

Journal de Droit de la Santé et de l'Assurance Maladie

SOMMAIRE

Editorial 3

ANNE LAUDE
DIDIER TABUTEAU

Interview 4

SÉBASTIEN LELOUP

Dossier thématique

La responsabilité médicale : perspectives comparées

Dossier coordonné par
SIMON TAYLOR

Introduction (Français / Anglais) 6

SIMON TAYLOR

La responsabilité médicale en droit allemand 11

JONAS KNETSCH

La responsabilité médicale en droit anglais : entre conservatisme et renouveau 24

SIMON TAYLOR

La responsabilité médicale au Chili : perspectives générales 31

MARÍA AGNES SALAH ABUSLEME

Medical Liability in Spanish Tort Law 38

ALBERT RUDA

Medical Liability Law in Italy 45

NADIA COGGIOLA

La Responsabilité civile médicale au Japon 54

IPPEI OHSAWA

Current Debates on Medical Liability in the Czech Republic 63

PETR ŠUSTEK

Liability for medical injuries in Sweden 72

SABINA HELLBORG

Chroniques

1- Organisation sanitaire, politiques de santé 77

Cadre et office du juge des soins sans consentement :
retour sur 5 ans de jurisprudence 77
MARIE GROSSET

2- Droits des malades et bioéthique 84

Cap vers 2022 : premier acte du plan « Ma Santé 2022 »
Quels bénéfices pour le patient ? 84
OLIVIER SAUMON

3- Établissements de santé et médico-sociaux 88

La démographie médicale en France 88
JEAN MARTIN ANDARELLI

La thanatopraxie à l'hôpital, évolutions récentes 97
MARC DUPONT

4- Produits de santé 101

Patients, laboratoires pharmaceutiques et autorités
de santé : comment la *patient centrality* bouscule
le rôle et la place de chacun 101
MAYLIS GUYOT-SIONNEST & ALBANE DEGRASSAT-THÉAS

5- Assurances des activités de santé 110

Déclaration sincère du risque :
l'obligation de l'assureur de questionner 110
LUC GRYNBAUM

6- Responsabilité et indemnisation 112

Produits de santé défectueux : le spectre de
l'incertitude scientifique 112

Devoir d'information : toujours plus loin 115
MIREILLE BACACHE

La responsabilité médicale : perspectives comparées

La responsabilité médicale au Chili : perspectives générales

María Agnes Salah Abusleme

Departamento de Derecho Privado, Facultad de Derecho,
Universidad de Chile

L'objectif de cet article est d'analyser certains des principaux défis posés par la responsabilité médicale au Chili. Pour cela, il convient de faire référence de manière générale à certains aspects de la physionomie du système de santé de notre pays. En effet, l'un des droits consacrés dans la Constitution Politique est celui de la protection de la santé.¹ Sous la même garantie, l'État a le devoir d'assurer l'exécution des actions liées à la promotion, la protection et le rétablissement de la santé, que ce soit par l'intermédiaire d'institutions publiques ou même privées ayant passé des accords avec l'administration.² D'autre part, du point de vue de l'individu, la Constitution reconnaît le droit de choisir librement le système de santé, qu'il soit public ou privé.³ Cette dualité de prestataires de services de santé met en évidence un des traits caractéristiques de la responsabilité civile en matière médicale : elle peut intervenir aussi bien dans le domaine de la responsabilité civile des particuliers que dans celui qui est aujourd'hui identifié comme relevant de la responsabilité de l'État.⁴ Dans ce dernier cas, une loi récente de 2004 a introduit un chapitre sur la responsabilité des organes de l'administration de l'État en matière de santé.⁵ Ce texte prévoit également des changements importants relatifs

aux prestataires privés. Quant aux prestataires de santé à caractère privé, les règles de responsabilité applicables sont celles du Code civil. Pour compléter ce grand panorama, il faudrait ajouter le point de vue des médecins, qui peuvent exercer librement leurs activités dans les services de santé, qu'ils soient publics ou privés, sans être obligés de rejoindre un ordre professionnel.

Obligations de soins dans la prestation de services médicaux : la convergence des secteurs public et privé

Une fois ces bases ainsi posées, la principale question est celle des différences dans les règles de responsabilité applicables entre les prestations de santé assurées par une institution privée et celles assurées par un service de santé appartenant à l'État. Pour répondre à cette question, la première réflexion porte sur le type de responsabilité à laquelle sont soumis les médecins. Dans le domaine du droit privé, la règle générale est que la responsabilité médicale est placée sous le régime de la responsabilité contractuelle.⁶ Ayant dépassé la discussion sur l'origine des dommages extrapatrimoniaux ou moraux dans le siège contractuel, la doctrine s'est rapidement prononcée en faveur de la responsabilité contractuelle, s'écartant ainsi la responsabilité extracontractuelle.⁷ En tout état de cause, les caractéristiques de la responsabilité des professionnels de la santé diffèrent peu de celle de la responsabilité extracontractuelle. Ceci se déduit à la fois parce que, dans la prestation de services de santé, il n'existe souvent aucun contrat écrit, mais également parce que le contrat ne rend pas compte de chaque prestation médicale reçue par un patient. A cela, il faut ajouter l'absence de réglementation spécifique

* Je remercie le professeur Hugo Cárdenas pour ses commentaires et pour la révision réalisée par l'avocat Judith Streff et le professeur Simon Taylor, qui ont certainement contribué à améliorer ce travail. Ce travail s'encadre dans le « Proyecto Fondecyt Regular N° 1170094 ».

1 - Article 19 N° 9 de la Constitution Politique de la République.

2 - Matières traitées principalement dans la Loi N° 18.469 qui « Réglemente l'exercice du droit constitutionnel à la protection de la santé et crée un régime de prestations de santé », publiée dans le Diario Oficial du 23/11/1985.

3 - Les travailleurs et certains retraités doivent cotiser obligatoirement dans les systèmes de santé, publics ou privés, sans qu'il existe une corrélation nécessaire entre le système de santé auquel ils adhèrent et la nature publique ou privée du prestataire de services de santé.

4 - Il convient de garder à l'esprit que la discussion sur la responsabilité médicale civile tend à s'éloigner du siège pénal tant en raison de diverses formulations théoriques présentes dans les deux formes de responsabilité, que par les restrictions à l'exercice de l'action civile au pénal, E. Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, 2010, 947-950.

5 - Titre III « De la responsabilité en matière sanitaire » de la Loi N° 19.966 qui « Etablit un système de garanties en matière de santé », publiée au Diario Oficial du 3/9/2004.

6 - Barros, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, 657-661; H. Cárdenas Villarreal, « La cobertura dogmática de la recepción jurisprudencial de la distinción obligaciones de medios/obligaciones de resultado », in I. de la Maza (cord.), *Responsabilidad médica, Cuadernos de Análisis Jurídicos, Colección de Derecho Privado VI*, U. Diego Portales, Santiago, 2010, 62-78; C. Pizarro Wilson, *La responsabilidad civil médica*, Thomson Reuters, 2017, 12-16; et A. Vidal Olivares, *Responsabilidad civil médica*, Cuadernos Jurídicos de la Academia Judicial, Der Ediciones, 2018, 5.

7 - Certaines auteurs doctrinaux ont trouvé excessif le caractère contractuel donné aux prestations médicales, préconisant le cumul des responsabilités, comme l'ont fait certains jugements des tribunaux. P. Zelaya Etchegaray, « Responsabilidad civil de hospitales y clínicas (modernas tendencia jurisprudenciales) », 201 *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, 1997, 23-27.

du contrat de service médical.⁸ La règle générale sera alors, comme le souligne Barros, que l'action des médecins sera soumise aux devoirs généraux de soins exigés pour ces professionnels.⁹ Les principales différences entre les deux formes de responsabilité concernent les différences subtiles de délais de prescription des actions dans chaque forme de responsabilité et les règles de solidarité entre responsables.¹⁰ Dans la pratique, les victimes exercent leurs actions en responsabilité contractuelle ou extracontractuelle, sans que les tribunaux ne contestent le statut de responsabilité qu'ils réclament. Un récent arrêt de la Cour suprême a même expressément soutenu que la victime pouvait choisir le statut de responsabilité contractuelle ou extracontractuelle, prenant en considération autant le fait que les obligations médicales n'étaient pas établies de manière précise dans le contrat que le fait que la nature du bien juridique impliqué était la santé des personnes.¹¹

Quant aux services médicaux fournis dans des établissements appartenant au réseau de services de santé publique, la loi de 2004 précitée prévoit une règle spécifique concernant la détermination du régime de responsabilité applicable. Elle indique que « les organes de l'administration de l'État en matière de santé seront responsables des dommages qu'ils causent à des particuliers pour faute de service ».¹² S'agissant de la notion de faute de service, et en l'absence d'un statut organique régissant la responsabilité de l'État au Chili, la doctrine a toujours considéré qu'elle correspond à la notion de responsabilité pour faute, dès lors qu'il s'agit de la réparation d'un dommage dû à l'action coupable des entités de l'administration de l'État dans la prestation de services médicaux.¹³ La loi reconnaît à l'État la possibilité de se retourner contre un fonctionnaire qui a agi avec négligence grave ou de dol dans l'exercice de ses

fonctions, même si de tels recours sont peu fréquents.¹⁴

On observe ainsi une manière similaire de construire la responsabilité dans le domaine médical, qu'il soit public ou privé. Ensuite, quel est le contenu des obligations des prestataires de services médicaux ? Cette question revêt une importance particulière compte tenu, comme on l'a vu plus haut, de l'absence ou du caractère incomplet des contrats relatifs à la santé et de l'absence de réglementation supplétive des contrats conclus dans ce domaine. Dans cette matière, bien que la *lex artis* (les pratiques médicales admises par la communauté scientifique) soit souvent évoquée, le phénomène le plus important est sans doute celui de la réglementation croissante des obligations en matière de prestation de services de santé, conséquence de la promulgation de lois et de règlements administratifs. Il ne fait aucun doute que ce phénomène contribue à définir de manière de plus en plus spécifique les pratiques médicales. Parmi les lois adoptées à cet effet, celle de 2012 est la plus pertinente dans ce domaine, à savoir la loi qui « Réglemente les droits et les devoirs des personnes relatifs aux soins de santé ».¹⁵ Elle consacre de nombreux devoirs des prestataires de services médicaux et d'importants droits pour les patients ainsi que diverses règles liées à l'autonomie des personnes en matière de soins de santé, en particulier en consacrant comme élément clé le consentement éclairé. Elle établit ainsi le droit à un traitement digne, le droit à un accompagnement par les membres de la famille et des proches, le droit à une assistance spirituelle, le droit à une information suffisante, opportune, véridique et compréhensible et le droit à la réserve des informations contenues dans la fiche clinique. Dans le cas des territoires à population significative appartenant à des peuples autochtones, elle donne le droit aux soins reflétant les traditions culturelles. De son côté, en matière administrative, le Ministère de la Santé a édicté de nombreuses réglementations qui influent sur la détermination des normes de diligence en matière médicale. Dans le cadre de ses pouvoirs de réglementation, le Ministère intervient pour déterminer certains standards de diligence dans la prestation de services médicaux. Premièrement, il existe de nombreuses réglementations qui visent à assurer des services médicaux adéquats. Ainsi, des règlements ministériels ont été promulgués concernant

8 - Certains auteurs pensent qu'il faut appliquer les règles établies par le Code civil pour le contrat de mandat (Barros, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, 656-657 et Vidal, *Responsabilidad civil médica*, 5) y compris, par défaut, aux contrats de location de services incorporels, en renvoyant aux articles 2118 et 2012 du Code civil (Barros, loc. cit.). Un autre courant doctrinal en revanche nie cette application, Pizarro, *La responsabilidad civil médica*, 22-25.

9 - Barros, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, 657.

10 - Ainsi, dans le cas de la responsabilité contractuelle, le délai de prescription extinctive des actions est de 5 ans (article 2515 du Code civil) et dans le cas de la responsabilité extracontractuelle il correspond à 4 ans à compter de la perpétration de l'acte (article 2332 du même Code). Un autre élément qui pourrait donner lieu à des différences, cette fois au détriment des victimes de la responsabilité médicale, concerne la solidarité lorsqu'il y a plus d'un responsable, puisqu'en matière contractuelle la règle générale est l'existence d'obligations simplement conjointes alors qu'en matière de responsabilité extracontractuelle, la règle générale est que les obligations sont de nature solidaire (article 2317 du Code civil).

11 - Cour suprême, Rol N° 31.061-14, arrêt du 21/3/2016, considérants 7-9.

12 - Article 38 paragraphe 1° de la Loi N° 19.966.

13 - H. Cárdenas Villarreal & J. Moreno Molinet, *Responsabilidad médica. Estándares jurisprudenciales de falta de servicio*, Abeledo Perrot Thomson Reuters, 2011, 50-81 et J. M. Valdivia Olivares, « La culpa médica en la responsabilidad de los hospitales públicos », 146 *Revista Médica de Chile* 2018, 1028-1029.

14 - Article 38 paragraphe 2° de la Loi N° 19.966. En ce qui concerne cette règle, il a été fait mention de sa faible application (Valdivia, « La culpa médica en la responsabilidad de los hospitales públicos », 1029) ou un regard critique a été porté sur elle (H. Cárdenas Villarreal & J. Moreno Molinet, *Responsabilidad médica. Estándares jurisprudenciales de falta de servicio*, 157-175).

15 - Loi N° 20.584 publiée au Diario Oficial du 24/04/2012. Sur la responsabilité des hôpitaux et des cliniques vis-à-vis de leurs médecins : J. Tocornal Cooper, *La responsabilidad civil de clínicas y hospitales*, Thomson Reuters, 2014, 152-193 et H. Cárdenas Villarreal & J. Moreno Molinet, *Responsabilidad médica. Estándares jurisprudenciales de falta de servicio*, Abeledo Perrot Thomson Reuters, 2011, 157-175 et Pizarro, *La responsabilidad civil médica*, 122-174.

le fonctionnement des hôpitaux et des salles de soins,¹⁶ la prestation de services en cas d'urgence pré-hospitalière,¹⁷ le développement des activités par des auxiliaires médicaux,¹⁸ et en général, le bon fonctionnement de divers aspects liés aux prestations médicales, avec des matières aussi diverses que le transport des patients et la gestion des déchets cliniques.¹⁹ Deuxièmement, le même Ministère a publié de nombreuses recommandations relatives aux soins des patients, en forme de guides de pratiques cliniques. Comme l'indique le Ministère de la Santé, les guides cliniques sont « des documents contenant des recommandations visant à optimiser les soins des patients, élaborés à partir d'un examen systématique des preuves et de l'évaluation des risques et des avantages des options alternatives ». ²⁰ Ces règlements et recommandations divers indiquent ainsi comment les autorités définissent la norme appropriée applicable aux risques médicaux.

Les obligations imposées par la *lex artis* contribuent également à définir les standards de diligence attendus. Ce rôle a été reconnu sans équivoque par la doctrine et la jurisprudence nationales.²¹ En fait, plusieurs des droits des patients consacrés par la loi de 2012 avaient déjà été reconnus par la doctrine et la jurisprudence dans le cadre de la *lex artis*. La détermination de la *lex artis* est laissée aux membres de la science médicale elle-même, et

certainement variera dans le temps en fonction des progrès de la connaissance et de la reconnaissance de l'autonomie des personnes dans les domaines privés de traitement. Toutefois, les auteurs doctrinaux font état de la difficulté majeure à définir devant les tribunaux la norme médicale due tant à l'absence de médecins disposés à témoigner contre leurs collègues,²² qu'à la difficulté que trouve le juge à pondérer les avis contradictoires des spécialistes.²³ Ces difficultés ne sont pas, bien-entendu, spécifiques à ce type de procès en responsabilité.

Compte tenu de la réglementation croissante des normes médicales et des difficultés pour prouver la *lex artis*, il est probable que la définition, au cours d'un procès en responsabilité, des obligations de soin attendus sera de plus en plus fréquemment établie sur la base d'une comparaison avec les normes fixées par la loi ou par l'autorité administrative. Ainsi, la régulation des risques et la définition des standards de soin, aujourd'hui construites prioritairement par le juge, céderont au profit d'une faute de caractère infractionnel, en comparant la norme précédemment réglementée par la loi ou l'autorité administrative avec la conduite des médecins et des fonctionnaires impliqués dans la prestation des services dans le domaine de la santé.

La faute médicale : formes de responsabilité et preuve

Étant donné que la majorité des auteurs doctrinaux considère que les obligations du médecin sont d'origine contractuelle, différentes opinions ont été exprimées quant à la manière de comprendre les règles en cas d'inexécution. La manière d'interpréter les règles aura, sans aucun doute, un impact direct sur la charge de la preuve qui sera finalement imposée aux parties au cours d'un procès en responsabilité médicale. Les débats doctrinaux dans ce domaine sont nombreux, et l'on a pu également constater l'existence de différentes solutions jurisprudentielles. En effet, pour une partie de la doctrine, la preuve de la diligence repose sur l'auteur du dommage. Il en suit que l'absence de faute doit être prouvée par celui qui l'invoque.²⁴ À cet égard, si on considère l'existence du contrat médical, la règle généralement applicable serait la présomption de faute établie comme règle générale en cas de manquement aux obligations contractuelles. En conséquence, le médecin ou le débiteur doit prouver qu'il a agi avec la diligence voulue ou que le dommage a été causé par un aléa thérapeutique. D'autres auteurs, en revanche, en plus de remettre en question le fait que ce soit la règle générale applicable en

16 - Entre autres, le Décret N° 161 du Ministère de la Santé qui « Approuvant le règlement relatif aux hôpitaux et aux cliniques », publié au Diario Oficial du 19/11/1982; le Décret N° 283 du Ministère de la Santé, qui « Approuve le règlement sur les salles de procédures et les pavillons de chirurgie mineure », publié au Diario Oficial du 12/07/1997; le Décret N°140 du Ministère de la Santé qui établit le « Règlement organique des services de santé », publié au Diario Oficial du 21/04/2005; le Décret N° 38 du Ministère de la Santé qui établit le « Règlement organique des établissements de santé de moindre complexité et des établissements d'autogestion en réseau » publié au Diario Oficial du 29/12/2005; et le Décret N°140 du Ministère de la Santé, qui établit le « Règlement organique des services de santé », publié au Diario Oficial du 21/04/2005.

17 - Décision Spéciale N° 338 du Ministère de la Santé, « Norme technique générale du système de soins médicaux d'urgence SAMU », du 2005, disponible sur la page web du Ministère : https://www.minsal.cl/sites/default/files/files/RESOLUCION_338_05%20SAMU.pdf (consultée le 16/4/2019).

18 - Comme les kinésithérapeutes, les auxiliaires médicales et dentaires, et les podologues, règlements disponibles sur la page web du Ministère de la Santé : <https://www.minsal.cl/competencias-habilitantes/> (consultée le 16/4/2019).

19 - Décret N° 6 du Ministère de la Santé, qui approuve le « Règlement relatif à la gestion des déchets dans les établissements de soins de santé (REAS) », publié au Diario Oficial du 4/12/2009; Décret N° 218 du Ministère de la Santé qui « Adopte un règlement sur les services privés de transfert de malades », publié au Diario Oficial du 25/06/1997; et Décret N° 83 du Ministère de la Santé, qui approuve le « Règlement relatif au service de transport aérien des personnes malades ou blessées », publié au Diario Oficial du 19/05/2011.

20 - Il s'agit notamment de celles destinées au diagnostic et au traitement des crises cardiaques, du diabète, des fissures, de l'hémophilie, des hernies, des cancers, en incluant des recommandations différenciées en fonction de facteurs tels que l'âge des patients. Disponible sur la page web du Ministère de la Santé : <https://diprece.minsal.cl/programas-de-salud/guias-clinicas/> (consultez le 16/4/2019).

21 - Barros, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, 672-673; H. Cárdenas Villarreal & J. Moreno Molinet, *Responsabilidad médica. Estándares jurisprudenciales de falta de servicio*, 86; Valdivia, « La culpa médica en la responsabilidad de los hospitales públicos », 1031-1032; Pizarro, *La responsabilidad civil médica*, 34-39; et Vidal, *Responsabilidad civil médica*, 21-25.

22 - Vidal, *Responsabilidad civil médica*, 25-26.

23 - J. Larroucau Torres, « ¿Cómo se prueba la responsabilidad civil médica en la justicia chilena? », *27 Revista de Derecho* 2014, 61-62.

24 - Interprétation à laquelle on arrive principalement à partir des articles 1547 et 1698 du Code civil, qui concernent respectivement l'inexécution fautive des contrats et la charge de la preuve des obligations.

cas de responsabilité contractuelle,²⁵ affirment qu'il en va différemment pour le cas de la responsabilité médicale. En effet, dans ce contexte, et particulièrement dans le cas des obligations découlant du contrat médical, de nombreux avis sont apparus en faveur de l'application de la distinction entre les obligations de moyen et de résultat, ce qui aura une incidence certaine sur la présomption décrite ci-dessus. Ainsi, une partie importante de la doctrine a considéré que dans le cas des prestations médicales pour lesquelles il n'est pas possible d'évaluer leur réalisation par rapport à un résultat attendu comme la guérison du patient, la diligence serait un élément fondamental à analyser et à accréditer au moment de définir l'exécution de l'obligation.²⁶ Lorsqu'il s'agit d'une obligation de moyens il n'y aurait donc pas de présomption de faute. Le demandeur aurait dans ces cas la charge de la preuve de la faute. Malgré le caractère général de cette position doctrinale, et afin de faciliter le travail du patient, il a été proposé que, puisque la preuve de la diligence n'est que le moyen de prouver l'accomplissement des obligations de moyen, la preuve de l'existence du contrat devrait être fournie par le patient, et la preuve de la diligence par le médecin.²⁷ Afin de surmonter les conflits soulevés par cette discussion, il a été proposé de mettre l'accent sur une charge de la preuve partagée, afin que le juge puisse connaître les faits de la cause de manière appropriée.²⁸ Ceci est particulièrement important lorsque les médecins eux-mêmes ont accès aux informations pertinentes concernant les dommages causés.²⁹

Par contre, dans le cas des obligations de résultat, il y aurait un consensus général sur le fait que la responsabilité est présumée une fois que l'inexécution est prouvée, comme le prévoit la règle générale du Code civil.³⁰ Dans ce cas, la qualification d'obligation de résultat prend une importance particulière. La doctrine et la jurisprudence ont fourni diverses applications, comme le cas des infections intra-hospitalières,³¹ l'analyse d'examens,³² et quelques résultats des chirurgies esthétiques.³³

25 - Dans ce sens Cárdenas « La cobertura dogmática de la recepción jurisprudencial de la distinción obligaciones de medios/obligaciones de resultado ». Pour les contrats de prestation de services professionnels, y compris les contrats médicaux, Domínguez Hidalgo, C. « El problema de la culpa presunta contractual y las obligaciones de medio y obligaciones de resultado: sus implicancias para la responsabilidad médica » in I. de la Maza (cord.), *Responsabilidad médica, Cuadernos de Análisis Jurídicos, Colección de Derecho Privado VI*, U. Diego Portales, Santiago, 2010, 39-40.

26 - Outre les auteurs cités dans la note précédente, c'est la position adoptée par C. Pizarro Wilson, « La culpa como elemento constitutivo del incumplimiento en las obligaciones de medio o de diligencia », 31 *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 2008; Valdivia, « La culpa médica en la responsabilidad de los hospitales públicos », 1029 et Vidal, *Responsabilidad civil médica*, 13-18.

27 - Pizarro, *La responsabilidad civil médica*, 17 et 91-95.

28 - Larroucau, « ¿Cómo se prueba la responsabilidad civil médica en la justicia chilena? », 68.

29 - Barros, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, 677.

30 - Barros, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, 661-662; Vidal, *Responsabilidad civil médica*, 15 et Larroucau, « ¿Cómo se prueba la responsabilidad civil médica en la justicia chilena? », 68.

31 - Barros, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, 680 et 692-693.

32 - Vidal, *Responsabilidad civil médica*, 30 et Pizarro, *La responsabilidad civil médica*, 103-105.

33 - Pizarro, *La responsabilidad civil médica*, 101-105 et Vidal, *Responsabilidad civil médica*, 15.

A propos de la causalité : la perte d'une chance

La causalité est une condition essentielle de la responsabilité médicale et la preuve du lien causal est souvent difficile. En effet, en analysant l'exigence de causalité dans la jurisprudence, on observe que l'absence de preuve de cette condition est souvent l'élément qui écarte la responsabilité médicale.³⁴ Il en suit que les présomptions qui pourraient être créées pour établir le lien causal sont particulièrement pertinentes.

L'un des domaines où l'utilisation des présomptions a été fructueuse est dans l'élaboration de la théorie de la perte d'une chance. Sa reconnaissance a permis le versement de dommages-intérêts pour le préjudice extrapatrimonial, lorsque le lien causal entre l'acte médical et le dommage ne peut pas être établi avec certitude. La formulation de cette théorie au niveau national trouve son origine dans la doctrine.³⁵ Cependant, aujourd'hui, on constate une tendance soutenue et croissante de la Cour suprême d'admettre la réparation de la perte de la possibilité d'obtenir un traitement adéquat ou de survivre. Le premier arrêt rendu en la matière est celui de la Cour d'appel de Valparaíso, en 2008, confirmé par la Cour suprême en 2011.³⁶ En l'espèce, il a été jugé qu'une biopsie était déficiente dès lors qu'elle a empêché la patiente, finalement décédée, de bénéficier d'un traitement qui aurait pu être bénéfique. La Cour suprême s'est prononcée sur la manière dont la patiente aurait été privée d'un traitement, générant la perte d'une chance, bien qu'il n'y ait aucune preuve directe que le traitement lui aurait permis de vivre plus longtemps. Il a également été conclu que cela aurait causé un préjudice direct aux proches parents, pour n'avoir pas vu la patiente recevoir un traitement adéquat et pour ne pas la voir en vie plus longtemps.³⁷ La famille proche a ainsi été indemnisée au titre de dommages moraux. L'année suivante, les juges accordent, à nouveau une indemnité, toujours aux proches, pour la perte d'une chance.³⁸ Dans ce dernier arrêt, il est précisé que l'indemnisation doit faire référence à la chance perdue, et non au dommage de la perte de vie. Les demandeurs sont donc indemnisés pour la perte de la chance d'éviter le décès du patient plutôt que pour le décès lui-même.³⁹

Depuis fin 2016, une décision de la Cour suprême fait clairement un pas en avant vers la confirmation d'une indemnité pour la perte d'une chance. En effet, dans une première partie du jugement destinée à situer la discussion

34 - Larroucau Torres, « ¿Cómo se prueba la responsabilidad civil médica en la justicia chilena? », 57-58.

35 - Les travaux les plus complets sur la question sont de I. Ríos Erazo & R. Silva Goñi, *Responsabilidad civil por pérdida de la oportunidad*, Editorial Jurídica de Chile, 2014, 64-66.

36 - Cour d'appel de Valparaíso, Rol N° 776-2008, arrêt du 11/12/2008 (C. 14) et Cour suprême, Rol N° 2.074-2009, arrêt du 20 de enero de 2011.

37 - Dans ce sens, Cour suprême, Rol N° 2.074-2009, arrêt du 20/1/2011, considérants 13 et 14.

38 - Cour suprême, Rol N° 29.365-2014, arrêt du 3/12/2015.

39 - Cour suprême, Rol N° 29.365-2014, arrêt du 3/12/2015, considérant 16. Dans le même sens, Cour suprême, Rol N° 9.481-2016, arrêt du 22/9/2016, considérant 4.

sur la perte d'une chance dans le champ de la causalité, les juges expliquent la différence entre les éléments naturels ou la condition nécessaire, et les éléments objectifs, qui permettent d'imputer normativement un résultat à une action, composante de la causalité.⁴⁰ Cela permet de souligner les difficultés que peut présenter le caractère de certitude en matière de santé, parce que dans de nombreux cas, plutôt que d'une possibilité de survie, il s'agit d'une possibilité de survie en cas de soins appropriés.⁴¹ L'arrêt réaffirme qu'en cas de perte de chance le montant de l'indemnisation est partiel.⁴² Cette décision marque une tendance dans ce que seront les décisions futures de la Cour suprême, parce que ses considérants sont reproduits de manière soutenue et substantiellement similaire dans les arrêts rendus ultérieurement, soit en évoquant l'absence de certitude de survie, de guérison ou d'un traitement adéquat.⁴³

Une question qui ressort clairement de l'analyse de plusieurs de ces affaires est celle des montants accordés au titre de la réparation de la perte d'une chance. Ces montants sont évalués au cas par cas par la Cour suprême. Dans la plupart des cas, il existe une disparité dans les montants alloués pour la perte d'une chance. La difficulté pour définir le montant de l'indemnisation est mise en évidence dans les cas où il existe des votes dissidents des juges de la Cour suprême relatifs aux montants à octroyer.⁴⁴ Les juges font parfois référence aux montants fixés dans les barèmes du pouvoir judiciaire qui n'ont en aucune façon de valeur légale obligatoire.⁴⁵ On ne peut que regarder avec inquiétude le manque de précision des développements jurisprudentiels sur la perte d'une chance en matière d'indemnisation, ce qui, encore une fois, n'est pas exclusif de ce domaine du droit.

Réparation de dommages extrapatrimoniaux

Un premier point à mentionner concerne l'origine de la réparation du dommage moral ou extrapatrimonial dans le domaine de la responsabilité médicale. Cela s'explique par un développement plus général de l'indemnisation du préjudice moral en droit civil, tant en matière contractuelle qu'extracontractuelle. En l'absence d'une règle législative reconnaissant la réparation du dommage moral, la doctrine

et la jurisprudence ont établi le critère de la réparation.⁴⁶ Ceci a abouti ensuite à une disposition législative spécifique reconnaissant une indemnisation à ce titre dans le cas des services publics de santé.⁴⁷ Ce règlement ajoute également deux règles intéressantes. D'une part, il établit des critères permettant la détermination du montant de l'indemnisation, telles que la gravité du dommage, la modification de l'état de la personne affectée, son âge et son état physique. Il exclut ensuite les dommages découlant de « faits ou de circonstances qui n'auraient pas pu être prévus ou évités selon l'état des connaissances scientifiques ou techniques existantes au moment de leur survenance (les dommages) ». ⁴⁸ La disparité des montants des indemnisations pourrait se réduire avec le temps, sans pour autant négliger les particularités des cas.⁴⁹

Le deuxième domaine où l'on peut constater une expansion de la réparation des dommages causés par des prestations médicales fautives est celui de la réparation des dommages subis par les familles. Dans ce cas, les membres de la famille, sur le fondement extracontractuel, invoquent les dommages qu'ils ont subis par ricochet en conséquence du dommage causé à leurs proches. La doctrine en la matière, plus large que la responsabilité médicale, a reconnu l'indemnisation de ce type de préjudice, en cas de décès d'une personne proche et dans les cas où la victime a été gravement blessée.⁵⁰

Résolution des conflits : médiation préalable obligatoire

Depuis 2005, la médiation est devenue une procédure obligatoire, phase préliminaire à l'engagement d'une action en responsabilité pour dommages causés dans un établissement de santé, qu'il soit public ou privé.⁵¹ La médiation est définie par la loi comme « une procédure non contradictoire visant à encourager une solution extrajudiciaire par le biais d'une communication directe entre les parties et avec l'intervention d'un médiateur ». ⁵² En ce qui concerne la procédure elle-même, la loi laisse suffisamment de liberté aux médiateurs pour mener à bien le processus, avec l'obligation de respecter les principes d'égalité, de

46 - Barros, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, 667-668; Pizarro, *La responsabilidad civil médica*, 16-17 et Vidal, *Responsabilidad civil médica*, 75-81.

47 - Article 41 du Loi N° 19.966.

48 - Ibid.

49 - À cet égard, les statistiques non obligatoires peuvent être intéressantes, publiées par le pouvoir judiciaire chilienne, sur le préjudice moral causé par la mort et les blessures résultant d'accidents du travail, disponibles en ligne au : <https://baremo.pjud.cl/BAREMOWEB/> (consultez le 20/4/2019).

50 - Barros, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, 349-353.

51 - La Loi N° 19.966 destinée dans le même Titre III, relative à la responsabilité en matière de santé, tout le paragraphe II à la médiation, celui qui a commencé à régir selon ses règles transitoires, 6 mois après la promulgation de la loi. Pour sa part, le Décret N° 47 du Ministère de la Santé contient le « Règlement sur la médiation en cas de plaintes contre des prestataires de soins de santé publics ou leurs fonctionnaires et prestataires de soins de santé privés », publiée au Diario Oficial du 23/06/2005.

52 - Loi N° 19.966, article 43, paragraphe 3°.

40 - Cour suprême, Rol N° 22.751-2015, arrêt du 25/10/2016, considérant 6.

41 - Idem, considérants 7-9. Dans le cadre de la réflexion, l'arrêt cite de nombreux juristes nationaux et étrangers qui se rapportent à cette question.

42 - Idem, considérants 11 et 12.

43 - Cour suprême, Rol N° 47.936-2016, arrêt du 11/5/2017; Cour suprême, Rol N° 101.769-2016, arrêt du 29/8/2017; Cour suprême, Rol N° 62.104-2016, arrêt du 6/11/2017; Cour suprême, Rol N° 1.745-2017, arrêt du 9/11/2017; Cour suprême, Rol N° 11.526-2017, arrêt du 26/12/2017; Cour suprême, Rol N° 21.599-2017, arrêt du 27/2/2018; et, Cour suprême, Rol N° 30.264-2017, arrêt du 25/2/2018.

44 - Cour suprême, Rol N° 97.628-2016, arrêt du 8/8/2017.

45 - Un exemple d'application de ces barèmes dans arrêt du 11/5/2017, Cour suprême, Rol N° 47.936-2016.

rapidité, de volontariat, de confidentialité et d'impartialité.⁵³ Un accord entre les parties vaut transaction.⁵⁴

Une partie de la doctrine s'est interrogée sur la constitutionnalité de la procédure de médiation en tant qu'étape préalable et obligatoire et d'une potentielle violation du droit à la justice.⁵⁵ Cependant, une telle critique empêcherait *ex ante* toute forme de solution extrajudiciaire des litiges. En outre, au-delà de son efficacité, toutes les procédures civiles prévoient une étape de conciliation obligatoire, bien que non antérieure, qui vise à obtenir l'accord des parties pour la résolution d'un conflit. Deux aspects de cette procédure pourraient être remis en question. En cas de médiation soutenue contre des organismes privés, les parties doivent payer pour moitié les honoraires du médiateur, dont le maximum est fixé par la Surintendance de la santé.⁵⁶ Cela contraste avec la gratuité des tribunaux ordinaires. Dans le cas de médiations contre des établissements de santé publics, même si elles sont gratuites, l'organisme chargé de connaître ces procédures de médiation est le Conseil de défense de l'État. Cette institution est un service public dont l'objectif principal est la défense judiciaire des intérêts de l'État.⁵⁷ Tout en reconnaissant les efforts déployés pour créer une unité spécialisée dans cette entité,⁵⁸ il est impossible de ne pas soulever de doutes quant à l'indépendance réelle et à l'impartialité d'une procédure reposant sur une entité, composée également d'agents publics.⁵⁹ La formulation de la probité requise de ceux qui ont participé au processus de médiation semble illusoire si l'on considère que, dans le cas du Conseil de défense de l'État, les intérêts de ces médiateurs sont, dans une certaine mesure, nécessairement ceux de l'une des parties à la médiation. La même loi qui consacre la médiation met en lumière les difficultés que cela génère. Premièrement, le Conseil de défense de l'État peut désigner comme médiateurs un responsable de son unité

et d'autres agents publics.⁶⁰ Deuxièmement, la loi oblige les Ministères de la santé et des finances à fixer les montants maximums qui peuvent être versés dans le cadre de ces procédures de médiation.⁶¹ Troisièmement, les mesures de médiation prises par le Conseil de défense de l'État doivent être soumises à l'approbation du Conseil de cette entité et même du Ministère des finances lorsqu'elles dépassent certains montants.⁶² Finalement, le Conseil de défense de l'État est l'entité qui doit assurer la défense juridique du service de santé défendeur devant les tribunaux ordinaires si la procédure de médiation ne débouche pas sur un accord. Clairement, ces limites de la loi elle-même mettent en évidence l'impact et l'intérêt que les diverses entités de l'État ont sur les résultats de la médiation menée contre des entités publiques.

Après avoir pris en compte les potentiels problèmes structurels de la procédure de médiation prévue, il est intéressant d'évaluer son fonctionnement pratique en étudiant les statistiques existantes. Ces statistiques tendent à indiquer que les effets de la médiation n'auront pas été aussi favorables qu'on pouvait le penser. Dans le cas des procédures de médiation suivies devant la Surintendance de la santé, le succès de la médiation est de 10 pour cent.⁶³ Ce pourcentage s'élève à environ 16 pour cent dans le cas de médiations menées devant le Conseil de la défense de l'État.⁶⁴ Finalement, il apparaît que, dans la plupart des cas où aucun accord n'a pu être trouvé au sein du Conseil, les demandeurs ont renoncé à poursuivre une action en justice.⁶⁵ Cela ne semble pas très prometteur pour le moment. Quant à la question de l'indemnisation des victimes d'accidents relevant du domaine public, dans plus de 50 pour cent des cas, la réparation des victimes n'a pas abouti à une indemnisation pécuniaire, mais à des prestations d'assistance, des excuses ou des explications sur les événements.⁶⁶ En outre, la loi fixe des délais maximums pour les procédures de médiation à 60 jours, délai bien inférieur à ceux qui sont tenus par la justice ordinaire.⁶⁷ Ces éléments semblent très attrayants

53 - Loi N° 19.966, article 49.

54 - Loi N° 19.966, article 53, paragraphe 1°.

55 - En citant divers travaux doctrinaux qui présenteraient une telle réflexion, D. Parra Sepúlveda, A. Olivares Vanetti & C. Riesco Mendoza, *ibid.* 135-138.

56 - Valeurs disponibles sur le site Web de la Surintendance de la santé : <http://www.supersalud.gob.cl/consultas/667/w3-article-6273.html> (consultez le 9/4/2019). De manière générale, la Surintendance de la santé est chargée d'enregistrer et de contrôler les organismes de santé, conformément à la loi qui crée cette institution, Loi N° 18.933, publiée au Diario Oficial du 9/3/1990. Cette même entité désigne un médiateur en l'absence d'accord entre les parties et est chargée de tenir un registre des médiateurs habilités à conduire ces procédures.

57 - Articles 1° et 2° du D.F.L. N° 1 du Ministère des Finances, publié au Diario Oficial du 7/8/1993, qui « Fixe le texte refondu de la Loi Organique du Conseil de défense de l'État ».

58 - Lagos souligne la création d'une unité de médiation composée d'une équipe de professionnels multidisciplinaires, M. S. Lagos Ochoa, « Impacto de la mediación en la judicialización de conflictos jurídicamente relevantes: un análisis a base de la experiencia chilena de mediación por daños en salud », 18 *Revista de Estudios de la Justicia* 2013, 90.

59 - Des idées similaires dans H. Cárdenas Villarreal & J. Moreno Molinet, *Responsabilidad médica. Estándares jurisprudenciales de falta de servicio*, 23 et D. Parra Sepúlveda, A. Olivares Vanetti & C. Riesco Mendoza, « La mediación en el ámbito de la salud y su rol en la relación sanitaria », 243 *Revista de Derecho* 2018, 130-131.

60 - Article 43 du Loi N° 19.966.

61 - Valeurs déjà fixés par la Résolution N° 142 du Ministère de la Santé, publié au Diario Oficial du 8/4/2005. Cette résolution fixe des montants maximums selon que le concept de paiement est le décès, une grande invalidité, une invalidité totale, partielle ou d'autres dommages.

62 - Article 52 du Loi N° 19.966.

63 - Dans le cas de médiations suivies à travers le Surintendance de la santé, ces statistiques sont disponibles jusqu'en 2015 sur son site web « Statistiques des négociations avec les prestataires privés mars 2005 - juin 2015 », publié le 30 juin 2015, disponible à : <http://www.supersalud.gob.cl/documentacion/666/w3-propertyvalue-3775.html>.

64 - Pour sa part, dans le cas des médiations menées devant le Conseil de défense de l'État, Lagos, médiateur de cette unité, cite une étude réalisée au sein du Bureau du Procureur Général de ce Conseil, pour les années 2005-2011, Lagos, « Impacto de la mediación en la judicialización de conflictos jurídicamente relevantes: un análisis a base de la experiencia chilena de mediación por daños en salud », 92.

65 - Lagos, « Impacto de la mediación en la judicialización de conflictos jurídicamente relevantes: un análisis a base de la experiencia chilena de mediación por daños en salud », 92.

66 - *Ibid.*, 95.

67 - Article 45 du Loi N° 19.966, qui prévoit la possibilité de prolonger le processus de médiation à 120 jours au maximum si les parties en conviennent.

en tant que cheval de bataille pour générer un changement permettant d'intégrer dans la culture juridique ces formes de règlement des différends dans le domaine de la santé.

Réflexions finales

Au cours des dernières décennies, la responsabilité médicale au Chili a évolué dans de nombreux aspects. Bien qu'au début les règles générales de responsabilité s'appliquaient à ce domaine, le législateur a progressivement avancé dans la définition de normes propres à la responsabilité médicale. Par l'adoption de lois spécifiques et de règlements administratifs le législateur a progressivement défini les droits des patients, les devoirs des médecins et des hôpitaux dans lesquels ils travaillent. Même dans le cas de la responsabilité des établissements publics, des critères pertinents ont été élaborés pour la gestion des risques médicaux et l'indemnisation des victimes.

Bien évidemment, des incertitudes persistent dans des domaines clés liés aux éléments de responsabilité civile, tels que la qualification des obligations médicales, la détermination de la faute et la charge de la preuve qui en découle. Cependant, la doctrine et la jurisprudence continuent à progresser nettement dans le développement de nouveaux aspects liés à la responsabilité pour les dommages résultant de l'évolution des activités médicales. Cela est particulièrement évident dans le cas de l'application de la qualification des obligations de moyens et de résultat et de la réparation du préjudice moral, à la fois lorsque ceux-ci sont allégués par les parties et par des tiers, notamment en cas de décès. La précision conceptuelle reste insuffisante pour le moment, en particulier en ce qui concerne la charge de la preuve des risques assumés par les médecins, la preuve de leurs obligations et le montant des réparations.

Enfin, la médiation, mise en œuvre depuis plus de dix ans dans le but de résoudre des litiges avant l'instruction des affaires, paraît-être un mécanisme susceptible à terme de produire de meilleurs résultats. Cela permettra d'obtenir une réparation rapide et complète des victimes, objectif premier de la responsabilité civile.

María Agnes Salah Abusleme