

**ASSOCIATION DES JURISTES FRANCO-BRITANNIQUES
FRANCO-BRITISH LAWYERS 'SOCIETY**

CONFERENCE DU LUNDI 28 JANVIER 2002 A LONDRES

**INTERVENTION DE Pierre SAPGOS ,
président de chambre à la Cour de cassation**

**SUR:
LA RESPONSABILITÉ CIVILE MÉDICALE EN DROIT FRANÇAIS**

1. Lorsqu'un malade estime avoir été victime d'un dommage à l'occasion d'un acte médical pratiqué par un médecin soit dans un établissement de santé public, soit dans un établissement de santé privé, tel une clinique, la première difficulté qui se présente à lui , ou à sa famille s'il est décédé, est celle de la procédure à suivre .

Il lui faut en effet, d'abord, déterminer quel est le tribunal compétent.

Si le dommage subi par le malade l'a été dans un hôpital public, le tribunal administratif du lieu où se trouve cet hôpital est seul compétent et l'action doit être dirigée non pas contre le médecin, mais contre le seul hôpital .

Si le dommage a été subi dans un établissement de santé privé, ou bien s'il résulte d'un acte médical imputable à un médecin dans le cadre d'une consultation dans son cabinet ou lors d'une visite à domicile, les juridictions judiciaires sont compétentes et l'action doit être dirigée contre la clinique, ou contre le médecin, ou contre les deux , selon que l'on estime que la responsabilité de l'un ou de l'autre ou des deux est engagée C'est le tribunal de grande instance du lieu où se trouve le médecin ou l'établissement de santé privé, qui est compétent .

Il est aussi possible de poursuivre le médecin et l'établissement de santé , qu'ils relèvent du secteur public ou du secteur privé devant le juge pénal , mais notre propos ne concerne pas l'action répressive

2 . Sur le plan de la procédure à suivre il est nécessaire d 'avoir recours à un avocat qui va saisir le tribunal compétent.

Toutefois dans la quasi totalité des cas la complexité des actes médicaux impose d'avoir recours à une expertise médicale avant de saisir le juge du fond . Les parties ont alors recours à ce qu'il est convenu d'appeler le " référé-expertise ". Elles demandent au président du tribunal, ou au magistrat qu'il délègue, d'ordonner une expertise dans les formes prévues, en ce qui concerne le juge judiciaire, par le nouveau code de procédure civile(articles 232 et suivants du nouveau code de procédure civile). Le juge choisit alors le ou les experts inscrits sur la liste des experts d'une cour d'appel ou sur la liste nationale de la Cour de cassation et fixe lui -même la mission de ces experts .

Pour l'accomplissement de la mission qui leur a ainsi été confiée les experts sont tenus de suivre une procédure rigoureuse reposant sur le principe de la contradiction qui

implique qu'aucune de leurs investigations ne soit accomplie sans que toutes les parties en aient connaissance et puissent présenter des observations . Le experts travaillent d'ailleurs sous le contrôle du juge , qui peut, s'il le souhaite assister à leurs opérations et les éventuelles

difficultés doivent lui être signalées .

Cette procédure d'expertise ordonnée et contrôlée par un juge et confiée à des experts figurant sur une liste arrêtée par les cours d'appel ou la Cour de cassation présente l'avantage de conférer à l'expertise un caractère objectif indépendant de la thèse de l'une ou l'autre des parties En outre c'est le juge qui fixe le montant de la rémunération de l'expert et désigne la partie qui devra la payer.

Lorsque le ou les experts ont terminé leurs investigations ils rédigent un rapport répondant aux questions posées mais ils ne leur appartient pas de porter des appréciations d'ordre juridique , ce qui est le seul office du juge .

Une fois le rapport déposé les parties , si elles estiment que la responsabilité d'un établissement de santé ou d'un médecin est engagée , saisissent le tribunal sur le fond en lui demandant de condamner le responsable à réparer leur préjudice Mais on doit noter que les parties peuvent aussi ne pas avoir recours à un "référé-expertise " puisque le tribunal du fond du litige a aussi le pouvoir d'ordonner une expertise

3.Tels sont les aspects en quelque sorte procéduraux du contentieux civil des affaires de responsabilité civile médicale .

S'agissant du fond du droit , c'est-à-dire les éléments d'appréciation de la responsabilité médicale celle-ci a été entièrement construite par la jurisprudence de la Cour de cassation qui a opéré par **l'arrêt Mercier du 20 mai 1936** (Dalloz 1936 p 88 à 96, note signée "E.P", rapport Josserand et conclusions Matter),, une révolution majeure en décidant que cette responsabilité, qui auparavant était délictuelle , avait un fondement contractuel , et en définissant le contenu même du contrat médical Suivant la formule de principe de cet arrêt, jamais démentie depuis :"*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, réserves faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science*"

Pour reprendre les termes de l'avocat général Matter dans ses conclusions le médecin doit soigner en conscience et en science ce qui signifie qu'il n'est en principe tenu que d'une obligation de moyens. Le médecin, sauf rêve , ou plutôt cauchemar . de science -fiction , n'a pas l'obligation de résultat d'assurer l'immortalité physique de ses patients
....

Et de façon constante depuis cette date la Cour de cassation maintient, suivant la formule même employée dans son rapport annuel der 1999 p 396 , que "*l'obligation pesant sur le médecin, comme sur l'établissement de santé, reste dans son principe une obligation de moyens*". C'est en effet seulement à partir de 1985 et de façon limitée, que la Cour de cassation a institué une part d'obligation de sécurité de résultat dans l'obligation des médecins

Partant des principes de l'arrêt Mercier, qui, comme on vient de le voir, mettent dans le contrat médical une obligation de moyens de conscience et de science, l'évolution de la doctrine jurisprudentielle de la Cour de cassation se caractérise essentiellement par **l'application à l'activité médicale des grandes règles de la responsabilité contractuelle (1)**, mais avec **d'importantes adaptations spécifiques (II)**

1. L'APPLICATION A L'ACTIVITÉ MÉDICALE DES GRANDES RÈGLES DE LA RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE

4. Cette application implique naturellement la réunion des trois conditions classiques : **Une faute, un préjudice et un lien de causalité** entre cette faute et ce préjudice. On insistera plus particulièrement sur la question de la faute.

Il y a faute lorsque le médecin a méconnu l'une des obligations que met à sa charge le contrat médical tel qu'il a été défini par l'arrêt Mercier, obligations qui s'articulent, comme on l'a vu, autour des notions clés de conscience et de science. On peut donc estimer qu'il existe deux grandes catégories de fautes médicales : les fautes contre la conscience médicale (A) et les fautes contre la science médicale (B).

A. LES FAUTES CONTRE LA CONSCIENCE MÉDICALE

5. Le concept de conscience recouvre essentiellement d'une part, la question de **l'information et du consentement du patient (A1)**, d'autre part, **l'obligation qu'a le médecin de prodiguer personnellement et en toute indépendance ses soins (A2)**

A.1. Information et consentement du patient

6. Le devoir de conscience du médecin lui impose d'abord l'obligation fondamentale **d'informer son patient et de recueillir son consentement éclairé** quant aux investigations ou soins qu'il lui propose. A cet égard la doctrine de la Cour de cassation a toujours été très ferme et a été marquée en 1997 par une évolution majeure sur la **charge de la preuve de l'information**.

L'arrêt Teyssier rendu le 28 janvier 1942 par la chambre des requêtes de la Cour de cassation, (Dalloz, 1942, recueil critique, jurisprudence, p 63) avait ainsi retenu la responsabilité d'un médecin pour n'avoir **averti** son client "*ni de la nature exacte de l'opération qu'il allait subir et de ses conséquences, ni du choix qu'il avait entre deux méthodes curatives*". Et cet arrêt est également important sur le terrain général de l'obligation de recueillir un consentement **éclairé** du patient puisqu'il énonce - en avance de plus de cinquante ans sur les lois bioéthiques de 1994 - que l'obligation de recueillir le consentement du patient *est imposée par le respect de la personne humaine "et que sa violation constitue de la part du médecin "une atteinte grave aux droits du malade"*.

7. C'est l'information sur les risques, qui, lorsqu'ils se sont réalisés, donne lieu à l'essentiel du contentieux. Une difficulté importante tient alors à la **charge de la preuve de l'information**. Un arrêt du 29 mai 1951 (Civ 1 bull n° 162) avait décidé que le patient devait démontrer qu'il n'avait pas été informé. Mais par un arrêt du 25 février 1997 (Civ 1 bull n° 75. Rapp. Ann.C. cass. 1 997 p 271) la première chambre civile, statuant en formation plénière, a procédé à un revirement sur ce point en décidant que "*Celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation*". Et cette preuve peut être faite par tout moyen écrit, témoignage ou présomptions, sauf si un texte légal impose l'écrit,

8. Une question qui se pose est évidemment celle de **l'étendue et de la nature des risques qui doivent être révélés au patient.**

Jusqu'à une date récente la jurisprudence dispensait le médecin de signaler à son patient des risques qui ne se réalisent qu'exceptionnellement (par exemple Civ 1 20 janvier 1987 bull n' 19 p 14). Mais le bien fondé de cette exception était très contestable . D'abord, la fiabilité des statistiques sur les risques de telle ou telle opération est incertaine, sinon inexistante et dépend de variables telles (expérience et qualité du praticien notamment) qu'il paraît difficile d'aboutir à des normes incontestables. Ensuite, et surtout, un critère exclusivement quantitatif présente un défaut rédhibitoire . Il ne permet en effet pas de tenir compte des particularités du patient, tant en ce qui concerne la nature et la gravité de son affection, que son âge et sa situation familiale ou professionnelle.

Par deux arrêts du 7 octobre 1998 (Bull.Cass. Civ 1 n' 287 et n' 291 , Rapp. Ann.C.cass 1998 p 273) la première chambre civile de la Cour de cassation a mis un terme à l'exonération du devoir d'information fondée sur la seule " quantification " d'un risque en énonçant " *qu' hormis les cas d'urgence, d'impossibilité ou de refus du patient d'être informé un médecin est tenu de lui donner une information loyale, claire et appropriée sur les **risques graves** afférents aux investigations et soins proposés et il n'est pas dispensé de cette information par le simple fait qu'un tel risque ne se réalise qu'exceptionnellement*

Les risques graves peuvent se définir comme étant ceux qui peuvent aboutir à la mort, ou qui altèrent une fonction vitale (invalidité par exemple)

9. Mais cette jurisprudence n'exclut pas, de façon exceptionnelle , une limitation de l' 'information fondée sur des impératifs thérapeutiques. C'est le sens d'un arrêt du 23 mai 2000 (Bull.civ 1 n' 159 ; Rap.ann.C.Cass 2000 p 377) de la première chambre civile de la Cour de cassation qui précise que cette limitation " *doit être fondée sur des raisons légitimes et dans l'intérêt du patient , cet intérêt devant être apprécié en fonction de la nature de la pathologie , de son évolution prévisible et de la personnalité du malade "*.

IO. SI on devait faire la synthèse de la doctrine jurisprudentielle de la Cour de cassation en matière d'information médicale , à partir des arrêts de la première chambre civile du 25 février 1997 (bull. civ 1 n' 75) ; 14 octobre 1997 (bull civ 1 n' 278) ; 17 février 1998 (Bull.civ 1 n' 67) 27 mai 1998 (Bull Civ 1 n' 187) ; 7 octobre 1998 (Bull.civ I n' 287 et 291), 18 janvier 2000 Bull.civ 1 n' 13) ; 23 mai 2000 (Bull.civ 1 n' 159), 18 juillet 2000 (Bull civ 1 n' 227, Rapp. Ann. C. Cass 2000 p 3 77), on pourrait la présenter sous la forme des six propositions suivantes :

1'. Un médecin, qu'il soit le médecin prescripteur ou celui qui réalise la prescription , est tenu de donner à son patient une information loyale, claire et appropriée sur les risques graves afférents aux investigations et soins proposés ou que la patient demande .

2' Le médecin doit rapporter la preuve qu'il a effectivement informé le patient, sans être tenu de réussir à le convaincre du danger d'un acte, mais il lui incombe de refuser d' accéder à une demande dudit patient qui l'exposerait sans justification thérapeutique à un danger

3' Cette information peut être faite par tous moyens (écrit, témoignage ou présomption)

4'.11 ne peut en principe être dérogé à l'obligation d'information qu'en cas d'urgence , d'impossibilité ou de refus du patient d'être informé

5'. Le fait qu'un acte à risque soit médicalement nécessaire ,ou que le risque ne se réalise qu'exceptionnellement , ne justifie pas à lui seul une limitation de l'information

6'. L'information du patient peut être limitée pour des raisons thérapeutique , c'est-à-dire dans son intérêt , cet intérêt devant être apprécié en fonction de la nature de la pathologie , de son évolution prévisible et de la personnalité du malade.

On doit cependant souligner que l'information ne se limite pas aux risques de l'acte médical même si la plupart des procès portent sur ce point. En effet ,elle doit avoir une dimension globale , dont les risques ne sont en dernière analyse qu'un élément parmi d'autres , même s'il est évidemment très important . Mais pour un patient l'information sur la durée prévisible de sa convalescence peut être aussi déterminante de son consentement à subir une opération à un moment donné que celle sur les risques. Suivant les recommandations diffusées en mars 2000 par l'Agence Nationale d'Accréditation et d'évaluation en santé (ANAES) que l'information concerne l'état du patient et les soins , qu'il s'agisse d'actes isolés ou s'inscrivant dans la durée , qu' elle doit être actualisée au fil du temps, prendre en compte la situation propre à chaque personne, et qu'elle doit porter, outre les réponses aux questions posées par le patient sur des éléments généraux et des éléments spécifiques .L'information est donc relative à l'état du patient et son évolution prévisible , ce qui nécessite des explications sur la maladie ou l'état pathologique , et sur son évolution habituelle avec et sans traitement - la description et le déroulement des examens , des investigations, des soins , des thérapeutiques , des interventions envisagées et de leurs alternatives - leur objectif , leur utilité et les bénéfices escomptés - leurs conséquences et leurs inconvénients - leurs complications et leurs risques éventuels , y compris exceptionnels - les précautions générales et particulières recommandés aux patients.

A.2.L'obligation de prodiguer les soins personnellement et en toute indépendance.

1 I. Le contrat médical reposant , sauf circonstances exceptionnelles (urgence.danger ...), sur la liberté du choix du médecin par son patient et sur les **relations de confiance** "intuitu personae" qui s'établissent entre eux, implique pour le praticien l'obligation d'assurer lui-même les soins et le suivi du patient. L'article 32 du code de déontologie médicale du 6 septembre 1995 insiste d'ailleurs sur la nécessité pour le médecin de prodiguer personnellement ses soins, tandis que l'article 5 souligne le caractère inaliénable de l'indépendance professionnelle, même en cas d'exercice salarié . Par un important jugement du 14 février 2000 (Bull Cass. 2000 . T.C. n' 2) le Tribunal des conflits a encore accentué cette norme fondamentale en énonçant que " *l'indépendance professionnelle dont bénéficie le médecin dans l'exercice de son art est au nombre des principes généraux du droit* "

12. De cette obligation de soins personnels et du principe de l'indépendance professionnelle la Cour de cassation a déduit plusieurs conséquences quant à la responsabilité d'un praticien :

- Il a, d'abord, l'obligation de soigner lui-même son patient. et, s'il ne le peut, de faire appel à des confrères ou des auxiliaires médicaux compétent.

- Il répond ensuite, suivant une formule fréquemment employée, des fautes des personnes qu'il s'est substitué, en dehors du consentement de son patient, pour l'accomplissement d'une partie inséparable de son obligation

- Il ne peut s'abriter derrière le diagnostic d'un autre médecin pour prétendre échapper à sa responsabilité ni s'en remettre purement et simplement au contrôle que devrait normalement assurer l'un de ses confrères ; il doit veiller à ce que ce contrôle soit effectif

LES FAUTES CONTRE LA SCIENCE MÉDICALE

13. Ces fautes s'articulent essentiellement autour des concepts de "données acquises de la science" (B1) et d'obligation de précision du geste médical(B2)

B.1 . Les données acquises de la science

14. Le médecin est tenu , comme on l'a indiqué, de donner des **"soins conformes aux données acquises de la science"** c'est à dire des soins qui étaient effectivement connus et recommandés en France à la date où il ont été dispensés . Quelques arrêts erratique avaient employé la formule de *" données actuelles "* de la science , mais la notion de " données acquises " , issue de l'arrêt Mercier et consacrée par le code de déontologie médicale et celui des chirurgiens-dentistes , est la seule qui soit pertinente et que l'on retrouve dans toutes les décisions récentes de la Cour de cassation. Un arrêt du 6 juin 2000 (Bull.cass. Civ 1 n°1 76. Rap . Ann. C. Cass.2000 p 3 80)) précise d'ailleurs on ne peut plus clairement que la notion de *"donnée actuelle "* était *" erronée "* , *" l'obligation pesant sur un médecin étant de donner à son patient des soins conformes aux données acquises de la science "*

S'agissant de la détermination de la notion fondamentale de **"données acquises de la science "**, elle résulte des ouvrages et traités de référence, mais aussi des congrès ou autres conférences de consensus réunissant des autorités reconnues de la profession médicale . Les références médicales opposables (R M O) élaborées par ANAES , qui déterminent les actes inutiles ou dangereux, peuvent aussi être prises en compte dès lors qu'elles doivent impérativement correspondre aux données acquises de la science

La jurisprudence de la Cour de cassation a étendu la portée de l'obligation de respecter les acquis de la science médicale, ou de leurs dérivés directs que sont les règles consacrées par la pratique médicale (Civ 1 12 mai 1964 bull n° 247), au diagnostic et aux investigations ou mesures préalables, au traitement lui-même , enfin , au suivi de ce traitement et aux soins postopératoires .

B.2 . l'obligation de précision du geste chirurgical ou de chirurgie dentaire

15. Le praticien qui a posé un diagnostic correct, informé son patient des risques et qui a pris les précautions nécessaires pour s'entourer d'une équipe compétente, doit encore être irréprochable dans ses gestes techniques.

La jurisprudence de la Cour de cassation a nettement consacré ce que Madame Yvonne Lambert-Faivre dans son ouvrage "droit du dommage corporel", précis Dalloz, 4^e édition, septembre 2000, n° 584, p 691) appelle *l'exactitude du geste chirurgical* en soulignant que celle-ci constitue *"une obligation déterminée de sécurité évidente (ce qui n'implique pas le résultat de la guérison): l'inattention... la maladresse... l'oubli ... constituent autant de fautes que le paradigme du chirurgien habile, consciencieux et attentif ne saurait commettre"*.

Plusieurs arrêts de la première chambre de la Cour de cassation ont été dans ce sens (30 septembre 1997, bull civ 1 n° 259; 7 janvier 1997, Bull Civ 1 n° 6); 3 février 1998, Bull Civ 1 n° 46; 13 mai 1998 (bull Civ 1 n° 174); 23 mai 2000 (Bull civ 1 n° 153) ont nettement confirmé cette jurisprudence dont il résulte qu'en matière d'intervention chirurgicale ou de chirurgie-dentaire le praticien a l'obligation de limiter les atteintes qu'il porte à son patient à celles qui sont nécessaires pour réaliser l'intervention. Mais la faute pourra être exclue s'il est démontré - et ce sera au médecin de rapporter cette preuve - que la partie atteinte - un nerf ou une artère par exemple - présentait une anomalie rendant cette atteinte inévitable.

II. LES ADAPTATIONS SPÉCIFIQUES

16. La faute reconnue d'un médecin n'est de nature à engager sa responsabilité que si elle a causé un **préjudice** à son patient et s'il y a un **lien de causalité** entre la faute et le préjudice.

S'agissant du préjudice, tous peuvent être réparés, conformément au droit commun de la responsabilité : préjudice physique, moral, matériel, économique de la victime, ou encore préjudice par ricochet subi par un tiers du fait du dommage corporel de la victime directe. A cet égard on soulignera que les manquements contractuels du médecin permettent la réparation aussi bien du préjudice subi par le patient lui-même, que du préjudice par ricochet subi par des tiers, tels des membres de la famille du malade. C'est ce que précise très nettement un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 18 juillet 2000 (Bull. civ 1 n° 221, JCP 2000 G. II. 10415) aux termes duquel *"les tiers à un contrat sont fondés à invoquer l'exécution défectueuse de celui-ci lorsqu'elle leur a causé un dommage, sans avoir à rapporter d'autre preuve"*. Et un arrêt du 13 février 2001 (Bull civ 1 n° 35) précise que le tiers peut même invoquer le régime de l'obligation de sécurité de résultat pesant sur le débiteur contractuel.

Les évaluations de ces préjudices sont elles aussi conformes aux règles concernant tous les dommages corporels et les dispositions sur les recours des organismes ayant versé des prestations aux victimes d'appliquent évidemment

S'agissant du lien de causalité entre le préjudice et la faute, il doit être établi comme en droit commun de la responsabilité. Suivant la formule d'un arrêt du 30 septembre 1997 (Civ 1 bull n° 259) *"l'auteur d'une faute ne peut être condamné à réparation que si sa faute a contribué de façon directe à la production du dommage dont la réparation est demandée"*.

17. Toutefois la question du préjudice et de son lien de causalité avec la faute commise a vu se développer une importante adaptation spécifique à travers le concept de **perte de chance et la situation particulières des conséquences du défaut d'information** (A), les autres grandes adaptations

concernant le concours aux soins de plusieurs médecins (B) et une émergence circonstanciée d'une responsabilité sans faute, mais qui exclut la réparation des conséquences de l'aléa thérapeutique (C)

A. LA PERTE D'UNE CHANCE ET LE CAS PARTICULIER DES CONSÉQUENCES D'UN DÉFAUT D'INFORMATION

18. La question déjà évoquée de l'obligation d'information pesant sur le médecin soulève une difficulté particulière lorsqu'il est démontré, d'une part, que le praticien n'a pas informé son patient afin de recueillir son consentement éclairé, d'autre part qu'il n'a commis aucune faute dans le traitement, mais que néanmoins, ce traitement a causé un dommage au malade. Il est, en effet, au moins a priori, difficile de relier une simple faute d'information au dommage causé au malade par l'acte médical, non fautif en lui-même. De même il est de nombreux cas où le lien de causalité entre la faute et le dommage n'est pas certain. Ainsi, par exemple, un médecin a administré des soins avec un retard fautif, mais il ne peut être établi que ces soins, administrés à temps, eussent guéri le malade. Par contre on ne peut exclure qu'ils auraient pu apporter la guérison. La théorie de la perte d'une chance construite par la Cour de cassation règle la difficulté car elle modifie l'objet du lien de causalité. Il ne s'agit plus pour la victime de prouver que la faute établie du praticien est bien la cause certaine et directe du dommage du patient, mais seulement d'établir que cette faute l'a privée d'une chance de guérir, d'éviter des séquelles ou de mourir. Le lien de causalité, qui doit bien entendu toujours être certain et direct, se situe entre la faute et la perte de chance. Dès lors qu'une chance existait bien, il peut y avoir réparation; par contre si aucun élément ne permet d'étayer l'existence d'une telle chance, il ne peut y avoir réparation.

De nombreux arrêts de la Cour de cassation ont appliqué le concept de la perte de chance en matière, par exemple, de persistance dans un diagnostic erroné (Civ I 8 juillet 1997, bull n° 238) ou de retard fautif d'un médecin dans la prescription d'examens (Civ I 25 mars 1968, bull n° 109). Mais encore faut-il, comme on l'a déjà relevé, qu'il existe réellement une chance que la faute du praticien a fait perdre. Tel n'est pas le cas lorsque le dommage s'avère totalement étranger à la chance perdue (par exemple Civ I 7 juin 1988 bull n° 180); et, d'une façon générale, la perte de chance ne peut être purement hypothétique (Civ I 10/11/90 bull n° 10).

Mais s'agissant des cas dans lesquels la faute médicale consiste à n'avoir pas informé la femme enceinte des atteintes d'une particulière gravité et incurables affectant le fœtus, de sorte qu'elle a été privée de son droit de choisir de recourir à une interruption volontaire de grossesse, la Cour de cassation estime que l'enfant justifie d'un préjudice afférent à son handicap, préjudice qui ne s'apprécie pas sur le terrain de la perte de chance (Cour de cassation. Assemblée plénière 17 novembre 2000 bulletin N° 9 et rapport annuel de la Cour de cassation de 2000, p 389).

19. La réparation du préjudice consécutif à une perte de chance est spécifique en ce sens qu'elle ne se confond pas avec la totalité des dommages causés à la personne de la victime par l'acte médical. Elle représente seulement une fraction de ces divers dommages, fraction que les juges du fond apprécient souverainement (Civ I 8 juillet 1997 bull n° 239). La définition donnée par un arrêt du 16 juillet 1998 de la première chambre civile (Civ I bull n° 260 p 181) est à cet égard intéressante en ce qu'elle précise que " La

réparation d'une perte de chance doit être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée "

La démarche pratique des juges du fond pour déterminer, en matière médicale, le préjudice né de la perte de chance est la suivante :

-Dans un premier temps, ils doivent raisonner comme si la faute du médecin avait causé l'entier dommage et évaluer en conséquence la totalité des divers préjudices

de la victime , en distinguant bien entre ce qui est soumis à **recours des tiers paveurs** (caisse d'assurance maladie en particulier) et **ce** qui ne l'est pas (indemnités à caractère personnel).

-Puis, dans un deuxième temps, ils doivent fixer la fraction du total de ces préjudices qu'ils attribuent à la perte de chance (cf les deux arrêts du 8 juillet 1997 ainsi qu'un arrêt du 17 décembre 1998 de la chambre sociale de la Cour de cassation, soc Bull n° 577).

20.S'agissant du préjudice résultant d'un défaut

d'information l'arrêt Teyssier déjà cité de 1942 avait estimé qu'il était la cause génératrice de l'entier dommage du patient Puis , par un arrêt du 7 février 1990 (Bull.Cass.civ 1 n°39) la Cour de cassation s' était basée sur le concept sus évoqué de perte de chance en retenant que le défaut d'information sur le risque inhérent à une intervention chirurgicale privait seulement le malade "*d'une chance d' échapper, par une décision peut-être plusjudicieuse , au risque... "*

Actuellement la réparation du préjudice né d'un défaut d'information sur un risque qui s'est réalisé présente plusieurs alternatives :

-Si les juges du fond - en fonction des éléments évoqués supraestiment que le patient aurait refusé l'intervention , la réparation de tous les préjudices de la victime sera totale

-Si à l'inverse , ils retiennent que le patient aurait accepté l'intervention , il ne pourra y avoir de réparation des préjudices liés à l'atteinte à l'intégrité corporelle . C'est la situation de l'arrêt du 20 juin 20000 . IL doit être précisé qu'en ce cas il pourrait y avoir réparation d'un préjudice moral spécifique afférent au seul fait de n'avoir pas été informé(707).

-Dans l'hypothèse médiane où les juges du fond considèrent qu'il existait une probabilité que la patient ait refusé l'intervention , les préjudice seront réparés à proportion de cette probabilité (on rejoint alors la démarche pratique évoquée in fine du n° 24 c'est-à-dire l'allocation d'une fraction des divers préjudices)

B: LE CONCOURS DE PLUSIEURS MÉDECINS

2 1.Le développement même de la science médicale a multiplié les cas où plusieurs médecins interviennent auprès d'un même malade, voire constituent des équipes médicales, comme lors d'une intervention chirurgicale

Cette situation d'exercice médical pluridisciplinaire soulève évidemment des difficultés au plan de la détermination des responsabilités en cas de dommage subi par un patient.

Ces difficultés ont fait l'objet d'une jurisprudence particulière fondée sur les devoirs fondamentaux pesant sur le médecin qui ont été analysés dans la première partie de cette étude (n° 12 et 13) et cela aussi bien dans les cas de pluridisciplinarité successive que de pluridisciplinarité concomitante

La pluridisciplinarité successive, concerne les cas où un médecin -ou le patient lui-même- estime nécessaire de recourir à un autre praticien pour établir un diagnostic avec plus de certitude , préconiser des soins, réaliser des investigations médicales ou des actes thérapeutiques. Les médecins, ou de façon plus large les professionnels de la santé, se succèdent ainsi auprès du malade, mais chacun connaît l'intervention de l'autre. Le risque existe alors que la responsabilité ne se dilue entre les divers intervenants, chacun estimant qu'il appartenait à l'autre d'informer le patient ou de faire tel ou tel acte.

La jurisprudence a fermement condamné une telle conception, 9 notamment par les arrêts Toty et Savart du 29 mai 1984 (Civ I bull n° 177 et 178 et conclusions Gulphe au JCP 1984.H.20259) et impose à tout médecin un véritable devoir de contrôle du diagnostic et des interventions de ses confrères (Civ 1 24 janvier 1990 bull n° 25)

En matière de **pluridisciplinarité concomitante**, c'est à dire d'actes -tels des interventions chirurgicales - qui impliquent le concours simultané de plusieurs médecins et d'auxiliaires médicaux, la jurisprudence a mis à la charge du "chef d'équipe " la réparation des fautes commises par ses subordonnés .

C.L'EMERGENCE CIRCONSTANCIÉE D'UNE RESPONSABILITÉ SANS FAUTE ET L'EXCLUSION DE LA RÉPARATION DE L'ALÉA THÉRAPEUTIQUE

22.On a souligné que l'obligation pesant sur le praticien est en principe une obligation de moyens, mais, dans certaines hypothèses, une **obligation de sécurité de résultat** a été retenue. Il n'est alors plus nécessaire pour la victime de prouver une faute. Il lui suffit d'établir que le dommage dont elle se plaint a bien été causé par un praticien à l'occasion de soins. Seule alors la preuve d'une cause étrangère , que devra apporter le praticien, est susceptible de l'exonérer.

L'arrêt Bismuth du 29 octobre 1985 (Civ 1 bull n° 273) avait décidé qu'un chirurgien- dentiste était tenu en tant que fournisseur d'une prothèse d'une obligation de résultat l'obligeant à délivrer un appareil "sans défaut".Des arrêts du 15 novembre 1988 (Civ 1 bull n° 319), du 12 juin 1990 (civ 1 bull n° 62) et du 22 novembre 1994 (civ 1 bull n° 340) avaient été dans le même sens Un arrêt du 9 novembre 1999 (Civ 1 bull n° 3 00 p 195 Rapp. Ann.Cour cass. 1999 p 3 96)) systématise cette Jurisprudence en énonçant que " *le contrat formé entre le patient et son médecin met à la charge de ce dernier, sans préjudice de son recours en garantie, une obligation de sécurité de résultat en ce qui concerne les matériels qu'il utilise pour l'exécution d'une acte médical d'investigation ou de soins* ". Mais il incombe au patient de prouver que le matériel qu'il incrimine - en l'espèce il s'agissait d'une table d'examen radiographique - est bien à l'origine de son dommage, et l'arrêt précise qu'en ce qui concerne l'accomplissement de l'examen radiographique lui-même , le médecin est seulement tenu d'une obligation de moyens

On doit souligner que la Cour de justice des communautés européennes, par un arrêt du 10 mai 2001 (D.2001 . Jurisprudence. P 3065,note Kayser) , a statué dans le même sens que la Cour de cassation en matière de responsabilité du fait des produits utilisés par le praticien lors d'un acte médical

Enfin trois arrêts du 29 juin 1999, dits "*des staphylocoques dorés*"

Civ 1 bull n° 220 et 222 ; JCP 99 G.II , 10138; Rapp.annuel Cour cass. 1999 p 396)) sont intervenus dans le domaine très sensible des infections nosocomiales . Ils ont décidé que les établissements de santé privés et les médecins étaient tenus en cette matière d'une obligation de sécurité de résultat dont ils ne pouvaient s'exonérer que par la preuve d'une cause étrangère .

Tels sont les grands traits de l'obligation de sécurité de résultat en matière de contrat médical ; elle repose sur une double exigence de perfection , d'une part, la perfection des dispositifs médicaux , d'autre part la perfection des mesures d'asepsie et de prophylaxie.

23. Mais par un arrêt du 8 novembre 2000 (Bull civ 1 n°287. Rap .ann C.cass 2000 p 384) la Cour de cassation , tranchant une controverse qui remontait à plusieurs années, a décidé que la réparation des conséquences de **l'aléa thérapeutique** n'entraîne pas dans le champ des obligations dont un médecin est contractuellement tenu à l'égard de son patient , l'aléa étant défini comme la réalisation , en dehors de toute faute du praticien , d'un risque accidentel inhérent à l'acte médical et qui ne pouvait être maîtrisé

Une responsabilité contractuelle de droit commun avec des adaptations particulières : tels paraissent bien être les éléments fondamentaux de l'évolution de la doctrine jurisprudentielle de la Cour de cassation ainsi mise en perspective depuis l'arrêt Mercier du 20 mai 1936.

Sur le fondement de cette responsabilité au regard des normes de comportement que doivent observer les médecins , on soulignera l' émergence de plus en plus forte des normes issues des codes de déontologie des trois professions médicales , au sens du code de la santé publique, c'est-à-dire les médecins, les chirurgiens-dentistes et les sages-femmes Un arrêt du 13 mars 1997 (Civ 1 bull n° 99 , Rapp.ann.C.Cass 1997 p 27'D) avait ainsi énoncé que *"la méconnaissance des dispositions du code de déontologie peut être invoquée par un patient à l'appui d'une action en dommages- intérêts dirigée contre un médecin"*. Par la suite un arrêt du 27 mai 1998 (civ 1 bull n° 187, Rapp Ann.C. cass . 1998 p 274) a retenu la responsabilité d'un médecin à l'égard de sa patiente pour manquement à l'obligation déontologique de ne pas lui faire courir, même sur sa demande , un risque injustifié (ancien art 18 du code de déontologie médicale du 28 juin 1979, devenu l'article 40 du nouveau CDM). Et d'autres arrêts ont aussi visé expressément le code de déontologie

Ce recours aux règles imposées par les codes de déontologie aux membres des professions médicales en ce qui concerne leurs devoirs envers les patients n'est pas neutre . En effet , les règles déontologiques ont l'avantage de "gommer" en quelque sorte les différences pouvant exister en ce qui concerne le fondement contractuel ou délictuel de la responsabilité du médecin . Qu'il y ait ou non un contrat entre le patient et son médecin , qu'il s'agisse de soins dispensés par un médecin public ou un médecin libéral, tout praticien est toujours tenu des mêmes obligations de conscience et de science, telles que nous les avons définies supra L'unité indispensable de l'activité médicale est donc sauvegardée Ce point est important car lorsqu'un patient consulte dans un établissement privé il conclut un contrat de soins avec cet établissement et non pas avec le médecin qui le reçoit dès lors que celui-ci est le salarié de cet établissement. Ce praticien engagera certes sa responsabilité vis-à-vis du malade s'il commet une faute, mais sur le terrain délictuel et non contractuel (Civ 1 4 juin 1991 bull n° 185). En outre, le recours au fondement déontologique permet d'assurer une meilleure sécurité juridique car le médecin est en mesure de connaître exactement l'essentiel de ses obligations vis-à-vis de ses patients lesquels peuvent aussi avoir accès à la même connaissance .

On doit enfin signaler que le législateur français s'oriente vers l'adoption - qui devrait intervenir en février 2002 - d'une loi sur les droits des malades qui permettrait la prise en charge par un Fonds spécial de l'aléa thérapeutique et instituerait un mécanisme de conciliation permettant d'éviter le recours systématique aux tribunaux.

**ASSOCIATION DES JURISTES FRANCO-BRITANNIQUES FRANCO-BRITISH
LAWYERS'SOCIETY**

**CONFERENCE HELD ON 28 JANUARY 2002 AT THE COLLEGE OF LAW, STORE
STREET, LONDON WC1**

MEDICAL NEGLIGENCE CLAIMS BEFORE THE FRENCH COURTS

Summary of the Notes for the presentation by Pierre SARGOS, *Prisident de la chambre socials
de la Cour de cessation* (French Supreme Court of Private Law)

When a patient thinks he is the victim of medical negligence, the first issue for him, or for his family if the patient dies, is **to** get to address matters of procedure.

First he must identify the court that is competent to deal with his claim.

If the negligence occurred in a state hospital, only the *tribunal administratif* (local public court) of the area where the hospital is located is competent. The claim should be brought against the hospital, not the individual doctor.

If the loss occurred in a private hospital, or arises from a visit to a doctor at his surgery or during a home visit, the private law courts are competent.

It is also possible to initiate criminal proceedings against a doctor or a hospital/clinic, but this will not be covered in this paper.

2. In terms of procedure, the lawyer must start proceedings in the appropriate court.

However in almost all cases the complexity of medical intervention is such that one must obtain an expert report before starting proceedings. The parties are using a procedure called 'riferi-expertise'(emergency expert report). They will ask the presiding judge of the local court, or the designated judge, to order an expert report. In private law, this will follow the procedure at articles 232 onwards in the *nouveau code de procedure civile* (the French equivalent of the C.P.R.). The judge will select the expert from either the list of experts registered with the local appeal court or the national experts' list from the *Cour de cessation*, and decides on the instructions to the expert.

Experts must follow strict rules of adversarial procedure: none of their investigations must be kept away from the parties and parties can always make their own comments. The judge supervises the conduct of the expert.

The expert report is therefore objective and independent from the influences of either party. Furthermore the judge decides on the expert's fees and decides which party has to pay the fees. The expert drafts a **final** report that answers the judge's questions. All the legal issues are left for the judge to decide.

After the final expert report has been filed, the party who considers that the liability of a hospital or a doctor established will ask the court to order that compensation be paid by the opposing party. Please note that parties can avoid the above '*rifir@-expertise*' procedure and proceed through the courts normally as the courts can also order that a court-approved expert prepare a report later on.

3. Dealing now with the substantive law of medical negligence, it is based on the case-law developed after the **Mercier case of 20 May 1936** (Dalloz 1936, pp 88-96). This case decided that medical negligence, which had been considered to be only tortious in nature, also had a contractual basis. The case viewed the contents of the medical contract: "*as being created between the doctor and the client a real contract under which the medical practitioner has the obligation not, obviously, to cure the patient ... but to provide treatment which is not any treatment, but conscientious, careful and, except in exceptional circumstances, which conforms to the progresses of medical science.* "

This obligation is only an obligation to use skill and care (*obligation de moyen*), not an obligation to ensure irrunortality.

Ever since, the Cour de cessation has used the same phraseology, as in the 1999 annual report at p 396 which states that: "*the obligation on the medical practitioner, as on the hospital or clinic, remains at core, an obligation to act with skill and care*". Only since 1985, and on a limited basis only, has an obligation to guarantee the end result (*obligation de r@sultat*) has been placed on medical practitioners. Case-law developed by the Cour de cessation since the Mercier case can be summarised in 2 ways: **Applying the main rules of contractual liability to medicine (1)**, but with **some important modifications (11)**.

1. APPLYING THE MAIN RULES OF CONTRACTUAL LIABILITY TO MEDICINE

4. The main 3 conditions are: **breach of duty, damage or loss and causal link**. Breach occurs when the medical practitioner fails to comply with his contractual obligations. These obligations are articulated around the main 2 notions of professional duty (A) and science (B).

A. BREACHES OF PROFESSIONAL DUTY

5. It covers 2 aspects: **information and informed consent (A1)** and the **duty personally and independently to provide treatment (A2)**

A.1 Information and informed consent

6. The medical practitioner has the **duty to inform his patient and obtain his informed consent**. Case-law in the Cour de cassation has always been quite stringent; it underwent a major change in 1997 as to the evidential **burden of proof**.

In 28 January 1942 the **Teyssier case** (Daloz, 1942, recueil critique, jurisprudence, p 63) held that a doctor was liable because he has failed to **warn** his patient of the exact nature of the operation, its consequences, or the choice between 2 forms of treatment. The case also states, more than 50 years before the Bioethics Laws of 1994, that this obligation on the part of the doctor arises of the respect for the human being and that a breach of this obligation is a serious attack on a patient's rights.

7. Most of the case-law has its origins in the information on risks and the **burden of proof that such information has been conveyed**. A 1951 case held that the patient had to prove he had not been informed. But in a case decided on 25 February 1997, the first civil section of the *Cour de cassation* held that *"the person who is under a duty to provide information must also bear the burden of proof that such an obligation has been performed"*. Such proof can be made by any means, except if an Act or regulation requires written proof.

8. One major issue is the **extent and nature of risks that must be disclosed to the patient**. Until recently a doctor did not have to disclose remote risks. But this view was arguable. Statistics were not always wholly reliable and were highly dependent on factors (such as the experience and skill of the practitioner) It also did not take into account the specifics of the patient, were it the nature and seriousness of his condition, and his family and work. 2 cases decided on 7 October 1998 by the first section of the *Cour de cassation* held that *"except in emergency cases, when it is impossible to do so or when the patient refuses, a doctor must provide to his patient information which is accurate, clear and appropriate"*

on the very serious risks related to investigations, test and treatment and is not discharged from this obligation merely because the risk only occurs exceptionally."

Very serious risks have been held to cover risks that could result in death or damage to vital functions (paralysis, for instance).

9. Existing case-law does however allow for a limit to be placed on this duty to

inform if it is based on a therapeutic basis. This follows from a case dated 23 May 2000.

10. If one were to summarise the case-law mentioned above in a number of short propositions, they would be as follows:

- a. A medical practitioner, be it the practitioner who ordered treatment, or the practitioner who performed the treatment, must provide accurate, clear and appropriate information on the very serious risks associated with tests or treatment proposed or requested by the patient.
- b. A medical practitioner must prove that he informed the patient, but is not required to convince the patient of the dangers incurred. He must refuse to perform procedure requested by the patient that would expose the patient to dangers without any therapeutic justification.
- c. Such information can be provided by any means (written, testimony or presumption).
- d. The duty to inform can only be set aside if there is an emergency, if it is impossible or if the patient refuses to be informed.
- e. The fact that a particular treatment is necessary, or the fact that a particular risk only happens exceptionally, are not sufficient to dispense with the duty to inform.
- f. The information provided to the patient can be limited for therapeutic reasons, which are in his best interests, and must be appreciated after taking into account the disease, its evolution and the patient's personality.

Please note that the duty to inform is not limited to the risks. Information on the likely length of recovery can be as important as the information on the risks.

A.2 The duty to provide treatment personally and independently.

11. Save in exceptional circumstances, the medical contract is based on the patient's freedom to select his doctor and on a fiduciary relationship between them. As a consequence the doctor is under a duty to provide administer to his patient personally. In a 14 February 2000 case, the *Tribunal des conflits* (Supreme court arbitrating between public and private law disputes) held that the professional independence enjoyed by a doctor in the exercise of his art is a fundamental legal right.
12. From this obligation to provide treatment on a personal and independent basis the Cour de cassation has deduced a number of consequences:

- a medical practitioner is under an obligation to treat his patient himself and, if he cannot do so, to ask for the assistances of colleagues or suitable medical assistants.

- He is vicariously liable for the breaches committed by those who take on non-delegable duties, when this was done without the consent of his patient.
- He cannot invoke the diagnosis of another doctor, not rely on the control performed by a colleague, to escape liability: he must ensure that such control is effective.

B. BREACHES OF MEDICAL SCIENCE

Such breaches deal with the concepts of 'received scientific knowledge' (B. 1) and the duty to perform medical acts precisely (B.2)

B.1 Received scientific knowledge

A doctor is under a duty to provide "**treatment which conforms to the received scientific knowledge**". Some cases referred to 'current scientific knowledge' but the notion of 'received scientific knowledge' from the Mercier case has been approved in the Doctors' Code of Ethics and Dental Surgeons' Code of Ethics. It is the only one confirmed by recent case-law. Such 'received scientific knowledge' is derived from reference books, textbooks, conferences and meetings of recognised authorities. Negative references which identify the useless or dangerous medical acts can also be taken into account. This applies to medical treatment, investigations, tests, post-operative care and follow-up.

B.2 Duty to perform medical acts precisely

The practitioner must also perform technical acts correctly. This duty is not a duty to cure. but a duty to avoid forgetfulness. inattention and clumsiness. Recent cases have confirmed this position. In respect of surgery and dental surgery, the practitioner is under a duty to limit the number of interferences with the patient in order to complete the treatment. Breach does not exist if the practitioner - upon whom also lies the burden of proof- can demonstrate that the damaged part -nerve or artery for instance- presented an anomaly.

11. SPECIFIC ADAPTATIONS

16. Breach will only lead to a **finding** of liability if both damage and causal link are established.

Compensation is available for damages of the following types: physical damage, mental prejudice, material prejudice, financial loss, as well as any loss suffered by third-parties as a result of the physical harm suffered by the main victim. A breach of contract on the part of the doctor entitles third parties, such as relatives, to obtain compensation. An 18 July 2000 case (Bull. civ I n.22 1, JCP 2000. G. II. 10415) stated that *"thirdparties to a contract are entitled to invoke its defective performance when it caused their loss, without having to provide anyfurther evidence."* A 13 February 2000 (Bull. Civ. I n.35) case also stated that the third party could rely on the obligation to guarantee a specific result.

Assessment of damages is similar to that found in personal injury cases. Recovery actions brought by institutions that provide treatment, care and compensation is also similar.

Causal link between breach and loss must be established as in other areas of the law of obligations. As stated in the 20 September 1997 case (Civ. I bull n.259) *"the author of a breach can only befound liable to compensate if his breach has directly contributed to the realisation of the loss for which compensation is sought."*

17. These fundamental principles have been developed in 3 main areas: loss of a chance and the failure to inform a patient (A), treatment provided by a number of practitioners (B) and the limited rise of no-fault liability, which still excludes compensation for medical risks (C).

A. LOSS OF A CHANCE AND THE SPECIFIC CASE OF FAILURE TO INFORM AND ITS CONSEQUENCES

18. What happens when a practitioner has failed to inform his patient fully and therefore did not obtain the patient's informed consent, when the treatment was correctly performed by the practitioner but the treatment caused some loss or damage to the patient? It seems difficult to link a mere failure to inform with the loss caused by a nonnegligent medical act or treatment. There are also issues when the causal link between a nealigent act and a damage is not clearly established, for instance in cases where treatment was provi 'ded late but it cannot be proved that more timely treatment would have cured the patient. The concept of loss of chance created by the *Cour de cessation* deals with this problem and amends the usual causal link theory. The victim does not need to show that the breach caused him to suffer loss or die, but only needs to show that such a breach prevented him from benefiting from a chance of cure, or a chance to avoid certain damages. The causal link is between the damage and the loss of chance. If a chance existed, compensation can occur.

Many cases applied this concept to situations as follows: repeated mistaken diagnosis, negligent delay in prescribing tests. If the damage actually suffered is completely distinct from the loss of chance, or the loss of chance is purely hypothetical, no compensation is

awarded.

When a pregnant woman is negligently not informed that her foetus is severely and incurably afflicted, depriving her of her right to obtain an abortion, the Cour de cassation held that the child has suffered prejudice by the existence of his handicap. Such prejudice is not assessed through the loss of chance mechanism. (Perruche case, *Cour de cassation, Assemblée plénière*, 17 November 2000, bulletin n. 9 and rapport annuel de la CC de 2000, p. 398)

19. Compensation for loss of chance does not cover the totality of the damages suffered. It is only a proportion of the loss suffered. Judges decide on the reduction. It has been said in a case dated 16 July 1998 (Civ. I bull n.260 p. 1 8 1) that "*Compensation for loss of a chance must be assessed according to the lost chance, and cannot be assessed according to the benefit it would have conferred, had this chance materialised itself*"

In practice, judges follow this procedure:

- First they must reason as if the breach had caused the whole damage and must assess its full consequences. They will distinguish between compensation which only goes to the victim and compensation which is directly paid to third parties who have already compensated the victim (local DSS office for instance)
- Secondly they must decide on the part of the damage that is attributable to the loss of chance.

20. Dealing now with damage arising from a failure to inform, the Teyssier case cited above had already decided that all the damages suffered by the patient flowed from the negligent omission. In a 7 February 1990 case (Bull. Cass. Civ I n.39) the *Cour de cassation* relied on the above concept of loss of a chance and stated that a failure to inform deprived the patient from a chance to avoid the risk. There are now a number of options:

- If the judges decide that the patient would have refused the proposed medical intervention, full compensation is awarded.
- If, on the contrary, the patient would have accepted the medical intervention, no compensation is awarded. However compensation for the specific '*prejudice moral*' (injury to feelings) can be awarded.
- If the judges assess that there is a likelihood the patient would have refused the medical act, compensation will be awarded according to that level of likelihood.

2 1. The state of modern medical science is such that a number of medical practitioners can now be expected to attend to a single patient, or even to constitute a medical team, as in surgery.

This situation creates a number of problems when assessing the split of liability after medical negligence has occurred.

Specific case-law dealing with successive and concurrent treatment by various medical practitioners is based on case-law which was referred to earlier.

When a number of health practitioners are involved, a medical practitioner may be of the view that it is necessary for other practitioners to be involved successively, either in order to assist with diagnosis, advise on treatment or carry out further tests and medical acts. Doctors, or more generally health practitioners, treat the patient sequentially, but each of them knows of the others' involvement. The risk is that liability may become diluted as each practitioner is of the view that another practitioner was under a duty to inform the patient, or carry out a specific medical act.

Case-law has firmly criticised this position, particularly in the Toty and Savart cases of 29 May 1984 (Civ I bull n. 1 77 & 178 and *conclusions* Gulphe at the JCP 1984.II.20259) and lays on each doctor a duty to control (supervise? check?) the diagnosis and acts of his colleagues (Civ 1 24 January 1990 bull n. 25).

In cases where various health practitioners all treat the patient at the same time, case-law has found that the 'team leader' is liable for the acts of his team members.

C. THE LIMITED RISE OF NO-FAULT LIABILITY AND THE EXCLUSION OF COMPENSATION FOR MEDICAL RISKS

22. The nature of the duty that lies on the practitioner is in principle only a duty to use skill and care. In some cases though, an obligation to guarantee a specific result is held against the practitioner. The victim needs no longer to prove negligence. He only needs to show that the damage suffered was caused by the practitioner during treatment. Only proof of an external cause, whose burden lies with the practitioner, can exonerate him.

In the Bismuth case of 29 October 1985 (Civ I bull n. 273) it was decided that a dental surgeon was under a duty to provide a defect-free set of dentures. Cases in 15 November 1988, 12 June 1990 and 22 November 1994 went the same way. A 9 November 1999 case summarised the existing case-law by stating: "*the contract between the patient and the doctor places upon the latter, without prejudice to his right to bring contribution proceedings, a duty to guarantee the equipment or materials used for the performance of a medical act or investigation.*" But it is for the patient to show that the equipment criticised - in the instance, an X-Ray table - did indeed cause the damage suffered. The case goes on to state that in so far as the performance of the radiography exam is concerned, the doctor is only under a duty to use skill and care.

One must underline the fact that the ECJ made similar findings in a case dated 10 May 2001 (D. 2001 Jurisprudence, p. 3065 note Kayser) regarding product liability (medical devices).

Finally 3 cases dated 29 June 1999 and called the "*Staph. Aureus cases*" (Civ I bull n. 220 and 222; JCP 99.G.II, 10138; Rapp. Annuel Cour cass 1999, p 396) have provided guidance in the sensitive area of nosocomial infections. It was held that private clinics and doctors were under a duty to provide a safe result and could only exonerate themselves if they could show an external intervening cause.

The duty to guarantee a specific result is therefore limited to 2 main areas: perfect medical devices and perfect asepsia and hygiene.

23. In a case decided on 8 November 2000 (Bull civ I n. 287 Rap. Ann. C. cass 2000 p 384) the Cour de cassation has come down on one side of an argument which had been running for a few years, and decided that compensation for the consequences of medical risk was not within the realm of contractual duties owed by a doctor to a patient. Medical risk is defined as the realisation of a risk inherent to a procedure, which could not be controlled, and without any negligence on the part of the practitioner.

Common law principles of contractual liability with specific adaptations: such are the fundamental aspects of medical negligence in the *Cour de cassation* since the 1936 Mercier case.

It is interesting to note the development of rules out of the Code of ethics of the main 3 medical professions -as defined in the *Code de la sante publique* (Public Health Code) as doctors, dentists and midwives-

A I -I March 1997 case (Civ I bull n.99 Rapp. Ann.C. cass 1997 p 273) states that "*disregard for rules of the Code ethics can be alleged by a party against a doctor in a claim for medical negligence*". In 27 May 1997 it was held that a doctor could be held liable for a breach of rule 40 of the new *Code de deontologie medicale* (Doctors' Code of ethics); namely the duty not to allow a patient to run unjustified risk, even at his/her own request. Other cases have also specifically dealt with the Codes of ethics.

Such a trend is not neutral: relying on breach of rules taken from codes of ethics allows the blurring of differences between tortious and contractual duties. Whether a contract between patient and doctor exists or not, whether treatment was provided in a state hospital or in a private clinic, all practitioners are under the same duties to practise science with conscience. The fundamental unity of medical practice is therefore preserved. This is important: when a patient receives treatment in a private clinic, the contract is between the patient and the clinic, and not between the patient and the employed medical practitioner. The medical practitioner's liability can be liable in tort to the patient though (Civ 1 4 June 1991 bull n. 185). Reliance on codes of ethics also provides more reliable legal certainty. Doctors are able to assess exactly the extent of their duties towards their patients, and patients can also have access to this information knowledge.

Finally it should be noted that the French Parliament is considering a statute whereby compensation for non-negligent medical accidents would be available through a special Fund and would create a mediation system in order to avoid courts.

Angus MOON, barrister

**The use of experts in medical negligence claims
in England and France**

Summary

- Introduction.
- The use of experts in medical negligence actions in England and Wales.
Prior to the introduction of the Civil Procedure Rules 1998.
Post CPR
- The use of experts in medical negligence actions in England and Wales.
- Some points of comparison.

The use of experts in English clinical negligence actions

- I** Until the introduction of the Civil Procedure Rules 1998 which took effect in April 1999, experts were deployed in clinical negligence claims in what might be described as the traditional adversarial fashion - that is each side instructed their own experts both as to liability and as to quantification of the claim, and the judge was in effect asked to choose between the 2.
2. Lord Woolf in his Access to Justice report said that he thought that uncontrolled expert evidence was one of 2 major generators of unnecessary cost in cases in this country, the other being uncontrolled discovery of documents.
3. Lord Woolf thought that a large litigation support industry had grown up amongst professions providing such experts and that this industry had had a damaging effect on litigation (Ch 1 3, paras I and 2).
4. Lord Woolf reconunended that limits be placed on the use of experts and those limits are put in place by the CPR 1998.
5. In particular Rule 35.1 states that expert evidence shall be restricted to that which is reasonably required to resolve the proceedings.
6. In addition by rule 35.4 no party may call an expert without the court's permission.

7. And by rule 35.7 the court may direct that evidence on an issue be given by one expert only.

21

8. Post CPR, in cases where there is a dispute as both breach of duty and causation, the Court of Appeal has stated that to impose of a single expert is often inappropriate.
9. For example, in Oxley -v- Penwarden [200 1] Lloyd's Law Reports: Medical 347, the Court of Appeal allowed an appeal against the judge's decision that the parties would have to agree a joint expert as to causation in a medical negligence claim. Neither party wished to have a joint expert and both parties appealed. The appeal was allowed (per Mantell LJ).
10. Peet -v- Mid Kent Healthcare NHS Trust, "The Times", 19 1h November 2001 was about whether it was appropriate to permit jointly instructed experts as to quantum to attend a conference with the representatives of the Claimant in the absence of the Defendant's representatives. The Court of Appeal (Lord Woolf) said that was inappropriate - joint experts should not go to conferences attended by one party's lawyers only.
11. Lord Woolf also said that he thought that in medical negligence disputes the parties should be required to use joint experts as to quantum in all specialities.
12. This may lead to some very odd results in clinical negligence claims. There is nothing wrong with imposing joint experts as to quantum in many fields, such as in the fields of physiotherapy and speech therapy where the claims are relatively small.
- I But particularly in the field of care claims, the imposition of joint experts may cause real injustice. Care claims for over f I million arise not infrequently and the chasm between the care experts instructed by the parties often appears unbridgeable.
14. In such a situation if the joint expert imposed by the Court is the expert preferred by the Defendant, the Claimant may go under-compensated by as much as E I million.
15. Nor can it really be said that care experts are necessarily reliable experts. In one recent unreported decision of Mr Justice Newman he described the defendant's care expert in that case as having conceived hasty, ill-considered ideas, deployed as a tactic rather than for their substance. (Bums v The Personal Representatives of Derek Wilding deceased (unrep) 13th December, 2001)

The use of experts in medical negligence claims in France

16. What follows is necessarily a simplified and potted version of a complex procedure. In France there is a hierarchical system of courts as in this country.
17. At the first stage are *thejuge de referes*. In cases at this level the Claimant may request that the judge appoint an expert from a list of approved experts. The Claimant may indeed suggest one or 2 names from the list; and the Defendant may do the same. The list of approved experts is publicly available.
18. The judge then appoints an expert (the *expertjudiciaire*) and requests that the expert answer a number of questions relating for example to whether causation is established and what the consequences of the alleged breach of duty are.
19. Thereafter a number of meetings are held between the *expertjudiciaire* and the parties. The parties may use their own experts at these meetings in order to seek to persuade the *expertjudiciaire* of their views.
20. Thereafter further written questions may be directed to the *expertjudiciaire* and he or she then reports to the Court and the report is provided to the parties.
21. If the report is favourable to the Claimant then he or she may seek judgment before a different judge, *thejuge dufond*. *Thejuge dufond* will carry out a close examination of the report of the *expertjudiciaire* and consider the legal principles and if satisfied that judgment should be in the Claimant's favour will pronounce judgment.
22. There is then a right of appeal on both law and fact to the Cour d'Appel. A party unsuccessful in the Cour d'Appel may then have a right of appeal on a point of law to the Cour de Cassation.

Some points of comparison

23. For the purpose of this discussion the important point in relation to the French system is that whilst there may be a court appointed expert, the parties may nonetheless rely upon

their own experts in order to advance their case. In addition, the system relies upon the quality of the *expertsjudiciaire* who are selected from an approved list.

24. Given the potential for at least 3 experts on each substantial issue, the *expert judiciaire* and the parties' experts, there is the potential for proliferation of experts in any given case.
25. However, no doubt many parties do not go to the expense of instructing their own expert but instead are content to rely upon the view taken by the *expertjudiciaire*.
26. *The expertjudiciaire* may therefore be of great value; both in terms of saving the initial cost to the parties of instructing their own expert, but also in providing an independent medical view as to the merits of the claim.
27. The key is the reliability and independence of the *expertjudiciaire* and if there is one thing medical negligence claims in this country might benefit from it is the development of a list of experts sufficiently reliable and independent that the Courts could rely upon their views just as the Courts in France rely upon the *experts judiciaire*.
28. There is in fact already a power under the CPR which would enable the Courts to employ the equivalent to an *expertjudiciaire*. There is power under CPR 35.15 to appoint an assessor to assist the Court.
29. Under the predecessor to this rule in the Rules of the Supreme Court the appointment of an assessor was not uncommon in Admiralty and patent cases, but the commentators to CPR 35.15 in the White Book say that they expect the practice of appointing an assessor to be extended to other cases.
30. One of the main difficulties is the lack of a publicly available list of approved experts - but if such a list were available, it may be that the use of assessors would provide the parties with a relatively inexpensive means of obtaining a speedy and just result.

PLEASE NOTE: the above summary and analysis of French law should not be relied upon, having been gleaned from discussion with others for the purposes of this presentation only.