limites fixées par l'article L.4151-4»*. Cet article précise également la liste des examens et des dispositifs médicaux qui peuvent être prescrit pas la sage-femme. Elle est également autorisée à pratiquer les vaccinations prévues par l'article L.4151-2 du CSP et à délivrer les contraceptifs prévus à l'article L.5434-2 du CSP. La loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 lui donne également compétence pour réaliser les IVG médicamenteuses (article L.2212-1 du CSP). Depuis le décret du 17 octobre 2006, la sage-femme est autorisée à prendre l'initiative de la péridurale et d'en faire la demande directement auprès de l'anesthésiste, sa seule obligation à l'égard de l'obstétricien étant de l'informer de cette demande. Elle peut ensuite procéder aux injections ainsi qu'à son retrait (article R.4127-318 du CSP).

Les obligations relatives à l'information et au consentement de la patiente (annexe 4)

La sage-femme doit respecter le droit qu'a toute personne d'être informée sur son état de santé (article L.1111-2 du Code de la santé publique). La loi du 4 mars 2002 a placé le patient au cœur de la décision médicale en précisant que toute personne prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé. La sage-femme doit ainsi, avant de pratiquer tout acte ou tout traitement, obtenir le consentement de la patiente et respecter sa volonté après l'avoir informée des conséquences de ce choix (article L.1111-4 et R.4127-306 du CSP). Ce consentement doit être libre et éclairé. La liberté du patient et son autonomie de décision sont un aspect fondamental du respect de la dignité du patient.

Il convient maintenant de détailler la jurisprudence au sujet des fautes rencontrées pendant le suivi et la surveillance de l'accouchement. Nous rappelons que l'activité de la sage-femme varie entre maternités publiques et privées. En effet, il semble que ses responsabilités professionnelles soient plus étendues dans le secteur public.

1.2.3 Le suivi et la surveillance de l'accouchement

Nous envisagerons les fautes ayant pu être retenues à l'encontre de la sage-femme dans le cadre de l'utilisation du monitoring, du défaut d'appel du médecin, des souffrances fœtales et enfin de la faute de diagnostic.

Responsabilité et monitoring

Aux termes de l'article 18 du code de déontologie des sages-femmes, elles sont autorisées à *“assurer la surveillance électronique, pendant la grossesse et au cours du travail, de l'état du fœtus in utero et de la contraction utérine”*. Les sages-femmes ont compétence pour interpréter les tracés comme le rappelle un arrêt : *“les sages-femmes préposées de la clinique ont assuré la surveillance par monitoring du fœtus, elles seules avaient la compétence requise pour analyser le tracé électrique indépendamment du rôle, réel ou supposé, de la préposée du gynécologue-accoucheur”* (CA Aix-en-Provence, 19 décembre 2000).

Il a ainsi été jugé que l'absence ou le défaut d'utilisation du monitoring constitue une faute car l'appareil est plus performant que la technique habituelle de surveillance (CA Colmar,

2 juin 1995). La sage-femme doit avertir le médecin des anomalies constatées au monitoring et à défaut, son attitude est fautive car en retardant l'intervention du médecin, elle contribue à aggraver les souffrances de l'enfant dont la clinique doit assumer la réparation (CA Montpellier, 3 mars 1999). En revanche, dans un arrêt du 10 juillet 2002, la Cour de cassation n'a pas retenu la responsabilité de la sage-femme, malgré l'erreur qu'elle a commise, mais seulement la faute commise par le médecin dans la surveillance de l'accouchement. En l'espèce, elle avait été chargée d'exercer la surveillance monitorée du fœtus par «délégation du gynécologue obstétricien». Elle a cependant fait une interprétation erronée de l'enregistrement du monitoring en ne décelant pas de caractère pathologique et a fourni au praticien des indications rassurantes qui ont conduit ce dernier à décider d'un accouchement par voies naturelles alors qu'une césarienne s'imposait. En outre, la faute d'interprétation d'un monitoring par une sage-femme est parfois excusée par la jurisprudence qui relève que la sage-femme n'avait pas reçu une formation suffisante ce qui montrait un défaut d'organisation de la clinique entraînant la responsabilité de cette dernière (Cass. 1re civ. 7 juillet 1998).

Obligation d'appel du médecin en temps utile

La responsabilité des sage-femmes est surtout engagée à propos du suivi de l'accouchement. La sage-femme a une obligation de surveillance de l'accouchement aux termes de l'article 25 du code de déontologie et doit appeler le médecin suffisamment à temps pour éviter tout incident.

La sage-femme commet une faute si, par défaut de surveillance elle n'appelle pas le spécialiste ou l'interne de service en temps utile (CA Aix-en-Provence, 23 mai 1973) ou encore si elle ne fait pas appel à un médecin malgré le dépassement de la durée admissible de l'expulsion (CA Colmar, 2 juin 1995) ou si elle appelle le médecin trop tard malgré la gravité de la situation et l'abaissement progressif du rythme cardiaque (CA Bordeaux, 2 juillet 1992). Dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 16 décembre 1994, la négligence fautive de la sage-femme a entraîné la responsabilité de la clinique qui l'employait. En l'espèce, elle n'avait averti personne des chiffres anormaux de la tension artérielle «*qui auraient dû, compte tenu de sa qualification, l'alerter et l'inciter à prévenir un médecin de cette situation anormale et inhabituelle dans le cas d'une césarienne simple*».

Souffrances foetales

Dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 12 juillet 1998, la sage-femme a été reconnue partiellement responsable des conséquences d'une souffrance foetale lors d'un accouchement alors qu'elle aurait dû déceler cette souffrance qui était à l'origine de la naissance d'un enfant infirme moteur cérébral. Sa responsabilité est également engagée si elle commet de graves fautes de négligence ayant pour effet de maintenir la souffrance foetale entraînant chez l'enfant des infirmités cérébrales (CA Montpellier, 13 avril 1994). Il en est de même si après avoir constaté une anomalie de la courbe cardiaque du fœtus, elle n'a pris aucune mesure particulière (CA Lyon, 4 mars 1999). Enfin, la Cour d'appel de Paris a précisé dans un arrêt du 12 janvier 1989 que *«s'il est admis qu'une sage-femme peut déclencher un accouchement par injection de spartéine, avec l'accord de la patiente, elle commet une faute lorsqu'elle procède à un transfert tardif en salle d'accouchement, négligeant des signes de souffrance et ne recourant pas au monitoring indispensable»*.

La faute de diagnostic

L'article R 41127-33 du CSP dispose que *« le médecin doit toujours élaborer son diagnostic avec le plus grand soin, en y consacrant le temps nécessaire, en s'aidant dans toute la mesure du possible des méthodes scientifiques les mieux adaptées et, s'il y a lieu, de concours appropriés »*. Une sage-femme peut aussi commettre une erreur de diagnostic fautive en laissant par exemple une accouchée *“regagner prématurément son domicile sans qu'elle pût désormais bénéficier du contrôle constant et de la régularité des soins qui étaient de nature à prévenir le développement des conséquences de l'hémorragie et de l'état de faiblesse de la patiente”*(Cass. 1re civ, 25 mai 1971).

Les accouchements dystociques peuvent également être une cause de responsabilité des sages-femmes mais dans le cas de la sage-femme salariée d'une clinique, ces mises en cause sont plus rares en raison de la présence quasiment systématique du gynécologue obstétricien en salle de naissance comme nous avons pu le voir en introduction.

1.2.4 Accouchements dystociques

La limite de la compétence de la sage-femme se situe au niveau de la dystocie. Dès lors que la situation devient dystocique, la sage-femme doit faire appel au médecin.

Dans un arrêt du 18 janvier 1989, la Cour de cassation a pu jugé que la responsabilité d'une sage-femme n'était pas engagée pour un accouchement dystocique préjudiciable car il fallait les connaissances et la pratique d'un médecin et elle n'était pas qualifiée pour exercer les manoeuvres de pression utérine. De même, la responsabilité d'une sage-femme n'est pas retenue pour défaut d'appel du médecin, une dystocie des épaules étant difficilement prévisible face à un accouchement présentant les apparences de la normalité (CA Metz, 22 février 1996) ou encore l'accouchement dystocique pratiqué par deux sages-femmes était conforme aux données actuelles de la science et aurait été pratiqué de la même manière par des médecins (Cass. 1re civ, 26 mars 1996). Toutefois, la Cour de cassation semble considérer qu'en cas d'accouchement dystocique, la sage-femme doit non seulement faire appel à un médecin, comme le lui impose la loi, mais encore, que cette alerte doit être rapide. Elle a en effet précisé, dans une décision du 13 décembre 2005, que « *dans le cas d'un accouchement dystocique, la sage-femme doit faire appel, sans délai, à un médecin* ». En l'espèce, la Cour de cassation a considéré comme fautive, l'attitude de la sage-femme qui, ayant constaté l'existence d'anomalies du rythme cardiaque foetal, avait effectué les gestes qui ne relevaient de sa compétence alors qu'elle aurait dû prévenir l'obstétricien.

L'obstétrique suppose un travail d'équipe entre la sage-femme, l'obstétricien, l'anesthésiste et le pédiatre. En effet, la responsabilité personnelle de la sage-femme, dans certaines situations liées à la complexité des moyens diagnostiques ou thérapeutiques, peut nécessiter l'avis et la compétence de l'un de ces professionnels. Un dossier obstétrical est écrit pour 90%³⁹ de la main d'une ou de plusieurs sage-femme et ce qui est écrit par la sage-femme n'engage pas seulement sa responsabilité, mais également celle de toute l'équipe puisque c'est elle qui notera, par exemple, l'heure d'appel à l'obstétricien ou l'anesthésiste.

1.3 L'exercice en équipe médicale et le partage de responsabilité

Nous étudierons d'abord la responsabilité in solidum (1.3.1) puis le partage de responsabilité avec le médecin obstétricien (1.3.2).

³⁹ SEGUY, Bernard. Prévenir le risque juridique en obstétrique. Cas réels, bonnes pratiques. Elsevier Masson, 2006. Collection de Périnatalité. p.48.

1.3.1 La responsabilité « in solidum »

Lorsque l'activité médicale est exercée en équipe, notamment dans le cadre des établissements de soins privés, les fautes commises par les membres de l'équipe médicale peuvent, selon leur statut juridique respectif, engager la responsabilité du médecin ou de l'obstétricien du fait d'autrui⁴⁰ ou de la responsabilité in solidum des différents intervenants. La condamnation in solidum implique alors que plusieurs personnes sont tenues d'une même obligation, ce qui entraîne le fait que leur créancier puisse demander la réparation totale de son préjudice à l'un ou l'autre de ses débiteurs. Le jugement du Tribunal de grande instance de la Seine du 3 mars 1965 consacre explicitement la responsabilité collective des membres d'une équipe médicale, en l'espèce composée d'un chirurgien et d'un anesthésiste. Ce jugement admet, sur le fondement de l'article 1147 du code civil, la responsabilité in solidum de deux médecins pour manquement à une obligation de sécurité. Pour la première fois, les juges ont clairement admis l'évolution de la pratique médicale, en reconnaissant l'existence de l'équipe liée au patient par un seul et même contrat. Pour François Vialla⁴¹, la responsabilité de l'équipe médicale ne doit plus être entendue par référence au groupe mais au statut de ses membres : *«le régime de la responsabilité civile de l'équipe médicale se place désormais dans une sphère globale, celle de l'établissement accueillant l'exercice de son art. Partant, elle évolue, non plus vers une responsabilité de groupe, mais par référence au mode d'exercice des professionnels de santé la composant, soit vers une responsabilité de statut »*. Par ailleurs, la responsabilité in solidum de l'équipe médicale n'existe pas seulement dans une unité de temps, de lieu et d'action. Elle peut aussi se construire autour d'une seule et même prise en charge composée d'actes multiples, se déplaçant dans le temps et dans l'espace (Cour de cassation, 4 novembre 2003). Toutefois, la responsabilité du fait d'autrui est aujourd'hui en net recul car les articles L.1142-1 et suivants du CSP n'envisagent pas cette hypothèse.

1.3.2 Le partage de responsabilité avec le médecin obstétricien

La responsabilité de la sage-femme n'exclut pas celle du gynécologue obstétricien. C'est ce qui ressort de l'arrêt de la Cour de cassation du 7 juillet 1998 dans lequel il est expressément

40 La responsabilité générale du fait d'autrui est l'obligation de réparer les préjudices causés par les personnes dont on doit répondre parce qu'on a la charge d'organiser, de diriger et de contrôler leur activité (art.1384a1 du code civil)

41 VIALLA, François. Les grandes décisions du droit médical. 2^{ème} éd. LGDJ, 2009. Les grandes décisions. p. 761

indiqué que *«la liberté dont les sages-femmes disposent dans l'exercice de leur art ne dispense pas le médecin obstétricien de prendre toutes dispositions utiles pour permettre à la patiente d'accoucher dans les meilleures conditions»*. En l'espèce, il s'agissait d'une patiente à dilatation complète et dont les bruits du coeur foetaux étaient normaux. La sage-femme met en place une perfusion et laisse la parturiente. Un quart d'heure plus tard, alors qu'elle revient vers la patiente, elle n'entend plus les bruits du coeur et appelle aussitôt le médecin pour procéder à l'accouchement. L'enfant naît avec des séquelles. La clinique, la sage-femme et le médecin sont déclarés responsables du préjudice subi. Une solution identique est prononcée dans un arrêt de la Cour d'appel de Montpellier du 3 mars 1999. En l'espèce, la sage-femme n'avait pas suffisamment attiré l'attention du médecin sur les ralentissements du rythme cardiaque de l'enfant mais la Cour d'appel a retenu que le médecin aurait dû s'inquiéter davantage de la situation de la parturiente dont le travail était anormalement long et qui n'aurait pas dû se contenter de renseignements téléphoniques mais questionner de façon plus approfondie la sage-femme ou se rendre lui-même sur place. Inversement, en raison du principe d'indépendance, l'existence de fautes du médecin ayant exécuté les actes obstétricaux n'exclut pas l'éventualité de fautes commises par la sage-femme elle-même pendant ces opérations ou dans la surveillance des suites de celles-ci, et dont elle doit répondre des conséquences (Ccas.crim, 21 octobre 1998).

Lorsque les différentes fautes que nous venons d'observer sont caractérisées, la responsabilité personnelle de la sage-femme a pu être engagée. Toutefois, la jurisprudence a évolué vers une plus grande responsabilité de la clinique du fait de ses praticiens tendant ainsi à rapprocher le régime de responsabilité des sages-femmes exerçant en établissement public et privé de soins.

2. L'immunité guidée par une logique de rapprochement des deux ordres de juridiction

La clinique peut également être déclarée responsable dans le cadre d'un accident médical, cette responsabilité fut l'objet de plusieurs évolutions (2.1). En 2000, la Cour de cassation a consacré l'immunité du préposé agissant "sans excéder les limites de sa mission" (2.2). Cependant, La Haute juridiction avait restreint la portée de cette immunité lorsque le préposé est un médecin salarié ou encore une sage-femme en raison de son indépendance professionnelle (2.3), avant de procéder à un revirement de jurisprudence en 2004 (2.4). Il

reste néanmoins à délimiter les contours de cette immunité (2.5).

2.1 Le partage de responsabilité avec la clinique

Nous précisons l'évolution de la jurisprudence s'agissant de la responsabilité pécuniaire de l'établissement privé de soins en raison des fautes commises par la sage-femme qu'il emploie.

De façon traditionnelle, la clinique ne répondait que des dommages causés du fait d'un manquement aux obligations de nature hôtelière ou résultant d'une inexécution défectueuse des soins non médicaux. L'établissement privé de soins ne pouvait en revanche être tenu responsable du dommage causé au patient lors de l'exécution d'un acte médical, car la jurisprudence considérait alors qu'un tel acte relevait exclusivement du contrat conclu entre le malade et le médecin exerçant au sein de la clinique. Seul ce dernier pouvait donc être condamné à la réparation du préjudice subi par le patient (Cass. 1^{re} civ, 4 avril 1973). À la suite des arrêts du 4 juin 1991 et du 26 mai 1999 cette jurisprudence a été abandonnée. La première chambre civile de la Cour de cassation a jugé que le contrat unissant la clinique au patient englobe désormais les soins médicaux, sauf lorsque ceux-ci sont dispensés par un médecin exerçant à titre libéral en son sein. La jurisprudence considère en effet que le contrat de soins est directement conclu entre la clinique et le patient, celle-ci assumant donc l'inexécution dommageable des actes matériellement réalisés par le professionnel auquel elle s'est substituée. Au regard de la responsabilité d'une équipe médicale œuvrant dans un établissement de santé privé, il apparaît alors que la personne responsable de l'équipe entière, que ce soit des médecins salariés ou du personnel paramédical également salarié, est l'établissement de santé qui l'abrite. La responsabilité de la clinique a ainsi pu être retenue, en raison des fautes commises par la sage-femme dans les fonctions auxquelles elle est employée, avec celle du gynécologue et de l'anesthésiste (*CA Paris, 16 décembre 1994*). De même la responsabilité d'une sage-femme est retenue avec celle de la clinique, coupable de ne pas avoir employé de personnel qualifié (*CA Montpellier, 21 mars 1994*). Il en va de même en cas de faute de la sage-femme, pour avoir tardé à appeler un médecin, et de faute de la clinique, qui a maintenu le bloc opératoire fermé retardant ainsi l'intervention nécessaire (*CA Montpellier, 3 mars 1999*).

2.2 L'immunité du préposé

Nous précisons le cadre de l'immunité du préposé reconnu par la Cour de cassation dans le célèbre arrêt de principe Costedoat du 25 février 2000.

La responsabilité des commettants du fait de leurs préposés est fondée sur l'article 1384, alinéa 5 du code civil, qui pose trois conditions : la première est relative à l'existence d'un lien de préposition, que la jurisprudence juge établi lorsque le commettant a le droit de donner au préposé des ordres ou des instructions sur la manière de remplir les fonctions auxquelles il est employé. La deuxième condition est relative au fait dommageable du préposé car une faute du préposé est nécessaire. Enfin, la troisième condition est relative au rattachement du fait dommageable au rapport de préposition. L'assemblée plénière de la Cour de cassation a affirmé dans l'arrêt Costedoat du 25 février 2000 que le préposé qui agissait sans excéder les limites de la mission qui lui était impartie par son commettant, n'engageait pas sa responsabilité à l'égard des tiers. Il fut considéré dans un premier temps que l'immunité devait cesser dès l'instant où le préposé commettait une faute intentionnelle ayant donné lieu à une condamnation pénale. Néanmoins, cette dépendance entre la disparition de l'immunité et une condamnation pénale fut rapidement abandonnée puisque dans un second temps, la Cour de cassation considéra que l'immunité disparaissait dès l'instant où une faute intentionnelle avait été commise (Cass. ass plén, 14 décembre 2001).

2.3 La responsabilité personnelle de la sage-femme

La sage-femme conserve toujours son indépendance professionnelle et ses propres responsabilités au sein de l'équipe dans laquelle elle exerce quelles que soient les circonstances. C'est pourquoi dans un premier temps la jurisprudence a refusé d'octroyer à la sage-femme le bénéfice de l'immunité du salarié.

La Haute juridiction se refusa tout d'abord à faire application de la jurisprudence Costedoat dans le cadre d'un contentieux médical. Par un arrêt du 9 avril 2002, elle estima que, dès lors que le recours de la victime était fondé sur un fondement contractuel et non sur l'article 1384a15 du code civil, l'indépendance professionnelle du médecin salarié ne s'effaçait pas devant l'immunité mise en place par la décision du 25 février 2000. En effet, la première

chambre de la Cour de cassation a affirmé que les médecins et les sages-femmes gardaient, à la différence des autres salariés de l'établissement privé, une responsabilité personnelle. Leur responsabilité a été justifiée par l'indépendance professionnelle dont ils disposent dans l'exercice de leur art, qualifiée par la première chambre « *d'inaliénable* » puis « *d'intangible* ». La Cour de cassation considérait en effet, que l'établissement de santé ne disposait pas de possibilités d'interventions dans la réalisation des actes médicaux, qu'ils soient accomplis par des professionnels de santé exerçant à titre libéral ou salarié. En ce sens, un arrêt du 16 mai 2001 de la Cour d'appel de Paris qui a retenu à l'encontre de la sage-femme un défaut de surveillance d'une patiente qui lui avait été confiée à la suite du déclenchement de son accouchement, la faute ayant retardé la découverte d'une souffrance foetale à l'origine des lésions présentées par l'enfant. Elle a relevé que la sage-femme disposait d'une indépendance professionnelle qui en faisait plus qu'une simple préposée, de sorte que sa responsabilité professionnelle pouvait être recherchée à raison des fautes personnelles commises. La sage-femme a été condamnée au paiement d'une provision *in solidum* avec l'établissement de santé et le médecin gynécologue. Dans une autre affaire, une sage-femme avait mal lu le tracé pathologique du monitoring et tardé à alerter l'obstétricien, faisant ainsi perdre à l'enfant une chance de naître en bonne santé. La sage-femme avait tenté d'opposer sa qualité de salarié à la victime et réclamait donc le bénéfice de la jurisprudence Costedoat. L'argument n'a pas été retenu, la Cour d'appel de Pau ayant considéré que la sage-femme, même liée par un contrat de travail avec une clinique, doit disposer d'une complète indépendance professionnelle dans l'exercice de son art et se trouve donc personnellement responsable de ses fautes (CA Pau, 1^{re} civ, 16 décembre 2003).

Cette position de la Cour de cassation a été vivement critiquée par la doctrine. Pour Christophe Radé, l'indépendance professionnelle reconnue à la sage-femme par la Cour de cassation ignore le véritable fondement de la responsabilité civile des commettants du fait de leurs préposés et de l'immunité dont jouissent les préposés dans leurs relations avec les victimes⁴² : « *C'est en effet parce que le salarié agit dans le cadre d'un rapport de subordination, qui altère son libre arbitre, et que son activité profite directement à son employeur que ce dernier doit, en contrepartie, assumer seul la charge d'indemniser les victimes qui ont eu à souffrir de cette activité, à moins, bien entendu, que le préposé n'ait volontairement provoqué le dommage. En fondant la responsabilité personnelle de la sage-femme sur son indépendance professionnelle, la jurisprudence se trompe donc non seulement dans le fondement de l'immunité reconnue aux salariés, mais elle s'expose*

42 RADE, Christophe. Responsabilité personnelle d'une sage-femme. Responsabilité civile et assurances. Septembre 2004. n°9, comm.251.

également à une multiplication des contentieux et aux plus grandes difficultés pour distinguer, parmi les salariés, ceux dont l'indépendance professionnelle exige qu'ils demeurent personnellement responsables de leurs actes, et les autres ». Monsieur Radé rejette également l'argument qui soutient que l'indépendance des médecins rend impossible tout contrôle de l'employeur⁴³ : «Le pouvoir juridique de l'employeur se manifeste aujourd'hui non plus par une surveillance de tous les moments des modalités d'exécution du contrat de travail, surveillance favorisée par une concentration géographique des lieux de production, mais bien par la fixation d'objectifs que le salarié doit respecter, à charge pour lui de déterminer les moyens les plus appropriés pour y parvenir».

2.4 La sage-femme préposée de l'établissement de soins

Les protestations de la doctrine ont finalement été entendues par la Cour de cassation qui a décidé, par deux arrêts datés du 9 novembre 2004, d'appliquer aux sage-femmes le principe posé par la jurisprudence Costedoat.

La Cour de cassation a affirmé au visa des articles 1382 et 1384 alinéa 5 du code civil que « la sage-femme salariée qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui est impartie par l'établissement de santé privé, n'engage pas sa responsabilité à l'égard de la patiente ». Dans la deuxième espèce, une sage-femme et un médecin, tous deux salariés d'un établissement de santé privé, sont condamnés in solidum. La Haute juridiction procède ainsi à un revirement de jurisprudence en protégeant les médecins salariés par l'immunité posée par la jurisprudence Costedoat. Le patient pourra désormais seulement rechercher la responsabilité de l'établissement en application du contrat conclu avec ce dernier à l'exception des rares cas dans lesquels il sera en mesure d'établir que le professionnel de santé est sorti des limites de sa mission.

L'assemblée plénière a entendu rapprocher le régime de responsabilité de la sage-femme salariée d'une clinique de celui de la sage-femme fonctionnaire. La sage-femme travaillant en clinique bénéficie de la même indépendance professionnelle que la sage-femme des hôpitaux dont la responsabilité ne peut être retenue qu'en cas de faute détachable de l'exercice des fonctions, l'établissement de santé public se substituant à elle dans les autres

⁴³ RADE, Christophe. Il faut sauver la jurisprudence Costedoat! Responsabilité civile et assurances. Juillet 2002. n°7-8 chron.13.

cas. L'indépendance professionnelle du professionnel de santé salarié ne porte en réalité que sur le choix du traitement et sa mise en œuvre.

2.5 La portée de l'immunité du préposé

La Cour de cassation a précisé les contours de l'immunité reconnue aux préposés. En effet, l'immunité ne doit pas être associée à une irresponsabilité.

Après avoir affirmé que le médecin salarié, qui agit sans excéder les limites de sa mission, n'engage pas sa responsabilité à l'égard du patient, la première chambre civile a accepté le recours subrogatoire de l'assureur de l'établissement de soins contre celui du médecin. En effet, dans un arrêt du 12 juillet 2007, la Cour de cassation vient implicitement préciser la portée de l'immunité du préposé. La Cour d'appel saisie du recours subrogatoire de l'assureur du commettant, déclaré responsable du fait de son préposé, a énoncé que l'immunité bénéficiant au médecin ne faisait pas obstacle à l'exercice, par l'assureur de la clinique, de son recours subrogatoire à l'encontre de l'assureur du médecin tenu de prendre en charge les conséquences dommageables des fautes commises par son assuré. Pour justifier le fait que le droit à réparation puisse être transmis par subrogation tant au commettant qu'à son assureur, Patrice Jourdain précise la définition de l'immunité⁴⁴ : *« Conformément au sens que le droit pénal donne à l'immunité, il faut y voir une simple cause personnelle d'impunité qui empêche seulement la condamnation du responsable et disparaît en cas d'infraction pénale intentionnelle ou de faute qualifiée au sens de l'article 121-3 du code pénal. En vertu de son caractère personnel, l'immunité n'affecte ni la dette du responsable ni la créance de la victime. Si en effet l'action contre le préposé se trouve paralysée pour des motifs tenant à sa qualité, le droit à réparation de la victime demeure et peut être exercé contre l'assureur par la voie de l'action directe, et cela d'autant plus facilement que l'assuré n'a plus besoin d'être mis en cause ».*

Par cet arrêt, la première chambre civile redonne à l'immunité du préposé son véritable sens : l'immunité du salarié ne doit pas être entendue comme une irresponsabilité mais seulement comme un obstacle à l'action de la victime contre le préposé et à la condamnation de ce dernier. Stéphanie Porchy-Simon partage également cette conception de l'immunité qu'elle qualifie *“d'immunité procédurale strictement personnelle”*⁴⁵.

44 JOURDAIN, Patrice. L'immunité du préposé ne serait pas irresponsabilité. RTD Civ. 2008. p. 109.

45 PORCHY-SIMON, Stéphanie. La portée de l'immunité civile du préposé à la lumière des recours entre assureurs. Recueil Dalloz. 2007. p. 2908.

En appliquant l'immunité du préposé à la sage-femme, les conséquences financières des fautes de celle-ci seront dorénavant supportées par l'établissement employeur et son assureur. Néanmoins, la Cour de cassation admet implicitement l'existence d'une dette de responsabilité de la sage-femme qui justifie la mise en cause de son assureur. Le recours subrogatoire postule ainsi l'existence d'une responsabilité de la sage-femme. Rappelons d'une part le caractère exceptionnel de la mise en œuvre de la responsabilité personnelle de l'agent hospitalier et d'autre part, que l'assureur de l'hôpital ne dispose d'aucun recours subrogatoire contre le médecin (article L.121-12 du Code des assurances). La structure hospitalière reste donc plus protectrice à l'égard de la sage-femme. Une fois la faute établie, il reste à déterminer l'existence d'un préjudice.

II – UNE EVOLUTION RESPECTIVE DE LA REPARATION DU PREJUDICE

Comme en droit public, outre la faute du médecin, doit être établi un lien de causalité entre cette faute et le dommage subi (1). Les juges administratifs et judiciaires ont également la même manière de travailler lorsqu'ils procèdent à l'évaluation des préjudices subis par la victime (2).

1. Le lien de causalité: une démarche commune

Les juges administratifs et judiciaires ont la même démarche pour établir le lien de causalité (1.1). Toutefois, l'aléa médical propre à ce contentieux rend parfois difficile sa caractérisation (1.2). Le rapport d'expertise est donc le fondement de la décision prise (1.3). Ils ont d'ailleurs le plus souvent recours aux mêmes experts.

1.1 L'existence du lien de causalité

L'existence d'un lien de causalité entre la faute et le dommage est une condition essentielle de la responsabilité civile, imposée aux articles 1151 et 1382 du code civil et il n'existe pas en matière d'accouchement de présomption de responsabilité (CA Metz, 22 février 1996). Conformément à l'article 1315 du code civil, il appartient au patient, demandeur à l'action en indemnisation, de prouver l'existence d'un lien de causalité direct et certain entre la faute du praticien (ou de l'établissement de soins) et les préjudices subis. La preuve du lien de causalité peut-être établie par tout moyen par le demandeur à l'action. Toutefois, la victime devra apporter, selon les termes mêmes de l'article 1353 du code civil, la preuve de faits "graves, précis et concordants".

1.2 L'incertitude du lien de causalité

Si l'exigence est indiscutable, la notion même de causalité demeure cependant encore bien souvent incertaine dans le droit positif français. La jurisprudence n'a en effet jamais tranché

clairement en faveur de l'une des théories présentées par la doctrine : théorie de la causalité adéquate ou de l'équivalence des conditions. Les incertitudes affectant le droit commun de la responsabilité civile se retrouvent dans le contentieux médical, où la nature des faits envisagés par le juge rend, dans la majorité des hypothèses, très difficile la caractérisation du lien causal. La preuve du lien de causalité s'évince alors d'un ensemble de présomptions appréciées de façon souple et qui pourra permettre plus facilement l'indemnisation du préjudice subi. La loi du 4 mars 2002 n'est au demeurant pas de nature à clarifier les solutions du droit positif, puisque seules de rares dispositions, se sont intéressées au lien de causalité. Pour exemple, dans un arrêt du 25 novembre 1998, la Cour d'appel de Rennes a estimé que la patiente ne rapportait pas la preuve d'un lien de causalité déterminant, direct et certain entre la ligature tubulaire dont elle faisait état et les désordres psychologiques subis par la suite.

1.3 Le recours à l'expertise

L'existence de ce lien de causalité relevant avant tout d'une appréciation médicale, les juges ordonnent systématiquement une expertise et se fondent ultérieurement sur les conclusions des experts désignés pour déterminer l'existence ou non de ce lien de causalité. Dans un arrêt du 4 mars 1999 portant sur la naissance d'un enfant atteint d'un grave handicap moteur et mental, la Cour de cassation a écarté tout lien de causalité entre les fautes commises et l'état de l'enfant en rappelant les conclusions des experts qui avaient privilégié, sans pouvoir être affirmatif, l'hypothèse d'une souffrance prénatale et écarté l'hypothèse d'une asphyxie périnatale. C'est sur cette base que la Cour avait rejeté les demandes de dommages et intérêts ainsi que la demande d'une nouvelle expertise.

Selon l'article 246 du code de procédure civile, l'avis de l'expert ne liera pas le juge qui conserve son pouvoir d'appréciation concernant la portée des conclusions des experts qu'il pourra d'ailleurs rejeter. Le plus souvent le juge aura malgré tout tendance à suivre les conclusions de l'expert. L'expertise est soumise à des obligations que l'expert est tenu de respecter sous peine de nullité de l'expertise. La contradiction s'applique à toutes les phases de l'expertise. En aucun cas l'expert ne doit influencer le déroulement de l'expertise, il doit s'en tenir à la mission fixée par le juge. L'expert n'est pas à l'abri d'une éventuelle mise en cause de sa responsabilité par les parties, sur le fondement des articles 1382 et suivants du code civil.

L'introduction de la notion de postes de préjudices par la réforme de 2006 et les efforts jurisprudentielle ont permis aux juges des deux ordres de juridiction d'évoluer vers une convergences des jurisprudences s'agissant de la réparation du préjudice.

2. L'évaluation du préjudice: une tentative d'uniformisation

Les juges administratifs et judiciaires ont la même démarche consistant à examiner les éléments et pièces versés aux dossiers à partir desquels ils se forment une conviction sur les causes du dommage (2.1) et l'étendue des préjudices (2.2) parmi lequel figure le préjudice particulier de la perte de chance (2.3).

2.1 Des conditions d'évaluation similaires

Conformément au principe de la réparation intégrale (2.1), les juridictions administratives et judiciaires utilisent les mêmes méthodes d'analyse quant à la preuve (2.2) et la prescription (2.3) du dommage. La jurisprudence administrative et judiciaire a également évolué dans le même sens quant aux bénéficiaires de la réparation (2.4).

2.1.1 Le principe de la réparation intégrale

Le droit positif français en matière de réparation du préjudice est soumis au principe de la réparation intégrale en vertu duquel le responsable est tenu de réparer, de compenser l'intégralité du préjudice causé à la victime. Le juge dispose d'un pouvoir souverain pour apprécier tant l'existence que l'ampleur du préjudice ainsi que les modalités de sa réparation. Les dommages et intérêts s'évaluent au jour du jugement. Bien entendu, doit être prise en considération la modification ultérieure du dommage.

2.1.2 La preuve de l'imputabilité du dommage

La preuve de l'imputabilité à un manquement incombe au demandeur en vertu des règles de droit commun gouvernant la charge de la preuve devant le juge judiciaire. Le demandeur doit donc prouver la réalité des préjudices, de la faute et de la preuve du lien de causalité. La

preuve peut être rapportée par tout moyen. Le demandeur bénéficie en particulier de moyens légaux, judiciaires ou amiables mis à disposition comme l'expertise et l'accès au dossier médical. La charge de la preuve est renversée et pèse sur l'établissement en cas de défaut d'information, d'infection nosocomiale et dans le cas de la recherche biomédicale.

2.1.3 La prescription du dommage

Depuis la loi du 4 mars 2002, la prescription en matière médicale est de dix ans à compter de la consolidation du dommage (article L.1142-28 du CSP), et ce quelque que soit l'établissement au sein duquel le dommage est intervenu et quelque soit le juge compétent. Jusque-là, la prescription était de trente ans en droit médical privé contractuel (article 2262 du code civil) et le droit administratif connaissait une prescription quadriennale (loi 31 décembre 1968).

2.1.4 Les bénéficiaires de la réparation

A côté de la victime du dommage, les tiers peuvent également invoquer un préjudice mais la jurisprudence a d'abord limité le nombre des personnes pouvant invoquer le préjudice « par ricochet», en posant l'exigence d'un lien de droit unissant le demandeur et la victime (Cass. 1^{re} civ, 27 juillet 1937). La Cour de cassation retient trois critères pour admettre l'indemnisation des victimes par ricochet : le préjudice doit être personnel, direct et certain. Depuis 1966, la jurisprudence civile admet l'action de la concubine pourvu que le concubinage soit stable et ne soit pas illicite (Ccas, 20 janvier 1966). Le concubinage homosexuel ou le pacte civil est également pris en considération. Le juge administratif à adopté une position similaire par un arrêt d'assemblée du 3 mars 1978 *Muësser*. Après quelques hésitations entre les différentes chambres de la Cour de cassation, il a été admis que le droit à réparation du dommage, résultant de la souffrance physique ou morale, se transmettait aux héritiers sans restriction (Cass. ch mix, 30 avril 1976). Le Conseil d'Etat a admis que les préjudices personnels qu'aurait subi la victime décédée soient transférés dans le patrimoine de ses héritiers, même dans le cas où la victime n'aurait, avant son décès, introduit aucune action tendant à la réparation de ces préjudices (CE, 29 mars 2000 *APHP de Paris c/ Consorts Jacquié*). Il abandonne ainsi la jurisprudence antérieure qui refusait en principe la transmission. L'ensemble des préjudices subis par la victime sont donc transmissibles à ses ayants droit.

Il existe une grande variété de préjudices indemnisables mais les chefs de préjudices engageant la responsabilité médicale privée ne présentent plus de spécificité significative par rapport à ceux engageant la responsabilité médicale publique, qu'ils rejoignent largement.

2.2 Les préjudices réparables : le recours à la nomenclature Dintilhac

Nous présenterons la nomenclature édictée par le rapport Dintilhac (2.2.1), référence des magistrats de l'ordre judiciaire pour évaluer le montant des dommages et intérêts alloués à la victime. On distingue la victime directe (2.2.2) de la victime indirecte (2.2.3).

2.2.1 La nomenclature Dintilhac

La notion de poste de préjudices instaurée par la loi du 21 décembre 2006 a permis de clarifier les méthodes d'analyse du préjudice.

Un consensus existe, en droit privé, autour des propositions faites par les groupes de travail Lambert-Faivre (juin 2003) et Dintilhac (juillet 2005) afin de clarifier la méthodologie d'indemnisation du préjudice corporel. Le premier, constitué à l'instigation du garde des sceaux dans le cadre du Conseil national d'aide aux victimes et présidé par le Professeur Lambert-Faivre, devait rechercher des *«modalités d'indemnisation de la victime plus juste et transparente (...) en distinguant précisément les préjudices strictement personnels qui reviennent à la victime et ceux sur lesquels les organismes de sécurité sociale peuvent exercer leur recours»*. Le second, constitué au sein de la Cour de cassation et présidé par Jean-Pierre Dintilhac, président de la 2ème chambre civile (2006-2008), devait procéder à *«l'établissement d'une nomenclature des chefs de préjudice corporels cohérents reposant sur une distinction claire entre les préjudices économiques et non économiques»*. Ces deux groupes de travail sont parvenus à des conclusions proches. Une circulaire du ministère de la Justice du 22 février 2007 a invité les magistrats de l'ordre judiciaire à se référer à la nomenclature édictée par le rapport Dintilhac, mais il s'agit d'une indication, ne concernant que le juge judiciaire. La classification du rapport Dintilhac rentre dans un degré de détails plus grand que dans la nomenclature utilisée par le juge administratif. Néanmoins, on y

retrouve l'ensemble des postes proposés dans l'avis Lagier. Elle distingue, pour la victime directe, dix postes de préjudices patrimoniaux et dix postes de préjudices personnels. Les préjudices extrapatrimoniaux sont dépourvus de toute incidence patrimoniale, ce qui les écarte de l'assiette du recours des tiers payeurs.

On trouve d'abord les préjudices de la victime directe.

2.2.2 Nomenclature des préjudices de la victime directe

La nomenclature distingue clairement les préjudices économiques des atteintes non économiques et elle sépare les préjudices temporaires, antérieurs à la consolidation, des préjudices permanents, qui lui sont postérieurs et enfin des préjudices évolutifs.

Les préjudices patrimoniaux temporaires

On y retrouve les **dépenses de santé actuelles** qui correspondent aux frais hospitaliers, médicaux, paramédicaux et pharmaceutiques réalisés jusqu'à la consolidation de l'état de santé de la victime dans leur intégralité, les **frais divers** recouvrant l'ensemble des frais exposés par la victime avant la date de consolidation (frais de garde d'enfants, soins ménagers, assistance temporaire d'une tierce personne, frais temporaire d'aménagement du logement et d'un véhicule...) et enfin, les **pertes de gains professionnels actuels** dans lesquels sont retenues les seules pertes de revenus temporaires de la victime.

Les Préjudices patrimoniaux permanents

Figure dans cette rubrique, les **dépenses de santé futures** qui correspondent aux frais médicaux prévisibles, répétitifs et rendus nécessaires par l'état de santé permanent de la victime après la consolidation. On inclut également **les frais de logement adapté, les frais d'aménagement du logement et les frais de véhicule adapté**. Ces frais postérieurs à la consolidation sont pris en charge sur la base de factures, de devis, de rapports d'expertises. **La pertes de gains professionnels futurs** compensent les pertes de revenus futurs à compter de la consolidation résultant pour la victime de la perte de son emploi ou de l'obligation d'exercer celui-ci à temps partiel en raison du fait dommageable. Pour les personnes n'exerçant aucune activité professionnelle au jour de l'accident, une estimation devra être réalisée de la privation de leurs ressources professionnelles. La Cour de cassation a décidé, dans trois avis en date du 29 octobre 2007, que la rente ou la pension

indemnise, notamment, les pertes de gains professionnels et les incidences professionnelles de l'incapacité. On retrouve ensuite **la perte de gains professionnels** (actualisation de l'indemnité), **l'incidence professionnelle** (les frais de reclassement professionnel, de formation ou de changement de poste) et enfin le **préjudice scolaire, universitaire ou de formation** qui indemnise la perte d'années d'études scolaires ou universitaires ou de formation.

Les préjudices extra patrimoniaux temporaires

Cette catégorie comprend d'abord, le **déficit fonctionnel temporaire** qui vise l'invalidité subie par la victime dans sa sphère personnelle jusqu'à la consolidation. Il comprend le préjudice sexuel, mais pas le préjudice esthétique temporaire ni les souffrances endurées au cours de la maladie. Ensuite, **les souffrances endurées** concernent les souffrances physiques et psychiques ainsi que les troubles associés que doit endurer la victime jusqu'à la consolidation. Enfin, le **préjudice esthétique temporaire**, il s'agit des atteintes physiques aux conséquences personnelles préjudiciables que la victime peut supporter jusqu'à la consolidation de son état de santé.

Les préjudices extra patrimoniaux permanents

L'indemnité allouée au titre du **déficit fonctionnel** compense les atteintes physiologiques, les souffrances, la perte de qualité de vie ainsi que les troubles dans les conditions d'existence que connaîtra la victime de façon permanente à dater de la consolidation. Le poste du **préjudice d'agrément** indemnise l'impossibilité, pour la victime de pratiquer régulièrement une activité spécifique sportive ou de loisirs. Évalué selon une échelle de 1 à 7, le **préjudice esthétique** est celui qui altère de manière permanente l'apparence physique de la victime. Le rapport Dintilhac distingue trois types de **préjudice sexuel**. Tout d'abord, le préjudice morphologique lié à l'atteinte aux organes sexuels primaires et secondaires résultant du dommage subi. Ensuite, le préjudice tenant à la perte de plaisir. Enfin, le préjudice lié à une impossibilité ou à une difficulté à procréer. L'indemnisation du préjudice sexuel consécutif à un accident est un phénomène relativement récent. D'abord considéré, comme inclus dans l'incapacité permanente, il a ensuite été considéré comme un élément du préjudice d'agrément. Depuis un arrêt du 6 janvier 1993, la Cour de cassation répare le préjudice sexuel au titre de troubles dans les conditions d'existence. Il arrive également qu'il soit appréhendé de manière autonome. Le **préjudice d'établissement** consiste en la perte d'espoir et de chance de réaliser un projet de vie familiale en raison de la gravité du

handicap. **Les préjudices permanents exceptionnels** recouvrent les préjudices atypiques directement liés aux handicaps permanents dont la victime souffre de manière permanente après la consolidation.

Préjudices extra patrimoniaux évolutifs

Il s'agit **des préjudices liés à des pathologies évolutives**. Apparu récemment, ce poste recouvre les pathologies évolutives comme les maladies incurables susceptibles d'évoluer et dont le risque d'évolution constitue en lui-même un dommage indemnisable en tant que tel. Ce type de préjudice existe en dehors de toute consolidation des blessures, car il se présente avant et après la maladie.

On trouve ensuite les préjudices de la victime indirecte.

2.2.3 Nomenclature des préjudices de la victime indirecte

On retrouve pour la victime indirecte, la même distinction entre les préjudices patrimoniaux et extra-patrimoniaux.

Préjudices patrimoniaux

D'une part, les proches de la victime décédée dans l'accident ou des suites de ses blessures peuvent obtenir le remboursement **des frais d'obsèques et de sépultures**. D'autre part, le décès de la victime engendre **une perte de revenus** pour ses proches qui seront indemnisés par le responsable. Enfin, **les frais divers** des proches correspondent aux frais engagés à l'occasion de son décès (frais de transport, d'hébergement et de restauration).

Préjudices extra patrimoniaux

Le préjudice d'accompagnement et d'accompagnement de fin de vie a pour objet d'indemniser les troubles dans les conditions d'existence d'un proche qui partageait habituellement une communauté de vie avec le défunt. Le **préjudice d'affection** est un poste qui répare le préjudice que subissent certains proches à la suite du décès de la victime directe. Les **préjudices extra patrimoniaux exceptionnels** compensent le changement dans les conditions de l'existence dont sont victimes les proches de la victime directe pendant sa survie handicapée.

Malgré la référence à une nomenclature distincte, l'appréciation des préjudices reste donc majoritairement identique. On retrouve par exemple, les mêmes interrogations pour fixer certains préjudices faisant apparaître de nombreux paramètres tels que les préjudices professionnels ou le préjudice sexuel. Outre l'apport législatif, la convergence des jurisprudences a pu également résulter d'une construction par étape, comme c'est le cas pour la perte de chance.

2.3 L'indemnisation de la perte de chance

Lorsque la réalisation d'une chance réelle et sérieuse a été perdue, l'indemnisation du dommage consécutif peut-être demandée. Toute la difficulté pour le juge sera d'en apprécier l'exact montant. Sur ce point, les juges administratifs et judiciaires ont adopté des positions divergentes avant que le juge administratif ne se rallie à la position du juge judiciaire. Nous étudierons successivement le cas de la perte de chance due aux manquements à l'obligation d'information (2.3.1) puis le cas de la perte de chance de guérison et de survie (2.3.2). La notion a parfois été détournée par les deux ordres de juridiction pour contourner la preuve du lien de causalité entre la faute et le dommage (2.3.3).

2.3.1 Perte de chance et défaut d'information

Le contentieux médical a vu apparaître, dans les hypothèses de défaut d'information, la notion de perte de chance d'éviter le dommage. Ainsi, lorsque le médecin n'a pas informé le patient des risques de l'acte médical ou n'a pas sollicité son consentement, et que l'acte pratiqué en violation de la volonté du malade a causé un dommage au patient, le médecin ne peut être tenu d'indemniser la totalité du préjudice corporel subi. Depuis un arrêt de principe du 7 février 1990, la Cour de cassation accepte d'indemniser, au titre des préjudices causés par le défaut d'information, non l'entier dommage corporel subi mais la perte de chance de refuser l'acte médical. L'incertitude existant sur ce qu'aurait été la décision du patient s'il avait été dûment informé, interdit en effet de retenir l'entier lien causal avec le préjudice final. L'évaluation finale suppose donc que le juge détermine le pourcentage de chance que le patient avait de refuser l'acte médical. Dans un arrêt du 20 juin 2000, la première chambre civile a précisé les critères que les juges du fond devaient prendre en considération : état de santé du patient, évolution prévisible de son état, personnalité, raisons et caractéristiques des soins proposés, effets que l'information aurait pu avoir sur son acceptation ou son refus .

La Cour de cassation a, dans un premier temps, écarté toute possibilité d'indemnisation du préjudice moral lié au défaut d'information. Elle a toutefois opéré un revirement de jurisprudence par un arrêt de sa première chambre civile du 3 juin 2010.

Jusqu'en 2000, la position adoptée par la juridiction administrative était différente. En effet, le juge administratif était plus favorable à la victime lorsqu'un défaut d'information était constitué car elle ouvrait droit à indemnisation à hauteur de l'intégralité du préjudice, le juge estimant que la faute était à l'origine du dommage. Toutefois, depuis un arrêt du 5 janvier 2000 *Consorts T*, le Conseil d'Etat considère que le patient qui n'a pas été suffisamment informé des risques que présentait un acte médical a subi une «*perte de chance de se soustraire au risque qui s'est finalement réalisé*». Il répare alors le préjudice à hauteur d'une fraction du dommage corporel qui résulte de l'intervention, s'alignant ainsi sur la méthode d'évaluation utilisée par le juge judiciaire. Dans un arrêt du 27 juin 2016, le Conseil d'Etat a condamné le CHU de Poitiers en raison de la faute du médecin obstétricien de s'être abstenu d'informer la parturiente sur les risques que pouvaient présenter l'accouchement par voie basse.

2.3.2 Perte de chance de guérison ou de survie

La perte de chance classique du droit de la responsabilité civile résulte de l'empêchement d'accéder à des espérances précises et réelles. Transposé au droit médical, la perte de chance est à l'origine d'une atteinte physique, dont l'entière réparation ne peut être mise à la charge du médecin, puisqu'on ne peut savoir avec certitude quelle aurait été l'issue de l'acte médical si la faute n'avait pas été commise. Seule est donc indemnisée la perte de chance de guérison ou de survie, causée par la défaillance du médecin. Pour évaluer le préjudice, les juges du fond doivent procéder en deux temps. *"Ils doivent, dans un premier temps, raisonner comme si la faute du médecin avait causé l'entier dommage et évaluer en conséquence la totalité des divers préjudices de la victime (...), puis, dans un deuxième temps, ils doivent fixer la fraction du total de ces préjudices qu'ils attribuent à la perte de chance"* (Cass. 1^{re} civ, 8 juill. 1997).

Pendant longtemps, le juge administratif utilisait la perte de chance lorsque sont en cause des erreurs médicales ayant compromis les chances de guérison ou de survie du patient, telles que des diagnostics erronés, des interventions tardives ou des dysfonctionnements

dans le service. Il refusait de transposer le mode de raisonnement applicable au défaut d'information et condamnait alors l'hôpital à la réparation intégrale du préjudice subi. Le Conseil d'Etat a abandonné récemment cette distinction en affirmant dans un arrêt de section du 21 décembre 2007 *Centre hospitalier de Vienne*, à propos d'un erreur de diagnostic, que la perte de chance d'éviter que le dommage soit advenu avait le caractère d'un préjudice. Il est à présent regardé comme le préjudice certain et direct que constitue le fait, pour le patient, d'avoir été privé de la possibilité raisonnable qu'il avait de guérir ou de survivre comme l'interprète la jurisprudence judiciaire.

2.3.3 Perte de chance et lien de causalité

La jurisprudence médicale a pendant un certain temps, utilisée la notion de perte de chance pour contourner la preuve du lien de causalité entre la faute et le dommage. Ainsi, la Cour de cassation a pu approuver un certain nombre de juridictions du fond ayant accepté d'indemniser la perte de chance de guérison ou de survie alors que les experts n'avaient pu prouver que l'aggravation de l'état du patient était imputable à la faute du médecin (Cass. 1er civ, 14 décembre 1965). Cette solution a été vivement critiquée par la doctrine, qui reprochait à la jurisprudence d'utiliser la notion de perte de chance pour contourner la preuve du lien causal. La jurisprudence est restée très ambiguë. Beaucoup de décisions de la Cour de cassation semblent en effet admettre encore aujourd'hui l'indemnisation de la perte de chance alors qu'un doute existe sur l'effet causal de la faute du médecin. Dans une décision de principe du 14 octobre 2010, il a été reconnu que *"la perte de chance présente un caractère direct et certain chaque fois qu'est constatée la disparition d'une éventualité favorable, de sorte que ni l'incertitude relative à l'évolution de la pathologie, ni l'indétermination de la cause du symptôme (...) n'étaient de nature à faire écarter le lien de causalité entre la faute commise (...) et la perte de chance de survie"*.

La jurisprudence utilise aujourd'hui la notion de perte de chance davantage pour désigner un préjudice d'un type particulier, fixé à une fraction du préjudice qui est invoqué par la victime. Il n'est pas identifié comme un poste de préjudice en tant que tel dans la nomenclature Dintilhac pas davantage que dans celle de l'avis Lagier.

CONCLUSION

La loi du 4 mars 2002 a donc permis de rapprocher les régimes de responsabilité de la sage-femme salariée du secteur public et du secteur privé en accordant à la sage-femme salariée d'une clinique le bénéfice de l'immunité du préposé. Comme la sage-femme hospitalière, elle se voit alors protégée par l'établissement de santé qui l'emploie. Toutefois, en raison de la possibilité pour la clinique d'engager une action récursoire contre l'assureur de la sage-femme, il n'est pas possible de dire que ces deux régimes sont équivalents car même si l'assureur de la sage-femme indemnise la victime du dommage, il s'agit bien d'un engagement de responsabilité de l'auteur de l'acte, qui à terme, peut conduire à une hausse de la prime d'assurance. L'harmonisation des régimes de responsabilité entre la sage-femme salariée du secteur public et privé reste donc relative.

En plus de l'unification des régimes de responsabilité autour de la faute, la loi du 4 mars 2002 a également fait évoluer les systèmes d'indemnisation par deux apports majeurs :

Le premier consiste en un partage des charges de l'indemnisation des dommages résultant des risques sanitaires entre la responsabilité garantie par l'assureur et la solidarité nationale qui par l'intermédiaire d'un organisme public, l'ONIAM indemnise les accidents médicaux non fautifs sous réserve de leur anormalité et de leur particulière gravité.

Le second concerne la procédure et permet aux victimes de chercher un règlement amiable du litige sans passer par les tribunaux mais devant une commission de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux : les CCI. Après expertise, la commission rend un avis: si elle estime que la responsabilité pour faute de l'établissement est engagée et si le dommage atteint les seuils de gravité fixés par les textes, l'assureur de ce dernier doit faire à la victime une offre d'indemnisation dont l'acceptation vaut transaction. En l'absence d'offre, l'ONIAM est substitué à l'assureur. Ce mécanisme permet d'accélérer la procédure en l'encadrant dans des délais très courts.

En matière d'assurance, la loi a également institué à l'article L.1142-2 du code de la santé publique une obligation d'assurance professionnelle pour tous les professionnels et les établissements qui concourent à des actes de prévention, de diagnostic et de soins. Les salariés sont couverts dans la limite de la mission qui leur a été impartie par l'assurance de l'établissement qui les emploie : *«Les professionnels de santé exerçant à titre libéral, les établissements de santé, services de santé et organismes mentionnés à l'article L.1141-1, et*

toute autre personne morale, autre que l'Etat, exerçant des activités de prévention, de diagnostic ou de soins ainsi que les producteurs, exploitants et fournisseurs de produits de santé (...) sont tenus de souscrire une assurance destinée à les garantir pour leur responsabilité civile ou administrative susceptible d'être engagée en raison de dommages subis par des tiers et résultant d'atteintes à la personne, survenant dans le cadre de l'ensemble de cette activité». Le non respect de cette obligation est susceptible de donner lieu à une amende et à une interdiction d'exercer pour les personnes physiques.

Au début de l'année 2003, certains spécialistes principalement les échographistes et les obstétriciens ont menacé d'arrêter d'exercer leur activité. Cet événement est la conséquence de deux phénomènes: un risque juridique d'exercice considéré comme trop important et des primes d'assurances exorbitantes. Dans le rapport d'activité du Sou Médical MACSF⁴⁶ « *Le risque des professionnels de la santé en 2012* », on retrouve neuf affaires incriminant des sages-femmes, dont deux supérieures à trois millions d'euros (annexe 5). Selon ce même rapport, l'obstétrique est la deuxième spécialité où le total des indemnisations est le plus élevé. En 2012, ce sont cinq dossiers en rapport avec l'accouchement qui apparaissent dans les sinistres les plus graves. Plusieurs facteurs sont susceptibles d'expliquer cette tendance à la hausse des primes d'assurance. D'abord l'arrêt *Perruche*, qui a introduit une jurisprudence propre à accroître le coût de certains sinistres et ensuite, l'obligation par la loi de 2002 d'assurer l'ensemble des professionnels de santé, ce qui ne permet plus à l'assureur de refuser d'assurer certains risques en raison d'une importante sinistralité.⁴⁷ Certains auteurs ont également évoqué le recours à la nomenclature Dintilhac qui a multiplié les préjudices indemnisables⁴⁸ ou le manque de précision des règles et barèmes d'indemnisation⁴⁹. Au fil du temps, le nombre de sociétés d'assurance acceptant de garantir la responsabilité des professionnels de santé ou des établissements s'est en effet réduit et aujourd'hui, cinq sociétés d'assurance se partagent plus de 95 % de ce marché⁵⁰. Toutefois, la hausse des primes des assureurs peut aussi s'expliquer par des facteurs extérieurs plutôt que par un facteur d'augmentation du risque de l'activité médicale: des facteurs financiers de l'industrie des assurances, des facteurs liés à une difficulté de mutualisation du risque

46 Le Sou médical – M.A.C.S.F. (Mutuelle d'Assurances du Corps de Santé Français) est une assurance privée qui couvre pour leur responsabilité civile professionnelle, en 2012, environ 65% des sages-femmes en exercice (quelque soit leur activité)

47 Le taux de sinistralité est le ratio financier entre le montant des sinistres à dédommager et celui des primes à encaisser.

48 GOMBAULT, Nicolas. La situation de l'assurance de responsabilité médicale. RDSS.2010. p. 51.

49 BICHOT, Jacques. Le risque responsabilité civile dy gynécologue-obstétricien : problèmes et solutions. RDSS 2007.p.96.

50 AUTUME, Christine. Bras, Pierre-Louis. ROUSILLE, Bernadette. SAINTOYANT, Valérie. L'assurance en responsabilité civile médicale. IGAS, 2007

médical ou encore des facteurs liés à l'appréciation lacunaire du risque médical⁵¹. En effet, il apparaît que la fréquence des sinistres reste à un niveau élevé mais elle n'évolue pas de manière exponentielle. En revanche, on remarque un accroissement du coût moyen des sinistres, notamment du coût des indemnités prononcées par des condamnations judiciaires dans les dossiers reconnus fautifs ces dernières années (annexe 5) comme l'illustre cette affaire du 18 février 2016 : la Cour administrative d'appel de Nantes a condamné le CHU de Brest à verser 950 000€ à une patiente restée lourdement handicapée après avoir accouché de jumeaux. En gynécologie obstétrique, quelques indemnités dépassant les trois millions d'euros suffisent pour augmenter non seulement la moyenne des sinistres, mais aussi leur variance et même leur caractère non probabilisable⁵².

Afin de permettre la restauration du marché de l'assurance en responsabilité médicale, le législateur a été amené à voter la loi du 30 décembre 2002⁵³ qui autorise les assureurs à plafonner les garanties offertes aux professionnels de santé, sous réserve que soient respectées certaines conditions fixées par décret. L'article R.781-1 du code de la santé publique précise que les plafonds mentionnés à l'article L.1142-2 ne peuvent être inférieurs à trois millions d'euros par sinistre et à dix millions d'euros par année d'assurance. De plus, la couverture d'assurance responsabilité médicale cesse tout effet dix ans après la cessation d'activité définitive ou le décès du médecin. Le texte reporte également l'entrée en application des sanctions pénales encourues pour non respect de l'obligation d'assurance. Par ailleurs, il est prévu qu'une dérogation à l'obligation d'assurance peut-être accordée aux établissements publics disposant des ressources financières leur permettant d'indemniser les dommages dans des conditions équivalentes à celle qui résulteraient d'un contrat d'assurance (seule l'Assistance publique des hôpitaux de Paris (APHP) s'est vue autorisée par arrêté ministériel à garantir son risque professionnel). Enfin, la loi du 30 décembre 2002 a modifié le régime applicable dans le temps aux garanties responsabilité civile médicale en rendant possible le fonctionnement des garanties en base réclamation, modalité auparavant interdite par la Cour de cassation puis par le Conseil d'Etat. En application de cette disposition, la réclamation faite par un patient s'estimant victime d'un accident médical doit être adressée à l'assureur couvrant le risque au jour ou l'acteur de santé reçoit cette réclamation et non au jour du fait générateur du dommage.

51 LAMBERT FAIVRE, Yvonne. PORCHY-SIMON, Stéphanie. Droit du dommage corporel : systèmes d'indemnisation. 8^Ème éd. Dalloz, 2015. Précis.p.770.

52 BICHOT, Jacques. Le risque responsabilité civile du gynécologue obstétricien : problèmes et solutions. RDSS.2007. p.96

53 Loi n°2002-1577 du 30 décembre 2002 relative à la responsabilité civile médicale.

Il a également été reproché au risque juridique d'avoir des effets non seulement sur les professionnels mais également sur le système de santé puisqu'il a participé à un recul de la place du secteur privé lucratif dans l'offre obstétrical.⁵⁴ En effet, le secteur privé représentait 58 % des fermetures sur la période 2002-2012. Les cliniques privées représentaient en 2012 27 % du total des maternités, contre 33,6 % en 2002, les établissements publics de santé voyant corrélativement augmenter leur part de marché, pour représenter près des deux tiers des maternités.⁵⁵ Or, les hôpitaux publics ne pourront accroître leur activité obstétricale qu'en contrepartie de nouveaux investissements. Ainsi, la Fédération hospitalière de France (FHF), regrettait en 2006 « *le désengagement du secteur privé de cette activité (l'obstétrique), compte tenu des sujétions importantes qu'elle comporte (normes techniques de sécurité, contraintes de garde, risques médico-légaux). Du coup, le secteur public hospitalier doit faire face à de plus en plus de demandes (...). La part des cliniques privées a diminué en obstétrique pour se situer à environ 30 % de l'activité (...). Il est regrettable que le secteur privé se soit désengagé largement des accouchements pour des raisons de rentabilité, de sujétions de fonctionnement ou de risques à assumer* ». Mais il convient surtout de souligner que le recul de l'activité obstétricale privée engendre, selon la FHF, des besoins d'investissement et d'augmentation des tarifs dans les hôpitaux publics: "*si le secteur privé se retire plus avant de la pratique des accouchements, les structures publiques qui ont déjà dû absorber une forte augmentation d'activité sans transfert des moyens correspondants devraient faire l'objet d'un programme d'accompagnement d'investissements et de rénovations capacitaires, de même que d'une révision des tarifs applicables, à défaut desquels il ne sera pas possible d'absorber un grand nombre d'accouchements supplémentaires*".

Il semblerait alors que le régime de responsabilité qui pèse sur la sage-femme et plus généralement sur les acteurs de l'obstétrique, par l'intermédiaire du coût des assurances, ait une part de responsabilité dans la diminution du nombre de maternités privées, obligeant l'hôpital public à un effort d'adaptation. Malgré les lois de 2002 et de 2006, des imperfections persistent, une réflexion pourrait donc être amenée sur les systèmes d'indemnisation.

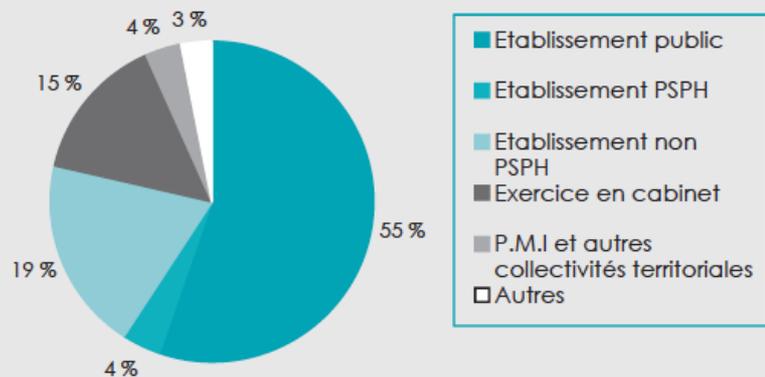
54 PELLET, Remi. L'assurance des obstétriciens et l'impérialité des pouvoirs publics. RDSS 2010.p.94

55 VANLERENBERGHE, Jean-Marie. Rapport d'information sur l'enquête de la Cour de compte relative aux maternités. Sénat, 2015.

ANNEXE 1

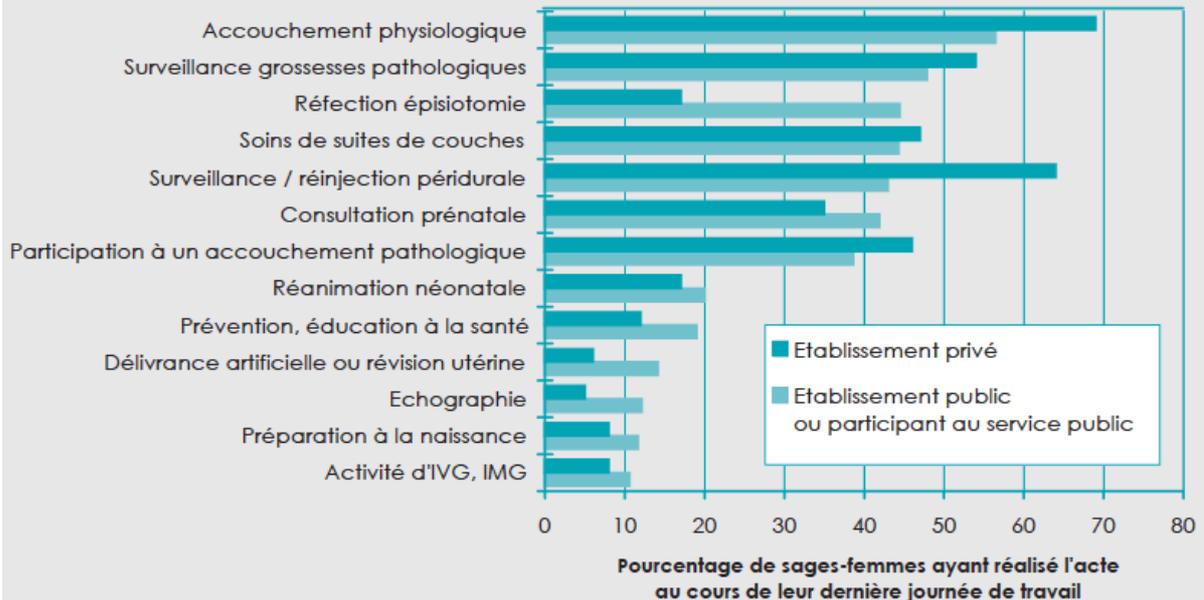
L'activité de la sage-femme

Répartition des sages-femmes selon leur structure d'exercice



Source : DREES, ADELI 2005

Activité des sages-femmes selon le statut de l'établissement



Source : enquête SF2004

source : CONDIGUY, Sophie. Delamaire, Marie-Laure. MIDY, Fabienne. La profession de sage-femme : trajectoires, activités et conditions de travail. Questions d'économie de la santé. 2005. n°102

ANNEXE 2

Les missions de la sage-femme

Article L2122-1

Modifié par LOI n°2009-879 du 21 juillet 2009 - art. 86 (V)

Toute femme enceinte bénéficie d'une surveillance médicale de la grossesse et des suites de l'accouchement qui comporte, en particulier, des examens prénataux et postnataux obligatoires pratiqués ou prescrits par un médecin ou une sage-femme. La déclaration de grossesse peut être effectuée par une sage-femme. Lorsque, à l'issue du premier examen prénatal, la sage-femme constate une situation ou des antécédents pathologiques, elle adresse la femme enceinte à un médecin.

Le nombre et la nature des examens obligatoires ainsi que les périodes au cours desquelles ils doivent intervenir sont déterminés par voie réglementaire.

A l'occasion du premier examen prénatal, après information sur les risques de contamination, un test de dépistage de l'infection par le virus de l'immuno-déficiência humaine est proposé à la femme enceinte. Le médecin ou la sage-femme propose également un frottis cervico-utérin, dans les conditions fixées par arrêté du ministre chargé de la santé

Article L4151-1

Modifié par LOI n°2011-814 du 7 juillet 2011 - art. 38

L'exercice de la profession de sage-femme comporte la pratique des actes nécessaires au diagnostic, à la surveillance de la grossesse et à la préparation psychoprophylactique à l'accouchement, ainsi qu'à la surveillance et à la pratique de l'accouchement et des soins postnataux en ce qui concerne la mère et l'enfant, sous réserve des dispositions des articles L.4151-2 à L.4151-4 et suivant les modalités fixées par le code de déontologie de la profession, mentionné à l'article L.4127-1.

L'examen postnatal peut être pratiqué par une sage-femme si la grossesse a été normale et si l'accouchement a été eutocique.

L'exercice de la profession de sage-femme peut comporter également la réalisation de consultations de contraception et de suivi gynécologique de prévention, sous réserve que la sage-femme adresse la femme à un médecin en cas de situation pathologique.

Les sages-femmes sont autorisées à concourir aux activités d'assistance médicale à la procréation, dans des conditions fixées par décret.

Article L4151-2

Modifié par Loi n°2004-806 du 9 août 2004 - art. 103 JORF 11 août 2004

Les sages-femmes sont autorisées à pratiquer les vaccinations dont la liste est fixée par arrêté du ministre chargé de la santé.

Article L4151-3

Modifié par Loi n°2004-806 du 9 août 2004 - art. 104 JORF 11 août 2004

En cas de pathologie maternelle, fœtale ou néonatale pendant la grossesse, l'accouchement ou les suites de couches, et en cas d'accouchement dystocique, la sage-femme doit faire appel à un médecin. Les sages-femmes peuvent pratiquer les soins prescrits par un médecin en cas de grossesse ou de suites de couches pathologiques.

Article L4151-4

Modifié par LOI n°2011-2012 du 29 décembre 2011 - art. 5

Les sages-femmes peuvent prescrire les dispositifs médicaux, dont la liste est fixée par l'autorité administrative, et les examens strictement nécessaires à l'exercice de leur profession. Elles peuvent également prescrire les médicaments d'une classe thérapeutique figurant sur une liste fixée par arrêté du ministre chargé de la santé pris après avis de l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé

Article R4127-318

Modifié par Décret n°2012-881 du 17 juillet 2012 - art. 1

I.- Pour l'exercice des compétences qui lui sont dévolues par l'article L. 4151-1 :

1° La sage-femme est autorisée à pratiquer l'ensemble des actes cliniques et techniques nécessaires au suivi et à la surveillance des situations non pathologiques et au dépistage de pathologie, concernant :

a) Les femmes à l'occasion du suivi gynécologique de prévention et de la réalisation de consultations de contraception ;

b) Les femmes pendant la grossesse, l'accouchement et durant la période postnatale ;

c) Le fœtus ;

d) Le nouveau-né ;

2° La sage-femme est notamment autorisée à pratiquer :

a) L'échographie gynéco-obstétricale ;

b) L'anesthésie locale au cours de l'accouchement ;

c) L'épisiotomie, la réfection de l'épisiotomie non compliquée et la restauration immédiate des déchirures superficielles du périnée ;

d) La délivrance artificielle et la révision utérine ; en cas de besoin, la demande d'anesthésie auprès du médecin anesthésiste-réanimateur peut être faite par la sage-femme ;

e) La réanimation du nouveau-né dans l'attente du médecin ;

f) Le dépistage des troubles neuro-sensoriels du nouveau-né ;

g) L'insertion, le suivi et le retrait des dispositifs intra-utérins et des implants contraceptifs ;

h) La rééducation périnéo-sphinctérienne en cas de troubles consécutifs à un accouchement ;

i) Des actes d'acupuncture, sous réserve que la sage-femme possède un diplôme d'acupuncture délivré par une université de médecine et figurant sur une liste arrêtée par les ministres chargés de la santé et de l'enseignement supérieur, ou un titre de formation équivalent l'autorisant à pratiquer ces actes dans un Etat membre de la Communauté européenne ou partie à l'accord sur l'Espace économique européen.

II.- La sage-femme est également autorisée, au cours du travail, à effectuer la demande d'analgésie loco-régionale auprès du médecin anesthésiste-réanimateur. La première injection doit être réalisée par un médecin anesthésiste-réanimateur. La sage-femme peut, sous réserve

que ce médecin puisse intervenir immédiatement, pratiquer les réinjections par la voie du dispositif mis en place par le médecin anesthésiste-réanimateur et procéder au retrait de ce dispositif.

III.- Dans le cadre des dispositions de l'article L. 4151-3, la sage-femme est autorisée à réaliser les examens cliniques et techniques prescrits par un médecin en cas de pathologie maternelle ou fœtale identifiée

Article R4127-324

La sage-femme peut participer, sous la direction d'un médecin, au traitement de toute patiente présentant une affection gynécologique.

Conformément aux dispositions des articles L. 2212-8 et L. 2213-2, aucune sage-femme n'est tenue de concourir à une interruption volontaire de grossesse

source : Code de la santé publique. www.legifrance.gouv.fr

ANNEXE 3

Les maternités

Tableau n° 1 : typologie des maternités

Types de maternité	Moyens mis en œuvre	Types de grossesses	Types de nouveau-nés
I	Unité d'obstétrique sans unité de néonatalogie	Grossesses sans facteur de risque périnatal	Nouveau-nés bien portants ayant seulement besoin de soins de puériculture
II A	Unité d'obstétrique associée à une unité de néonatalogie	Grossesses susceptibles de donner naissance à des nouveau-nés nécessitant des soins de pédiatrie néonatale	Nouveau-nés nécessitant des soins de néonatalogie sans soins intensifs
II B	Unité d'obstétrique et unité de néonatalogie avec soins intensifs		Nouveau-nés nécessitant des soins de néonatalogie avec soins intensifs
III	Unité d'obstétrique, unité de néonatalogie et unité de réanimation néonatale.	Grossesses susceptibles de donner naissance à des nouveau-nés nécessitant des soins dispensés en services de soins intensifs et de réanimation néonatale	Nouveau-nés présentant une ou plusieurs pathologies aiguës ou sortant de l'unité de réanimation néonatale

Source : Cour des comptes

Tableau n° 8 : évolution des maternités entre 2002 et 2012 selon leur statut

	2002	%	2012	%	Évolution 2002-2012	Évolution 2012/2002
Maternité publique	401	58,9 %	357	65,6 %	- 44	- 11,0 %
Maternité privée à but non lucratif	47	6,9 %	40	7,4 %	- 7	- 14,9 %
Maternité privée à but lucratif	233	34,2 %	147	27,0 %	- 86	- 36,9 %
Total	681	100,0 %	544	100,0 %	- 137	- 20,1 %

Source : Cour des comptes d'après données DREES (SAE), France entière

**Tableau n° 9 : évolution des parts de marché selon les secteurs entre 2002 et 2012
(nombre d'accouchements)**

	2002	%	2012	%
Secteur privé lucratif	256 869	32,6 %	203 860	25,0 %
Secteur privé non lucratif	54 304	6,9 %	67 284	8,2 %
Secteur public	475 832	60,5 %	545 067	66,8 %
Total	787 005	100,0 %	816 211	100,0 %

Source : Cour des comptes d'après données DREES (SAE), France entière

source : VANLERENBERGHE, Jean-Marie. Rapport d'information sur l'enquête de la Cour de compte relative aux maternité. Sénat, 2015.

ANNEXE 4

Exemple de fiche d'information



Hôpital Sainte Musse

Structure interne de Gynécologie-Obstétrique

Fiche d'information sur la présentation du siège

Madame, votre bébé se présente par le siège.

Cette fiche est destinée à vous donner des informations sur cet état et à vous expliquer la manière dont nous vous proposons de le prendre en charge, en complément des informations délivrées par le professionnel de l'accouchement qui suit votre grossesse.

Qu'est-ce qu'une présentation du siège ?

La « présentation » est la façon dont le bébé se présente pour l'accouchement. On parle de présentation du siège (ou podalique) lorsque bébé a les fesses vers le bas.

Il existe 2 variantes de cette présentation :



- **le siège complet**, où le bébé est assis en tailleur dans votre bassin et présente donc ses pieds en premier ;



- **le siège décompleté** (mode des fesses), où le bébé présente ses fesses en premier et ses jambes sont tendues devant son visage.

Parmi toutes les grossesses, 3 à 4 % des bébés restent en présentation du siège à l'approche du terme. Les raisons sont multiples, elles peuvent être liées à la forme de l'utérus, à la localisation du placenta, à la présence d'un fibrome, à la quantité de liquide amniotique... Mais, dans la majorité des cas, il n'y a pas de cause identifiée : il s'agit d'une variante naturelle de la position du bébé.

Quelles sont les conséquences pour vous et votre bébé ?

Pendant la grossesse, pas de différence avec une autre grossesse et le bébé n'est pas non plus embarrassé par cette position dans votre ventre. Le suivi de la grossesse est le même que pour les autres grossesses.

La présentation du siège est classée dans les présentations dites « eutociques », c'est-à-dire qui aboutissent à un accouchement naturel facile. Il ne s'agit donc pas, a priori, d'une présentation « dystocique », c'est-à-dire qui pose toujours des problèmes pour l'accouchement.

Même si l'accouchement du siège est plus délicat, la naissance par les voies naturelles est recommandée. En effet, dans la majorité des cas, elle se déroule normalement : de grandes études en France et internationales ont démontré les bénéfices d'un accouchement par les voies naturelles par rapport à une césarienne. La césarienne ne sera réservée que pour les cas où l'accouchement par les voies naturelles serait impossible. Votre obstétricien étudiera avec vous les critères médicaux d'acceptation de l'accouchement par voie basse et décidera avec vous la voie d'accouchement à privilégier.

En revanche, comme tout accouchement, plusieurs situations peuvent nécessiter un recours à une intervention médicale (ralentissement de la dilatation du col ou de la descente du bébé ; troubles du rythme cardiaque du bébé, ...). Contrairement aux autres accouchements, la césarienne est la seule alternative si tout ne se passe pas naturellement. En effet, il n'est pas possible de placer un forceps ou des spatules sur les fesses du bébé, comme on pourrait le faire sur sa tête en fin de travail.

Peut-on (doit-on) y remédier et comment ?

Les sociétés savantes recommandent de favoriser le retournement du bébé en présentation céphalique (tête en bas), afin d'éviter les problématiques de l'accouchement par le siège.

Dans cette optique, plusieurs méthodes existent et vous seront proposées :

- **L'Acupuncture** : Les séances d'acupuncture sont débutées à **34 SA**.

Il s'agit de séances de **20 à 30 min, toutes les 48 à 72h (3 séances minimum)**. Il n'y a pas de nombre de séances maximum. Dans la plupart des cas, les séances sont pratiquées jusqu'à la réalisation de la VME.

La technique utilisée : Moxibustion bilatérale du point **67V** (2 mm en arrière de l'angle unguéal latéral du 5^{ème} orteil) pendant 20 minutes.

La moxibustion est une méthode traditionnelle chinoise qui utilise la chaleur générée par la combustion d'un bâtonnet contenant de l'armoise appelé « Moxa ». La technique consiste à allumer un bâton de moxa et à l'approcher près de la peau jusqu'à obtenir une sensation de chaleur tolérable par la patiente. Si on ne dispose pas de Moxa, il est possible de pratiquer une poncture avec une aiguille d'acupuncture et de la chauffer avec la flamme d'un briquet.



On peut également choisir de piquer d'autres points en fonction du contexte clinique de la patiente. En effet, l'acupuncture, issue de la Médecine Traditionnelle Chinoise (MTC) a pour principe de prendre en charge la personne dans son ensemble et pas seulement traiter un symptôme de manière isolée. A ce propos, il vous sera proposé un premier rendez-vous d'une heure pour réaliser un interrogatoire de MTC, la prise de pouls chinois et l'examen de la langue.

- **les Postures** : il s'agit de positions qui peuvent aider le bébé à trouver le moyen de se retourner. Il en existe plusieurs que vous pouvez adopter pendant 10 minutes au moins deux fois par jour :
 - ✓ Le Pont Indien : allongée sur le dos, les fesses surélevées de 30 cm
 - ✓ La Position Genu-Pectorale : à genoux, coudes posés au sol en avant
 - ✓ Le Poirier
 - ✓ Le Repos sur Plan Incliné

Vous trouverez des illustrations de ces postures en page 4 de ce document.

- **la Version par Manœuvre Externe** : il s'agit d'une technique de manipulation du bébé par les mains de l'obstétricien à travers la peau de votre ventre. Cela peut aider le bébé à se retourner dans votre ventre. Il existe un bon taux de réussite, aux alentours de 50 à 60%. Une fiche spécifique à cette technique vous sera remise sur demande.

Au final, comment votre bébé va-t-il naître ?

Si votre bébé est toujours en siège après 37 SA, il faut alors envisager sa naissance dans cette position. Plusieurs critères entrent en jeu dans la décision médicale de vous proposer un accouchement par les voies naturelles ou pas, dont les dimensions du bébé et celles de votre bassin. Il vous sera donc proposé une échographie de mesure du bébé ainsi qu'un scanner du bassin.

Grâce à ces données validées, votre médecin vous soumettra la décision médicale qu'il en a conclu et discutera avec vous des modalités de sa réalisation. Il vous est toujours possible d'obtenir un second avis médical si vous le souhaitez et de changer d'avis secondairement.

Par ailleurs, la rotation spontanée de votre bébé est possible à tout moment jusqu'à la mise en travail spontanée.

Comment se déroule l'accouchement ?

Si vous avez décidé d'opter pour l'accouchement par les voies naturelles, l'accouchement se déclenchera spontanément, comme tout autre accouchement naturel. Vous serez alors accueillie par l'équipe obstétricale de garde, qui aura la responsabilité de votre accouchement : elle procèdera, dès votre arrivée, au contrôle des conditions de sécurité de l'accouchement, tels que définis précédemment. Une analgésie péridurale est vivement conseillée, mais ne vous sera pas imposée si vous ne la souhaitez pas.

Une fois ces critères vérifiés, vous entrez dans la phase de surveillance du travail. Cela signifie qu'une sage-femme pratiquera les examens nécessaires à la surveillance du bien-être du bébé et au vôtre. En particulier, seront mis en place un monitoring du rythme cardiaque fœtal en continu d'une part, et une surveillance de la dilatation du col d'autre part. Cette surveillance est identique à tout autre travail.

.Pour la phase finale d'expulsion, l'équipe obstétricale se réunira au complet. Cela signifie que seront présents avec vous : la sage-femme qui vous aura suivie, l'obstétricien de garde et son assistant (interne des hôpitaux), le pédiatre et l'anesthésiste de garde. L'accouchement peut, selon les habitudes de chacun, se faire soit en salle d'accouchement, soit au bloc opératoire.

Attestation d'information

Je, soussignée Mme certifie avoir reçu toutes les informations concernant l'accouchement de mon enfant.

Ainsi, j'ai reçu du Dr les informations concernant :

- ✓ les modalités d'accouchement d'un enfant en siège par les voies naturelles,
- ✓ les bénéfices et risques qui y sont liés,
- ✓ les modalités d'accouchement d'un enfant en siège par césarienne,
- ✓ les bénéfices et risques qui y sont liés.

En conséquence, j'accepte le mode d'accouchement proposé par mon professionnel de santé, sous réserve que les conditions nécessaires à son bon déroulement soient réunies le jour de l'entrée en travail.

Fait à Toulon, le

Signature :

source : exemple de fiche d'information remises aux futures mamans au Centre hospitalier de Toulon.

ANNEXE 5

La sinistralité

Nombre de sages-femmes condamnées et montant du dommage

Cette étude concerne les sinistres de responsabilité civile médicale ouverts après 2000, en cours ou clos supérieurs ou égaux à 1 million d'Euros vus au 31/12/2009 (ou à défaut au 30 juin 2010).
Les sociétés participantes représentent 90 % du CA du marché national.

		Nombre	%	Dont > 3Me	%	charge finale estimée (y compris les provisions) (K€)	dont règlement effectué (K€)
00.00	Non renseignée	3	1%	0	0%	4 147	1 024
01.00	Anesthésie, Réanimation. Urgence. Régulation	19	9%	8	13%	51 134	9 117
02.00	Disciplines biologiques	0	0%	0	0%	0	0
03.00	Anatomo-cytopathologiste	2	1%	2	3%	10 119	335
04.00	Disciplines chirurgicales	22	10%	1	2%	43 178	12 084
05.00	Chirurgie plastique. & esthétique	0	0%	0	0%	0	0
06.00	Obstétrique	99	45%	38	62%	290 480	34 639
07.00	Disciplines médicales	42	19%	8	13%	92 625	9 722
08.00	Autres professions médicales	18	8%	1	2%	29 311	4 951
08.01	Sage-femme	9	4%	2	3%	25 559	490
08.02	Chirurgien-dentiste	0	0%	0	0%	0	0
08.03	Autres	3	1%	0	0%	3 572	1 121
09.00	Pharmaciens	0	0%	0	0%	0	0
10.00	Professions paramédicales	0	0%	0	0%	0	0
10.01	Infirmiers diplômés d'Etat	1	0%	0	0%	1 041	0
10.02	Kinésithérapeute	1	0%	1	2%	4 532	32
10.99	Autres	2	1%	0	0%	3 278	257
	Ensemble	221		61		558 976	73 771

source : MASCF. Rapport sur le risque des professionnels de santé en 2012.

Evolution du nombre et du coût des réclamations

ÉVOLUTION DES RÉCLAMATIONS RCM

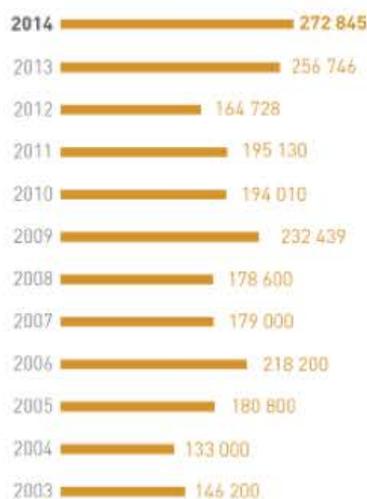
ÉVOLUTION DE L'INDICE DE FRÉQUENCE



TCAM : Taux de Croissance Annuelle Moyen

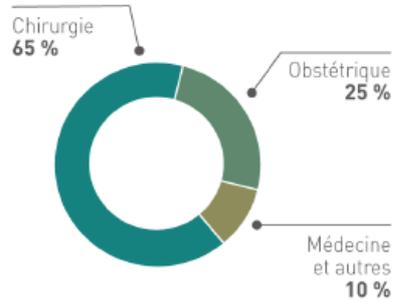
COÛT DES CONDAMNATIONS

- Évolution du coût moyen (en euros) des condamnations des juridictions administratives au 31 décembre de l'année de décision

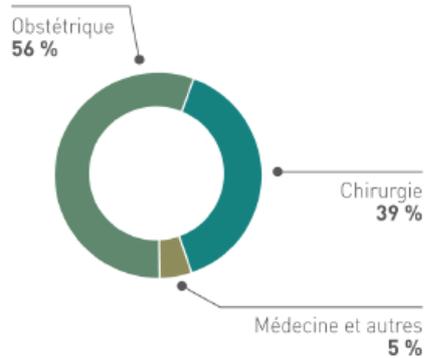


RÉCLAMATIONS POUR SINISTRES CORPORELS PRESENTÉES CONTRE DES PROFESSIONNELS DE SANTÉ EXERCANT A TITRE LIBÉRAL

Répartition en nombre



Répartition en coût



source : SHAM. Panorama du risque en établissements de santé, sociaux et médico-sociaux. Bilan de l'année 2014.

BIBLIOGRAPHIE

1. OUVRAGES

ABERKANE, Pierre. La réparation du dommage médical et sa jurisprudence. 1ère éd. Larcier, 2013

BACHELLERIE, Anne. L'évolution du contentieux médical et ses conséquences sur la relation médecin-assureur. 1ère éd. L'harmattan, 2004.

BELLIVIER, Florence. NOIVILLE, Christine. Nouvelles frontières de la santé, nouveaux rôles et responsabilités du médecin. 1ère éd. Dalloz, 2006. Thèmes et Commentaires.

CASSON, Philippe. Evaluation judiciaire des dommages et intérêts. Dalloz. Répertoire du droit civil.

CASTELLA, Angello. Responsabilité médicale : Droit des malades. 2ème éd. Dalloz, 2004. Action.

CLERMONT, Jean-Marie. Memento de droit hospitalier. 14ème éd. Berger-Levaul, 2011. Les indispensables.

DEVERS, Gilles. Pratique de la responsabilité médicale. 1ère éd. ESKA, 2000. Le droit au service de la santé.

GIBERT, Sabine. Guide de responsabilité médicale et hospitalières : quelle indemnisation du risque médical aujourd'hui ? 1ère éd. Berger Levraul, 2011. Les indispensables.

JAMAIN, Bernard. MALINAS, Yves. Naissance-Accouchement. Encyclopédie Universalis.

JOURCOUT, Daniel. Guide du statut de la fonction publique hospitalière. 1ère éd. Berger Levraul, 2011. Les indispensables.

JOURDAIN, Patrice. LAUDE, Anne. PENNEAU, Jean. PORCHY-SIMON, Stéphanie. 1ère éd. Le nouveau droit des malades. Litec, 2003. Carré droit.

LAMBERT FAIVRE, Yvonne. PORCHY-SIMON, Stéphanie. Droit du dommage corporel : systèmes d'indemnisation. 8ème éd. Dalloz, 2015. Précis.

LANTERO, Caroline. Le droit de la responsabilité hospitalière. 1ère éd. Editions du papyrus, 2012.

LUCAS-BALOUP, Isabelle. Médecins, cliniques, le contrat d'exercices. 1ère éd. SCROF,

2011.

MAUGRIER, Christine. La responsabilité du service public hospitalier. 1Ère éd. L.G.D.J, 2010. Systèmes.

MEMETEAU, Gérard. Cours de droit médical. 4Ème éd. LEH, 2010. Ouvrages généraux.

MERGER-PELIER, Marguerite. DEBIE KRAJCMAN, Dorothee. Manuel juridique de la sage-femme : la sage-femme face à la loi. 1Ère éd. LEH, 2008.

MOQUET-ANGER, Marie-Laure. Droit Hospitalier. 3Ème éd. LGDJ, 2014. Manuels.

PELLET, Remi. Responsabilité, assurance et expertise médicale. 1Ère éd. Dalloz, 2008. Thèmes et commentaires.

PONTE, C. NGUYEN, F. POULAIN, M-A. 40 questions sur le métier de sage-femme. 1Ère éd. Elsevier Masson, 2007.

PONTE, C. NGUYEN, F. POULAIN, M-A. 50 questions sur le métier de sage-femme : législation, exercice professionnel. 1Ère éd. Elsevier Masson, 2011.

PORCHY-SIMON, Stéphanie. Santé. Responsabilité médicale. Mise en œuvre de la responsabilité médicale. JurisClasseur Responsabilité civile et Assurances. Fasc. 440-50.

PORCHY-SIMON, Stéphanie. Santé. Responsabilité médicale. Principes généraux. JurisClasseur Responsabilité civile et Assurances. Fasc. 440-20.

ROGIER, Antoine. Responsabilité médicale : La référence pour les hôpitaux, médecins, juristes. 1ère éd. Eska, 2005. Dommage Corporel : Expertise Médicale.

SEGUY, Bernard. Prévenir le risque juridique en obstétrique. Cas réels, bonnes pratiques. 1ère éd. Elsevier Masson, 2006. Collection de Périnatalité.

TRUCHET, Didier. Droit administratif. 4Ème éd. PUF, 2011. Thémis.

TRUCHET, Didier. Droit public de la santé. 8Ème éd. Dalloz, 2012. Mementos.

TRUCHET, Didier. Hôpitaux (responsabilité des services hospitaliers). Dalloz. Répertoire de la puissance publique.

VIALLA, François. Les grandes décisions du droit médical. 2ème éd. L.G.D.J, 2009. Les grandes décisions.

VIVIANA, Salomé. WINCKLER, Martin. Les droits du patient. 1Ère éd. Fleurus, 2007. Soigner.

WELSCH, Sylvie. Responsabilité du médecin : risques et réalités judiciaires. 1Ère éd. Litec, 2000. Responsabilités.

3. THESES

GENOVA, Julien. La responsabilité médicale et le risque obstétrical. Thèse. Aix-Marseille. 2014.

4. ARTICLES ET CHRONIQUES

ALBERT, Nathalie. L'engagement de la responsabilité pour faute d'un hôpital pour acharnement thérapeutique. La semaine juridique administrations et collectivités territoriales. 2010. n°7 2070.

BADIANE DEVERS, Khady. Compétence et responsabilité de la sage-femme en pratique hospitalière. Droit, Déontologie et Soins, 2015. 419-429.

BARRAULT-VIGNON, Aline. Accouchement. Multihandicap. Causalité. Perte de chance.. Responsabilité in solidum. Médecin. Sage-femme RDSS 2010. p.372.

BICHOT, Jacques. La couteuse euthanasie de l'obstétrique libérale. RDSS.2010. p.83.

BICHOT, Jacques. Le risque responsabilité civile du gynécologue obstétricien : problèmes et solutions. RDSS.2007. p.96.

BON, Pierre. TERNEYRE, Philippe. L'échec d'une interruption volontaire de grossesse est-il de nature à ouvrir droit à indemnité ? Recueil Dalloz. 1990. p.298.

CAVILLON, Marie. La profession de sage-femme : constat démographique et projection d'effectifs. Etudes et Résultats. 2012. n°791.

CHABAS, François. La responsabilité personnelle de la sage-femme ou du médecin salarié. Recueil Dalloz. 2005. P.253.

CHAMOT, Céline. L'accouchement du siège par voie basse, un accouchement potentiellement dystocique. Gazette du Palais. 2015. n°50. p.7 .

CONDIGUY, Sophie. Delamaire, Marie-Laure. MIDY, Fabienne. La profession de sage-femme : trajectoires, activités et conditions de travail. Questions d'économie de la santé. 2005. n°102.

CRISTOL, Danièle. Accouchement dystocique. Absence du médecin. Défaut dans l'organisation du service. RDSS.2005. p.863.

DIBIE-KRAJCMAN, D. Accouchement dystocique et responsabilités. La revue de la sage-femme. 2011. 10, 179-181.

DOSNER-DOLIVET, A. Accouchement. Césarienne. Ligature des trompes pratiquée sans le consentement de la patiente. La semaine juridique édition générale. 1989. n°46. II 21358.

DUVAL-ARNOUD, Domitille. La convergence des jurisprudences administratives et judiciaires. AJDA. 2016. p.355.

GOMBAULT, Nicolas. La situation de l'assurance de responsabilité médicale. RDSS.2010. p. 51.

HARINAUX, Michèle. Responsabilité et accouchement. Souffrance foetale. Erreur de la sage-femme. Faute de surveillance du médecin. Indemnisation pour pertes de chances. RDSS 2003. p.279.

HENNION-JACQUET, Patricia. Handicap de l'enfant et gradation de la faute du praticien. Recueil Dalloz, 2004.p. 2814.

JOURDAIN, Patrice. Application de la responsabilité in solidum de coresponsables dont certains sont tenus d'une perte de chance et d'autres de l'entier dommage. RTD Civ. 2011. p.356.

JOURDAIN, Patrice. La réparation du préjudice moral de l'enfant né d'un viol ou l'esprit de la jurisprudence Perruche. RTD Civ. 2011.p.132.

JOURDAIN, Patrice. Le médecin et la sage-femme salariés bénéficient de l'immunité du préposé. RTD.Civ. 2005. p.143.

JOURDAIN, Patrice. L'immunité du préposé ne serait pas irresponsabilité. RTD Civ. 2008. p. 109.

JOURDAIN, Patrice. Préjudice de l'enfant né handicapé : l'Assemblée plénière consacre sa jurisprudence Perruche mais subordonne l'indemnisation à de strictes conditions. Recueil Dalloz, 2001. p.2325.

LEMOYENE DE FORGES, Jean-Michel. Ou va la médecine libérale à l'hôpital public ? ADJA. 2016. p.281.

LIENHARD, Claude. Réparation intégrale des préjudices en cas de dommage corporel : la nécessité d'un nouvel équilibre indemnitaire. Recueil Dalloz. 2006. p.2485.

LIEBER, Sophie-Justine. BOTTEGUI, Damien. La réparation des préjudices, un chantier encore ouvert. ADJA. 2009. p.360.

MARTINEZ, José. Echec d'une stérilisation contraceptive et responsabilité de l'hôpital public. RFDA. 1995.p1222.

MAYAUD, Yves. Médecine hospitalière, faute pénale et faute de service. RSC.2007.p.532.
BORDIER, Dominique. La faute personnelle, l'agent public et les finances publiques. AJDA. 2008. p. 2319.

MOQUET-ANGER, Marie-Laure. Médecins et hôpital. RDSS.2015.P.119.

MORVAN, Patrick. Paralysie de la loi anti-Perruche, indemnisation du handicap et recours

des tiers payeurs. La semaine juridique sociale, 2006. n°25.1502.

PELLET, Remi. L'assurance des obstétriciens et l'impéritie des pouvoirs publics. RDSS 2010.p.94.

PENNEAU, Jean. L'expertise des accidents médicaux. RDSS.2002.p. 797.

PENNEAU, Jean. Responsabilité de la sage-femme dans ses rapports avec les médecins et les établissements de soins. Recueil Dalloz. 1999. p.391.

PORCHY-SIMON, Stéphanie. La portée de l'immunité civile du préposé à la lumière des recours entre assureurs. Recueil Dalloz. 2007. p. 2908.

PORCHY-SIMON, Stéphanie. Le médecin ou la sage-femme salariés qui agissent dans les limites de leur mission n'engagent pas leur responsabilité à l'égard des patients. La semaine juridique édition générale. 2005.n°7 II 10020.

RADE, Christophe. Il faut sauver la jurisprudence Costedoat! Responsabilité civile et assurances. Juillet 2002. n°7-8 chron.13.

RADE, Christophe. La réforme de la responsabilité médicale après la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. Responsabilité civile et assurances. 2002. n°5. Chronique 7.

RADE, Christophe. Obligation d'information du médecin-accoucheur. Responsabilité civile et assurances. 2007. n°3 . Comm.93

RADE, Christophe. Responsabilité personnelle d'une sage-femme. Responsabilité civile et assurances. Septembre 2004. n°9, comm.251.

RAVELET, Alain. Le juge administratif et la loi anti-Perruche. Droit Administratif, 2004. n°11. Étude 20.

SARGOS, Pierre. Confirmation et approfondissement du nouveau fondement de la responsabilité civile médicale et de la problématique et méthodologie de la perte de chance. Recueil Dalloz. 2010.p.2682.

SARGOS, Pierre. Faute et perte de chance dans l'organisation du diagnostic et l'organisation d'une clinique. La semaine juridique édition générale. 2009. n°8 II 10030.

SARGOS, Pierre. Portée d'un revirement de jurisprudence au sujet de l'obligation d'information du médecin. Recueil Dalloz.2001.p.3470.

SARGOS, Pierre. Quelles responsabilités personnelles lorsque plusieurs médecins assurent le suivi médical d'un patient. La semaine juridique édition générale. 2013. n°27, 762.

SEGUIN, C. RACINET, C. Partage des responsabilités entre obstétricien et sage-femme. La revue sage-femme. 2004. 3. pp.5 à 8.

SEYES, Baudoin. La profession de sage-femmes : constat démographique et projections d'effectifs. ÉTUDES et RÉSULTATS, 2012. n° 791

TRUCHET, Didier. La faute et la loi du 4 mars 2002 en matière de responsabilité des

établissements publics de santé. RDSS.2015.p.14.

VERPEAUX, Michel. L'échec d'une interruption volontaire de grossesse est-il de nature à ouvrir droit à l'indemnité ? Recueil Dalloz. 1991.p.80.

La perte de chance:incertitudes sur un préjudice certain. Gazette du Palais. 2011. n°57.p.8.

Les apports de la loi du 4 mars 2002 concernant l'indemnisation des accidents médicaux. Gazette du Palais. 2003. n°156.p.2.

Obligation d'information en cas d'accouchement par voie basse. ADJA.2016.p.1316.

Préjudice de l'enfant handicapé : inapplicabilité de la loi "Anti-Perruche". Recueil Dalloz, 2008. p.2765.

Preuve de l'information du patient et perte de chance. ADJA.2005. p.1741.

5. RAPPORTS

AUTUME, Christine. Bras, Pierre-Louis. ROUSILLE, Bernadette. SAINTOYANT, Valérie. L'assurance en responsabilité civile médicale. IGAS, 2007.

BLONDEL, Béatrice. KERMARREC, Morgane. Enquête nationale périnatale 2010. Les naissances en 2010 et leurs évolutions depuis 2003. INSERM, 2011.

BLONDEL, Béatrice. Les responsabilités médicales des sages-femmes dans les maternités publiques et privées : résultats d'une enquête dans 11 régions. INSERM.

CHARIER. Philippe. Les sages-femmes en France : rapport de synthèse. HAL, 2011.

MASCF. Rapport sur le risque des professionnels de santé en 2012.

Observatoire des risques médicaux. Rapport d'activité 2014.

SHAM. Panorama du risque médical en établissement de santé, sociaux et médico-sociaux. Bilan de l'année 2014. 2015.

VANLERENBERGHE, Jean-Marie. Rapport d'information sur l'enquête de la Cour de compte relative aux maternité. Sénat, 2015.

6. SITES INTERNET

www.legifrance.gouv.fr

www.macsf.fr

www.ordre-sages-femmes.fr

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION.....	2
Approche historique.....	2
Les missions de la sage-femme.....	3
Les modes d'exercice de la profession de sage-femme.....	4
La responsabilité juridique de la sage-femme.....	8
Une évolution législative majeure.....	13
PARTIE 1 – LA PROTECTION DE LA SAGE FEMME PAR L' ETABLISSEMENT PUBLIC DE SANTE.....	15
I – LA FAUTE EN PRATIQUE HOSPITALIERE.....	15
1. Le principe: la responsabilité pour faute simple.....	15
1.1 Les fondements de la responsabilité hospitalière.....	15
1.1.1 La compétence du juge administratif.....	16
Apparition d'une responsabilité publique.....	16
Compétence du juge administratif en matière de faute médicale.....	16
1.1.2 La faute dans l'organisation du service.....	16
Caractère de la faute.....	17
Intensité de la faute	17
Abandon de la faute lourde.....	17
1.1.3 Modalités d'appréciation de la faute.....	18
1.2 Les fautes retenues pendant l'accouchement	18
1.2.1 Le déroulement de l'accouchement.....	19
La faute médicale	19
Les compétences de la sage-femme en salle de travail	19
L'accouchement dystocique	20
Le partage des compétences entre sage-femme et obstétricien	20
1.2.2 La surveillance foetale.....	21
Présentation des instruments de surveillance.....	21
Le défaut de surveillance.....	21
1.2.3 Les extractions foetales	22
Présentation des différents modes d'extraction.....	22
La faute dans la réalisation des manœuvres	22
La réalisation tardive d'une césarienne.....	23

1.2.4	Astreintes du médecin obstétricien	23
1.2.5	Dystocie des épaules et appel du médecin.....	24
2 .	L'exception: la faute détachable du service.....	26
2.1	La responsabilité personnelle de la sage-femme	26
2.1.1	La faute dépourvue de tout lien avec le service.....	26
2.1.2	La faute non dépourvue de tout lien avec le service	27
2.2	La détermination de la charge de la dette.....	28
2.2.1	Le cumul de responsabilités.....	28
2.2.2	Les recours contributifs	29
II –	LA REPARATION DU PREJUDICE MARQUEE PAR LE MAINTIEN DE SPECIFICITES.....	31
1.	Le lien de causalité : la prédominance de la théorie de la causalité adéquate	31
1.1	La relation de causalité	31
1.1.1	Imputabilité du préjudice	31
1.1.2	Causalité adéquate ou équivalence des conditions.....	32
1.2	Les causes d'exonération	32
2.	L'évaluation du préjudice: la référence à une nomenclature propre.....	33
2.1	Les conditions de la réparation.....	33
2.1.1	Le principe de la réparation intégrale.....	33
2.1.2	Les caractères du préjudice.....	33
2.2	Les préjudices réparables.....	34
2.2.1	La notion de "poste de préjudices".....	34
La loi du 21 décembre 2006.....	35	
L'avis Lagier.....	35	
L'évaluation des préjudices futurs.....	36	
L'appréciation faite par le juge administratif.....	36	
Les différents modes d'indemnisation.....	37	
2.2.2	Les préjudices indemnifiables pour la victime directe	37
Les préjudices patrimoniaux.....	37	
Les préjudices personnels	38	
2.2.3	Les préjudices indemnifiables pour la victime indirecte.....	38
2.3	Le cas particulier de la naissance d'un enfant handicapé.....	39
2.3.1	L'échec d'une intervention volontaire de grossesse (IVG).....	39
2.3.2	L'affaire Perruche	40
2.3.3	L'intervention du législateur et le dispositif "anti-perruche".....	42
PARTIE 2 –	L' IMMUNITE DE LA SAGE-FEMME DANS L'ETABLISSEMENT PRIVE DE SANTE.....	44

I – L'HARMONISATION DES REGIMES DE RESPONSABILITÉ AUTOUR DE LA FAUTE	44
1. L'application de dispositions communes aux deux ordres de juridiction	44
1.1 Le fondement contractuel	44
1.1.1 L'arrêt Mercier	45
1.1.2 La loi du 4 mars 2002	45
1.1.3 Appréciation de la faute médicale	46
1.2 Les fautes retenues pendant l'accouchement	46
1.2.1 Les obligations professionnelles de la sage-femme	46
Les obligations relatives aux soins	47
Les obligations relatives à l'information et au consentement de la patiente (annexe 4)	48
1.2.3 Le suivi et la surveillance de l'accouchement	48
Responsabilité et monitoring	48
Obligation d'appel du médecin en temps utile	49
Souffrances fœtales	50
La faute de diagnostic	50
1.2.4 Accouchements dystociques	50
1.3 L'exercice en équipe médicale et le partage de responsabilité	51
1.3.1 La responsabilité « in solidum »	52
1.3.2 Le partage de responsabilité avec le médecin obstétricien	52
2. L'immunité guidée par une logique de rapprochement des deux ordres de juridiction	53
2.1 Le partage de responsabilité avec la clinique	54
2.2 L'immunité du préposé	55
2.3 La responsabilité personnelle de la sage-femme	55
2.4 La sage-femme préposée de l'établissement de soins	57
2.5 La portée de l'immunité du préposé	58
II – UNE EVOLUTION RESPECTIVE DE LA REPARATION DU PREJUDICE	60
1. Le lien de causalité: une démarche commune	60
1.1 L'existence du lien de causalité	60
1.2 L'incertitude du lien de causalité	60
1.3 Le recours à l'expertise	61
2. L'évaluation du préjudice: une tentative d'uniformisation	62
2.1 Des conditions d'évaluation similaires	62
2.1.1 Le principe de la réparation intégrale	62
2.1.2 La preuve de l'imputabilité du dommage	62

2.1.3 La prescription du dommage.....	63
2.1.4 Les bénéficiaires de la réparation	63
2.2 Les préjudices réparables : le recours à la nomenclature Dintilhac.....	64
2.2.1 La nomenclature Dintilhac	64
2.2.2 Nomenclature des préjudices de la victime directe.....	65
Les préjudices patrimoniaux temporaires	65
Les Préjudices patrimoniaux permanents	65
Les préjudices extra patrimoniaux temporaires	66
Les préjudices extra patrimoniaux permanents	66
Préjudices extra patrimoniaux évolutifs.....	67
2.2.3 Nomenclature des préjudices de la victime indirecte.....	67
Préjudices patrimoniaux.....	67
Préjudices extra patrimoniaux.....	67
2.3 L'indemnisation de la perte de chance.....	68
2.3.1 Perte de chance et défaut d'information.....	68
2.3.2 Perte de chance de guérison ou de survie.....	69
2.3.3 Perte de chance et lien de causalité.....	70
CONCLUSION.....	71