

# QUESTIONS RELATIVES À LA RESPONSABILITÉ MÉDICALE DANS LE CONTEXTE DU COVID-19

Prof. dr. Călina Jugastru  
Université «Lucian Blaga» de Sibiu  
Faculté de Droit

## Abstract

*The Covid-19 pandemic has prompted the adoption of legislation to complement medical and common law. The realities of health care facilities and medical liability issues interfere, so the need arises to define the legal framework for each working hypothesis. In relation to the particularities generated by Covid-19 (procedures, treatment, medical emergencies), the analysis concerns the obligations of medical professionals, the issue of the current level of scientific knowledge and civil liability for malpractice. The situations of exoneration from liability are studied in the context of common law and legislation adopted during the pandemic.*

**Keywords:** *pandemic, Covid-19, medical professional, malpractice, civil liability, disclaimer.*

## I. Considérations préliminaires. Responsabilité médicale - une responsabilité des professionnels

La pandémie de Covid-19 a remis en débat un certain nombre de questions pour lesquelles la doctrine et la jurisprudence avaient esquissé des réponses ou offert des certitudes.<sup>1</sup> Les éléments uniques, en revanche, sont responsables des interrogations, dont la réponse est esquissée en fonction de l'actualité. La double valence du champ médical est immédiatement détectable, par la force des circonstances. D'une part, l'activité médicale est au cœur des débats sur la pandémie. En revanche, l'activité du personnel médical se situe à la confluence de réglementations de natures distinctes. Le droit civil revendique plusieurs segments, dont nous citons, à titre d'exemple: les droits de la personnalité pendant la période Covid-19 (droit à la vie, droit à la santé et à l'intégrité, droit à la vie

---

<sup>1</sup> La déclaration officielle de l'Organisation Mondiale de la Santé définit Covid-19 (*CoronaVirus Disease*) comme une maladie respiratoire infectieuse due au nouveau coronavirus (voir E. Brosset, *Le droit de l'Union européenne des pandémies à l'épreuve de la crise de la Covid-19: entre confinement et déconfinement*, dans la *Revue trimestrielle de droit européen*, n° 3/2020 p.493). La doctrine récente souligne que l'époque moderne et contemporaine «a développé le terme de «distanciation sociale» sous lequel des mesures plus anciennes (quarantaine, isolement des malades, cordon sanitaire) ont été réunies avec des mesures plus récentes (fermeture d'écoles et d'institutions publiques, interdiction d'événements impliquant la présence d'un grand nombre de personnes, la recommandation ou l'imposition du télétravail etc.)»- à cet égard, M. Floare, *Aspects juridiques de la santé publique dans le contexte historique des grandes épidémies*, dans *Studia Universitatis Babeş-Bolyai, Iurisprudentia*, n° 4/2020, p. 291, y-compris le travail indiqué dans la note 10 en bas de page.

privée etc.); responsabilité du personnel médical (aspects relatifs à la réparation des dommages); contrats et force majeure. Le droit de la procédure civile a fait ses preuves en s'adaptant au règlement des différends par des moyens spécifiques et éloignés. Le droit du travail est actuellement très demandé, car la relation légale de travail est sujette aux changements imposés par l'état d'urgence et l'état d'alerte, et les droits fondamentaux<sup>2</sup> interfèrent intensément avec le contexte de la pandémie. Dans le domaine du droit pénal, des crimes spécifiques aux périodes d'épidémie et de pandémie (contrecarrant la lutte contre la maladie) ont été «ressuscités». L'exemplification pourrait se poursuivre et - très probablement, de nouvelles questions problématiques seront apportées par l'après-pandémie.<sup>3</sup> Une multitude de conséquences se profile (déjà) sur le segment de la responsabilité médicale. Ce que nous proposons, c'est d'aborder le régime de responsabilité civile du personnel médical, sous l'angle des particularités générées par Covid-19.

La composition du système juridique roumain offre une image qui se consolide dans une tendance à la hausse, du point de vue du professionnel. D'une part, l'ensemble des normes qui incarnent la loi médicale, a reçu une configuration indépendante, en adoptant la loi n° 95/2006 sur la réforme des soins de santé<sup>4</sup>. C'est dans ce cadre que se forme la responsabilité du personnel médical («personnel médical» désigne le médecin, le dentiste, le pharmacien, l'infirmière et la sage-femme qui fournissent des services médicaux - art. 653 ligne 1 lettre a de la loi n° 95/2006). Outre la loi-cadre et le Code d'éthique médicale<sup>5</sup>, plusieurs autres actes normatifs, attribués à certains segments, complètent la *législation médicale* (par exemple, la loi n° 46/2003 relative aux droits des patients). En revanche, *les règles du droit commun viennent compléter le règlement*. Par exemple, les dommages causés par la violation du droit à la santé, du droit à l'intégrité ou du droit à l'image (dommages consécutifs à une faute professionnelle médicale) sont réglementés par

<sup>2</sup> K. Bennoune, «*Lest we Should Sleep*»: COVID-19 and Human Rights, dans *The American Journal of International Law*, n° 4/2020, p. 666-676; W. Gilles, *Droits fondamentaux et urgence à l'ère du numérique et des gouvernements ouverts*, dans *Revue Juridique de la Sorbonne*, no 2/2020, p. 149-160; S. Pretot, *La personne en période de pandémie: une nouvelle hiérarchie des valeurs? La crise sanitaire et le droit de l'urgence en droit des personnes et de la famille*, brève communication orale du 26 juin 2020, dans *Revue Juridique de la Sorbonne*, no. 2/2020, p. 171-177.

<sup>3</sup> En ce qui concerne les restrictions imposées par les États de l'Union Européenne, voir également, Emanuel Tăvală, *Cultura juridică, libertatea persoanei și constrângerea în vreme de pandemie*, dans *Acta Universitatis Lucian Blaga, Seria Iurisprudentia*, no. 1/2020, p. 48-60

<sup>4</sup> Le rôle d'unification des normes juridiques en matière médicale a été atteint. Loi n° 95/2006 (republiée au Journal officiel n° 652/6.04.2017) rassemblait, sous une forme actualisée, les dispositions juridiques contenues dans divers actes normatifs. Fondamentalement, seul le Code d'éthique et la loi n° 46/2003 concernant les droits du patient sont restés séparés, tous les autres problèmes se trouvant actuellement, dans la loi n° 95/2006 (l'organisation du système de santé, médecin de famille, le prélèvement et transplantation d'organes, l'assurance sociale maladie, l'exercice de la profession de médecin, la responsabilité civile du personnel médical).

<sup>5</sup> Le code de déontologie médicale du Collège roumain des médecins a été publié au Journal officiel n° 981/7.12.2016.

le Code civil. La relation est espèce-genre (droit médical-droit civil)<sup>6</sup> et, en parallèle, les dispositions du droit pénal, du droit du travail etc. sont applicables, selon le cas (par exemple, l'acte illicite qui répond aux caractéristiques la faute professionnelle et les éléments constitutifs du crime relèvent du droit pénal).

Le droit médical<sup>7</sup> se consolide et le contexte pandémique semble avoir contribué à la multiplication des actes normatifs intégrés dans l'organe «spécialisé» (législation médicale). Nous avons à l'esprit les actes normatifs qui régissent les protocoles de traitement pour le traitement du Covid-19 (par exemple, Loi n° 136/2020 relative à la mise en place de mesures dans le domaine de la santé publique en situation de risque épidémiologique et biologique; Arrêté du Ministre de la Santé n° 2054/2020 portant modification de l'Annexe à l'Arrêté du Ministre de la Santé n° 487/2020 portant approbation du protocole de traitement de l'infection par le virus SRAS-CoV-2 et Arrêté du Ministre de la Santé n° 555/2020 sur l'approbation du Plan de mesures pour la préparation des hôpitaux dans le cadre de l'épidémie de coronavirus COVID-19, la Liste des hôpitaux fournissant des soins médicaux aux patients testés positifs pour le virus SARS-CoV-2 en phase I et phase II et la Liste avec les hôpitaux de soutien pour les patients testés positifs ou suspectés du virus SARS-CoV-2.

Les mesures liées à la santé se retrouvent également dans des actes normatifs généraux, adressés au contexte pandémique. Loi n° 55 du 15 mai 2020 sur certaines mesures de prévention et de lutte contre les effets de la pandémie COVID-19 (art. 10-15) contient des mesures destinées à protéger la santé publique<sup>8</sup>.

## II. Hypothèses de travail dans le Covid-19

La réalité de la pandémie a été tristement décrite dans les journaux de l'époque. Vérité et panique, interrogations et (parfois) manque de solutions, solutions différées, brossent le tableau du Commencement. Nous sommes tous passés par là, et la tempête d'événements a amené les professionnels de la santé sur le front du travail - parfois parsemé de vulnérabilités. La prémisse de la discussion est une situation qui pourrait être considérée comme «anodine» pour la période

---

<sup>6</sup> Par rapport à ces aspects, voir, F.I. Mangu, *Despre răspunderea civilă a personalului medical și a furnizorului de produse și servicii medicale, sanitare și farmaceutice*, dans *Pandectele Române*, n° 10/2008, p. 53.

<sup>7</sup> La doctrine française souligne que la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle du médecin tendent à devenir des aspects du droit médical, ce qui, à son tour, est considéré comme faisant partie du droit de la santé (Ph. Le Tourneau (sous la direction de), *Droit de la responsabilité et des contrats - Régimes d'indemnisation 2021-2022*, Dalloz, Paris, 2020, p. 2617).

<sup>8</sup> Loi n° 136/2020 a été publiée au Journal Officiel n°884/28.09.2020. Arrêté du ministre de la sante n° 2.054/2020 a été publié au Journal Officiel n° 1167/3.12.2020. Arrêté du Ministre de la Santé n° 555/2020 a été publié au Journal officiel n° 290/7.04.2020 et loi n° 55/2020 a été publiée au Journal officiel n° 396 du 15.05. 2020.

Covid-19, étant donné que les établissements sanitaires ont été confrontés et, certaines se confrontent à l'heure actuelle aussi, avec l'insuffisance de personnel médical spécialisé. Il s'agit de la situation dans laquelle l'acte thérapeutique est réalisé par un médecin d'une autre spécialité que les spécialités correspondant à cette maladie respiratoire infectieuse. On sait qu'en Roumanie, les conséquences de la pandémie ont dépassé les possibilités offertes aux unités médicales. Habituellement, sur la base du détachement, des médecins d'autres spécialités ont pris en charge les patients, dans le domaine du triage des patients<sup>9</sup>, du diagnostic et du traitement.

### 1. «Compétences» et «spécialités médicales»

Selon l'art. 642 par. 4 de la loi n° 95/2006 «Le personnel médical est civilement responsable des dommages causés dans l'exercice de la profession et lorsqu'ils dépassent les limites de sa compétence, sauf en cas d'urgence où le personnel médical ayant les *compétences nécessaires* n'est pas disponible (notre emphase)». Selon l'art. 643 par. 2 lettre. b de la même loi, le médecin ne répond pas lorsqu'il agit de bonne foi dans des situations d'urgence, dans le respect de la *compétence accordée*.

Arrêté du Ministre de la Santé n° 482/2007<sup>10</sup> détaille ces dispositions, dans le cadre des Normes méthodologiques pour l'application du titre XV «Responsabilité civile du personnel médical et du fournisseur de produits et services médicaux, sanitaires et pharmaceutiques» de la Loi n° 95/2006 sur la réforme des soins de santé. Ainsi, «L'erreur professionnelle commise dans l'exercice de l'acte médical ou médico-pharmaceutique, qui a causé des dommages au patient, engage la responsabilité civile du personnel médical et/ou du fournisseur de produits et services médicaux, sanitaires et pharmaceutiques» (art. 1); le personnel médical est civilement responsable des dommages produits dans l'exercice de la profession et lorsqu'il excède ses compétences, sauf dans les cas d'urgence où le personnel médical ayant les *compétences nécessaires* n'est pas disponible - notre emphase (art. 2 par. 1).

Le terme qui apparaît, répétitif et auquel se réfèrent à la fois les cas dans lesquels la responsabilité civile est engagée et l'exonération de responsabilité, est «compétence». Nous n'avons pas de qualification juridique de la notion de «*compétence*», nous nous tournons donc vers les explications du dictionnaire et de la doctrine. Le vocabulaire commun désigne la «*compétence*» comme la capacité

---

<sup>9</sup> Concernant les possibles aspects de responsabilité civile dans le contexte du triage des patients Covid-19, en vue d'utiliser les ventilateurs, voir, G. Cohen, A.M. Crespo, D.B. White, *Potential Legal Liability for Withdrawing or Withholding Ventilators During COVID-19 Assessing the Risks and Identifying Needed Reforms*, dans *JAMA*, n° 19/2020, p. 190.

<sup>10</sup> Arrêté du ministre de la sante n° 482/2007 a été publié dans le Journal Officiel n° 237/5.04.2007.

d'une personne «de se prononcer sur une chose, sur la base d'une connaissance approfondie de la question respective» ou «la capacité d'une autorité, d'un fonctionnaire etc. exercer certains pouvoirs». Au contraire, «*décliner compétence*» signifie «se déclarer sans autorité (légale) ou sans la formation nécessaire pour juger une affaire ou statuer sur une question». <sup>11</sup>.

Proche du sens habituel du terme, les textes de la loi n° 95/2006 font référence aux compétences professionnelles circonscrites à la spécialité médicale dans laquelle opère le médecin. En d'autres termes, chaque médecin réalisera des actes thérapeutiques liés à la spécialité médicale pour laquelle il a une certification. En ce sens, le Code de déontologie médicale consacre le principe de la spécialisation professionnelle: «Sauf en cas d'urgence vitale, *le médecin agit selon la spécialité, les compétences et la pratique qu'il a* (notre emphase)». La recherche des compétences professionnelles du personnel médical conduit, implicitement, à l'identification de sa spécialité. La compétence fait référence à l'habilitation conférée par la loi, d'avoir un certain comportement, d'accomplir certains actes thérapeutiques. Au sens large, sous le dôme des spécialités médicales sont inclus le groupe des spécialités cliniques, le groupe des spécialités chirurgicales et le groupe des spécialités paracliniques. Si la division est pertinente dans l'organisation du système médical, la situation est différente du point de vue de la responsabilité médicale. Avoir la compétence nécessaire pour accomplir l'acte thérapeutique signifie être autorisé, conformément à la loi, pour la spécialité respective dans le domaine médical; l'entraînement de la responsabilité médicale ne fait pas de distinction entre les spécialités.

La «*compétence nécessaire*» (art. 642, paragraphe 4) est l'expression de la stricte corrélation entre compétence et spécialité. Le sens du texte fait référence à la situation (possible en pratique, courante dans la pandémie de Covid-19) dans laquelle, le personnel médical ayant les compétences nécessaires - pour une spécialité particulière, n'étant pas disponible, il est permis que, dans certains cas, les actes thérapeutiques sont effectués par des médecins d'autres spécialités. Par exemple, en l'absence des personnes qui ont les *compétences nécessaires*, les médecins qui ont d'autres compétences que celle demandée par rapport au patient entreront dans la zone d'urgence. Covid-19<sup>12</sup>.

Nous abordons certaines situations que l'on retrouve dans la pratique médicale en Roumanie. *La première situation* concerne le professionnel qui soigne les patients Covid-19, agissant au sein de la spécialité. Il possède les connaissances,

---

<sup>11</sup> Voir *Dicționarul explicativ al limbii române*, Editions Univers Enciclopedic, Bucarest, 1998.

<sup>12</sup> «Le malade» est la personne souffrant d'une maladie infectieuse-contagieuse présentant des signes et symptômes évocateurs spécifiques à la définition de cas ou la personne porteuse d'un agent hautement pathogène même si elle ne présente pas de signes et symptômes évocateurs d'un examen médical clinique objectif, mais présente un risque épidémiologique biologique» (art. 3 lettre t de la loi n° 136/2020).

les compétences - la science nécessaire pour exercer ses droits et remplir l'ensemble des obligations établies par la législation médicale. En d'autres termes, le médecin est dans le domaine de compétence nécessaire pour réaliser les actes thérapeutiques. *La seconde situation* concerne le médecin qui dépasse le cadre de la spécialité - soit en l'absence de détachement, soit sur la base de la compétence accordée (par détachement).

Pendant la pandémie, le détachement est intégré à des mesures exceptionnelles ordonnées dans l'intérêt public (défense de la santé publique) et repose sur l'état d'urgence ou d'alerte. Le détachement est fait pour soutenir le traitement des patients Covid-19 et, s'il implique un changement du type de travail, trace l'obligation du médecin d'accomplir des actes médicaux dépassant la spécialité pour laquelle il détient les certifications (par exemple, l'orthopédiste qui effectue les thérapies que l'on trouve naturellement dans le domaine de la maladie infectieuse).

### III. Professionnel travaillant dans sa spécialité («compétence requise»)

#### 1. Engagement de la responsabilité civile pour le malpraxis

Le premier niveau est celui de la compétence conférée par la certification détenue par le médecin, pour une certaine spécialité. Dans cette hypothèse, le médecin accomplit l'acte thérapeutique dans sa spécialité et opère la présomption d'avoir les connaissances, les compétences techniques. La responsabilité découle du fait que, bien que le cas médical soit basé sur la spécialité du médecin, celui-ci agit avec négligence ou imprudence. Par conséquent, nous serions dans la situation où le personnel médical détient les certifications de la spécialité, opère la présomption qu'il maîtrise l'ensemble des connaissances/compétences pour accomplir l'acte thérapeutique et, cependant, il «fait une erreur» - génère une faute professionnelle. Il est à noter que le «degré» de spécialisation est un critère pour évaluer un comportement prudent et diligent.<sup>13</sup>

Le fondement de la responsabilité est assuré par les dispositions suivantes: «Le personnel médical est civilement responsable des dommages causés par erreur, qui comprennent également la négligence, l'imprudence ou l'insuffisance des connaissances médicales dans l'exercice de la profession, par des actes individuels dans les procédures de prévention, de diagnostic ou de traitement. Le personnel médical est également civilement responsable des dommages résultant du non-respect des dispositions du présent titre concernant la confidentialité, le consentement informé et l'obligation d'accorder l'assistance médicale (art. 642 al. 2-3 de la loi 95/2006); «Le personnel médical est directement responsable dans la situation où l'existence d'un cas de faute professionnelle a été établie» (art. 5, paragraphe 1, OMS n° 482/2007).

---

<sup>13</sup> P. Deslauriers, S.-E. Chebin, *Perspectives québécoises sur la responsabilité médicale*, dans *Revue du notariat*, n° 2/1999.

La faute professionnelle suit le régime classique de responsabilité médicale. Le personnel médical est responsable, à condition que les quatre conditions générales soient remplies: l'acte illicite, le préjudice, la causalité et la culpabilité (responsabilité subjective). Le cas échéant, la responsabilité du service de santé publique ou privée sera (également) engagée (responsabilité de type préposé, qui implique la preuve des conditions générales, moins la preuve de la culpabilité du préposé et des conditions particulières). Le malpraxis est *l'erreur professionnelle commise dans l'exercice de l'acte médical ou médico-pharmaceutique, générant des dommages pour le patient, engageant la responsabilité civile du personnel médical et du fournisseur de produits et services médicaux, sanitaires et pharmaceutiques* (art. 642 alin. 1 lettre b). L'erreur médicale fait partie de ce que la littérature de spécialité appelle des «événements défavorables» pour le patient. De tels événements sont consécutifs à des procédures, des actes de diagnostic, des actes de traitement, de prévention ou de réhabilitation. L'événement défavorable aurait pu être évité, dans la mesure où l'on pouvait estimer qu'il ne se serait pas produit si les soins avaient été conformes aux soins jugés satisfaisants au moment de leur survenue<sup>14</sup>. Les soins médicaux doivent être conformes aux normes en la matière. Suite à l'erreur professionnelle, la victime peut tenter une action civile<sup>15</sup> en réparation du préjudice matériel et/ou moral<sup>16</sup>.

## 2. Obligations des médecins par rapport à Covid-19

La fourniture de soins médicaux implique un ensemble d'actes médicaux et leurs obligations associées. La responsabilité civile peut intervenir à tous les niveaux, du diagnostic/triage aux soins médicaux proprement dits (traitement de la maladie Covid-19). En même temps, le médecin est responsable de la violation des dispositions légales concernant la confidentialité (secret professionnel), le consentement et le caractère obligatoire des soins médicaux.

---

<sup>14</sup> F. Latil, *Place de l'erreur médicale dans le système de soins*, dans *Acta Endoscopica*, n° 4/2007, p. 510.

<sup>15</sup> La doctrine stipule que «l'action civile doit être considérée comme une institution centrale autour de laquelle s'articule toute l'activité procédurale du tribunal et des parties». [voir, I. Leș, D. Ghiță (coordonnateurs), *Tratat de drept procesual civil. Vol. I. Principii si instituții generale. Judecata în fața primei instanțe*, 2<sup>e</sup> édition, Editions Universul Juridic, Bucarest, 2020, p. 150]. En ce qui concerne l'action civile en dommages-intérêts et faute professionnelle, en tant que condition essentielle de l'engagement de la responsabilité civile, voir, L.R. Boilă, *Malpraxis. Propuneri legislative privind despăgubirea victimelor accidentelor medicale*, dans *Revista Română de Drept Privat*, n° 5/2012, p. 38-41; La Haute Cour de Cassation et de Justice, 1<sup>e</sup> Section Civile, décision n° 975/202.03.2018, dans *Săptămâna Juridică*, n° 41/2018, p. 8-9; idem, 1<sup>e</sup> Section Civile, décision n° 578/19.02.2014, dans *Săptămâna Juridică*, n° 23/2014, p. 8. La procédure d'établissement des cas de responsabilité civile professionnelle doit être différenciée de la procédure d'établissement de la responsabilité disciplinaire du médecin, conformément à la loi n° 95/2006. (en ce sens, I. Vida-Simiti, *Procedura de stabilire a cazurilor de răspundere civilă profesională a medicului reglementată de Legea nr. 95/2006*, dans *Studia Universitatis Babeș-Bolyai, Iurisprudentia*, n° 1/2010, p. 100).

<sup>16</sup> Concernant les principes et les moyens de réparation des dommages moraux, voir, L. Pop, *Tratat de drept civil. Obligațiile, Volumul III, Raporturile obligaționale extracontractuale*, Editions Universul Juridic, Bucarest, 2020, p. 502-506.

Le personnel médical est tenu de fournir des soins médicaux à partir du moment où le patient est accepté. La loi établit l'**obligation de fournir l'assistance médicale**, si les exigences expressément énoncées sont remplies de manière cumulative. Le refus de donner des soins est une situation exceptionnelle et est strictement réglementé. Le contexte pandémique nécessite notamment l'obligation de diagnostiquer et l'obligation de fournir des soins médicaux. L'obligation de fournir des soins médicaux est expressément réglementée: «Le médecin, le dentiste, l'infirmière/sage-femme n'ont l'obligation de fournir des soins médicaux/des soins de santé à une personne que s'ils l'ont préalablement acceptée comme patient, les critères d'acceptation étant établis par les normes méthodologiques pour l'application de ce droit.» (art. 652 alin. 1 de la Loi n° 95/2006).

L'obligation de fournir des soins médicaux se greffe soit sur consentement (consentement du médecin, consentement du patient), soit sur urgence médicale (état de nécessité). Le moment de l'acceptation du patient est le point de départ de la responsabilité du personnel médical. Les critères d'acceptation d'une personne comme patient couvrent plusieurs éléments. Premièrement, l'acte médical auquel l'intéressé doit être soumis fait partie de la spécialité ou de la compétence du médecin. Ensuite, la demande écrite de la personne concernée est requise (sauf lorsque la personne concernée est sans discernement ou en situation d'urgence médico-chirurgicale) et l'appréciation du médecin qu'en fournissant une assistance médicale, il n'y a pas de risque évident d'aggravation de l'état de la personne à qui l'assistance médicale est accordée (l'évaluation est faite selon un critère subjectif et ne peut constituer une circonstance aggravante pour établir le cas de faute professionnelle).

En ce qui concerne l'obligation de soins (et l'obligation de fournir des soins médicaux), deux mentions s'imposent. Une fois que le médecin a accepté le patient, *l'arrêt des soins n'est généralement plus possible*. Les exceptions sont strictement prévues et limitées aux situations limites, qui font qu'il est impossible pour les deux partenaires de la relation médecin-patient de «coexister» - mais qui ne mettent pas en danger la vie ou la santé du patient. Le médecin peut interrompre les soins: avec la guérison de la maladie ou lorsque le patient est envoyé chez un autre médecin, en fournissant toutes les données médicales obtenues, qui justifient l'assistance d'un autre médecin aux compétences accrues ou si le patient montre une attitude hostile et/ou irrévérencieuse envers le médecin. Dans cette dernière situation, le patient sera averti par le médecin, au moins 5 jours à l'avance, pour lui donner la possibilité de recourir à une alternative (le retrait n'est pas possible s'il mettrait en danger la santé du patient<sup>17</sup>) - art. 653 de la Loi, art. 11 de l'OMS n°

---

<sup>17</sup> Dans la notification, le médecin doit motiver le refus, afin qu'il ne soit pas arbitraire. La notification est faite en double exemplaire, l'un étant adressé au patient au moins 5 jours avant la fin

482/2007). Ensuite, *la possibilité de refuser des soins* est soigneusement réglementée, en relation avec la discrimination et l'urgence médicale. L'assistance médicale ne peut être refusée sur la base de critères ethniques, religieux et orientation sexuelle» ou d'autres critères de ce type, qui relèvent de la discrimination:<sup>18</sup>. Ensuite, les soins médicaux ne peuvent être refusés lorsque le patient se trouve dans une situation d'urgence, au sens où l'absence de soins médicaux créerait un état de danger, grave et irréversible, pour sa santé ou sa vie.

### **Obligation de fournir des soins médicaux**

Les soins médicaux fournis aux patients atteints de Covid-19 interviennent au milieu d'une pandémie «pionnière», étant donnée la nouveauté absolue de la cause de la maladie. L'agent pathogène (le virus SARS-CoV-2) est pour la première fois à l'attention des spécialistes - ce qui affecte le niveau actuel des connaissances scientifiques (symptômes, évolution, schémas thérapeutiques). Les certitudes sont (presque) impossibles, à l'heure actuelle, dans l'individualisation du traitement et de la prévisibilité de la maladie, par rapport à chaque patient. Le texte définissant la définition de l'erreur professionnelle est le suivant: «Le personnel médical est civilement responsable des dommages causés par une erreur, qui comprennent également *la négligence, l'imprudence ou l'insuffisance des connaissances médicales* (notre emphase) dans l'exercice de la profession, par des actes individuels dans les procédures de prévention, de diagnostic ou de traitement.» (art. 642 alin. 2 de la Loi n° 95/2006)<sup>19</sup>.

**Quelle est la signification de l'expression «connaissances médicales insuffisantes» dans Covid-19?** Quels sont les points de référence pour évaluer le niveau de connaissances - ceci étant le point de départ du diagnostic et du traitement. En principe, la prestation de soins médicaux doit correspondre aux normes scientifiques reconnues dans cette spécialité et, bien entendu, être conforme au niveau des connaissances scientifiques au moment où les soins sont fournis. D'une part, les dispositions légales réclament *l'obligation d'appliquer les normes thérapeutiques*, telles qu'elles sont établies par des guides de pratique dans la

---

de la relation, et l'autre copie restera chez le médecin. La notification précisera que la résiliation de la relation au moment de la notification ne met pas en danger la vie du patient (art. 11 alinéa 3 de l'ordonnance).

<sup>18</sup> La pratique révèle des situations dans lesquelles le refus de recevoir des soins médicaux vient du patient. Le refus de transfuser du sang sur la base du culte des Témoins de Jéhovah est susceptible de soulever des préoccupations éthiques pour le médecin qui estime que l'acte de transfusion conditionne la survie. Pour des explications à base d'espèces, voir, M.C. Dobrilă, *Medicina fără transfuzii de sânge pentru membrii organizației religioase Martorii lui Iehova. Limite și limitări. Discuții privind cazurile de malpraxis medical*, dans *Analele Științifice ale Universității «Al.I. Cuza» Iași, Științe Juridice*, n° II/2016, p. 317-344.

<sup>19</sup> Voir A.-R. Bulcu, *Răspunderea pentru malpraxis în contextul noului Cod civil*, dans la revue *Universul Juridic*, n° 7/2016, p. 34.

spécialité respective, approuvés au niveau national. En l'absence de matériel de type «guide de pratique», les normes reconnues par la communauté médicale de la spécialité concernée seront appliquées (art. 655 alinéa 1 de la Loi n° 95/2006).

Le traitement du Covid-19 est réglementé dans notre pays par des actes normatifs (arrêtés du ministre de la Santé, qui contiennent des annexes pour les procédures et les traitements). Jusqu'à présent, les arrêtés ministériels se sont succédés, et ce qui diffère, c'est l'annexe avec les procédures et le traitement du Covid-19. Nous n'entrons pas dans le domaine de la thérapie médicale, car c'est un domaine réservé par excellence aux médecins spécialistes. Nous ne considérerons que la dynamique des traitements et des procédures - pour illustrer l'évolution rapide du niveau d'expertise et, implicitement, le contenu de l'obligation de fournir des soins médicaux, d'une période à l'autre. En gros, au cours d'une année, il y a eu trois changements dans les schémas de traitement, de sorte que les hypothèses de faute professionnelle doivent être signalées au protocole en vigueur à ce moment-là.

Compte tenu du fait que des médecins sans spécialisation ont parfois pu dispenser des soins aux patients Covid-19, nous pourrions distinguer deux hypothèses, toutes deux rencontrées en pratique. La première situation est celle où le médecin traitant le Covid-19 fournit des soins, et la responsabilité civile se greffe sur ses connaissances insuffisantes. Dans ce cas, bien que le médecin agisse au sein de la spécialité, il prouve la formation professionnelle défectueuse. Ce qui peut être blâmé, c'est que le médecin n'a pas mis à jour le niveau de connaissances médicales - un impératif clair du contexte pandémique (par exemple, le personnel médical n'a pas connaissance du protocole de traitement applicable dans l'unité de santé dont l'employé est révisé et certains antibiotiques sont interdits). La deuxième situation concerne le médecin qui agit en dehors des compétences de sa spécialité et fournit des soins aux patients Covid-19. Naturellement, les connaissances qu'il doit posséder sont celles de sa spécialité. Dans le cas contraire, la conduite du médecin sera soumise aux dispositions relatives au dépassement des compétences. Dans cette section, nous n'abordons pas la question de la responsabilité, mais le contenu de l'obligation de fournir des soins médicaux dans Covid-19.

La Commission des maladies infectieuses du Ministère de la Santé a élaboré le protocole de traitement de l'infection par le virus SARS-CoV-2, en utilisant les dossiers médicaux internationaux. Par conséquent, les normes thérapeutiques ont été initialement approuvées par l'OMS n° 487/14.03.2020<sup>20</sup> et ont respecté le niveau

---

<sup>20</sup> OMS n° 2.054/2020 relatif à la modification de l'annexe a l'Ordre du ministre de la sante n° 487/2020 pour approuver le protocole de traitement de l'infection avec le virus SARS-CoV-2 a été publié dans le Journal Officiel n° 1167 du 3.12.2020. Le soutien direct de la Commission scientifique COVID-19 du ministère roumain de la Santé a été utilisé pour développer le nouveau protocole de traitement. Le protocole aborde le cas général des patients atteints de COVID-19, sans détailler les situations particulières. Dans l'élaboration de ce protocole ont été analysés les dispositions des

de connaissances médicales en mars 2020 (immédiatement après la déclaration de pandémie). L'arrêté mentionne que «les services spécialisés du ministère de la Santé, les établissements sanitaires publics et privés, ainsi que le personnel médical intervenant dans la fourniture de services médicaux dans les spécialités concernées exécuteront les dispositions du présent arrêté» (art. 2).

Des études mondiales, des recherches en laboratoire, des statistiques basées sur les informations fournies par les établissements de santé ont conduit à des changements dans les soins médicaux nécessaires. Un nouveau protocole de traitement a été développé et publié en décembre 2020 - de sorte que les normes thérapeutiques renvoient actuellement aux nouvelles dispositions légales. (OMS n° 2.054/3.12.2020). Nous présentons quelques aspects du *protocole de traitement révisé*, édifiant pour comprendre la dynamique extrêmement rapide du niveau de connaissances médicales dans le domaine de Covid-19. Comme le montre le préambule de l'acte normatif publié en décembre 2020, les facteurs qui ont conduit au changement de traitement sont l'augmentation du nombre de cas de COVID-19 en Roumanie, y compris les formes sévères de maladie et l'accumulation de nouvelles données cliniques. La principale nouveauté est le changement de traitement, dans le sens d'éliminer certains antibiotiques (qui étaient auparavant recommandés et administrés entre mars et décembre 2020) et de ne recommander l'utilisation de certains médicaments que pour certaines formes d'infection. Ainsi, il est à noter qu'à ce jour, il existe des données contradictoires sur l'efficacité clinique de l'hydroxychloroquine. En Roumanie, «l'hydroxychloroquine a été largement utilisée à des fins thérapeutiques et parfois pour prévenir l'apparition de formes sévères de COVID-19; les données négatives et les effets indésirables enregistrés ont limité sa prescription. Compte tenu de l'existence de données contradictoires, ce médicament reste une alternative uniquement pour les formes légères et modérées et uniquement en l'absence d'antiviraux plus efficaces, de préférence dans les essais cliniques dédiés à ces catégories de patients. Ensuite, l'utilisation d'azithromycine (et d'autres antibiotiques) et de corticoïdes à domicile dans le COVID-19 est souvent un abus avec des conséquences pour le patient et pour la résistance bactérienne macrosociale. L'azithromycine peut être considérée comme inutile et même risquée, à la fois en association avec l'hydroxychloroquine et en monothérapie. Le remdesivir n'est recommandé qu'en cas de sévérité modérée à élevée (formes sévères/critiques), en fonction de la disponibilité, de l'efficacité et des risques. Pour la première fois, le protocole révisé comprend des recommandations de soins à domicile pour les personnes infectées SARS-CoV-2.

Le troisième protocole de traitement de l'infection par le virus SARS-CoV-2 (OMS n° 533/23.04.2021) a été développé sur la base de l'accumulation de nouvelles données cliniques, basées sur la surveillance et le traitement ambulatoire

d'un nombre croissant de patients, en tenant compte des résultats de la recherche mondiale (documents publiés par l'Organisation Mondiale de la Santé, le Centre européen de prévention et de contrôle des maladies, lignes directrices thérapeutiques et autres documents publiés depuis la version précédente du protocole). Il est mentionné que le suivi des patients est extrêmement important pour détecter une évolution de la maladie de la phase initiale de multiplication virale à la phase inflammatoire, ce qui nécessite un changement d'attitude thérapeutique. Un certain nombre de clarifications concernent le fait que les antibiotiques ne sont pas utilisés dans le traitement de Covid-19 - ils ne devraient être prescrits que si l'infection bactérienne est concomitante avec une infection à Covid-19. Les médicaments utilisables sont répertoriés, avec des spécifications très détaillées, à la fois pour les médicaments non recommandés (par exemple, ceux qui ont une faible efficacité ou des effets secondaires importants) et pour ceux qui ont eu des résultats (par exemple, un faible taux de mortalité pour le groupe des patients qui ont reçu le médicament par rapport aux patients qui ne l'ont pas reçu; la réduction des symptômes et les changements radiologiques). Le nouveau protocole comprend des informations sur la prise en charge de la coagulopathie, le traitement des cas hospitalisés, mais aussi une série de recommandations limitées aux interventions thérapeutiques controversées.

Le niveau actuel des connaissances médicales implique, d'une part, la vérification de données objectives de la science médicale et, d'autre part, la démarche du médecin de s'améliorer constamment, dans son domaine de travail (par la formation continue<sup>21</sup>). Nous apprécions que, en rapport avec la nouvelle maladie, se pose la question du soi-disant «**risque de développement**». La notion est fréquemment utilisée dans le domaine de la responsabilité civile des produits défectueux et exprime la situation où un produit répond aux paramètres qualitatifs selon des données scientifiques connues au moment de sa sortie, mais l'évolution ultérieure de la science et de la technologie révèle certains défauts du produit.<sup>22</sup> Si nous transposons la question du risque développemental dans le domaine des soins médicaux prodigués aux patients Covid-19, nous sommes confrontés à des

<sup>21</sup> A.D. Tănase, *Aspecte de ordin juridic privind obligațiile medicului în relația cu pacientul*, dans *Analele Universității de Vest din Timișoara, Serie Droit*, n° 1/2019, p. 90.

<sup>22</sup> La directive du 25 juillet 1985 inclut le risque d'évolution entre causes exonération de responsabilité pour les produits défectueux (pour plus de détails, voir L. Pop, *Riscul de dezvoltare*, dans *Studia Universitatis Babeș-Bolyai, Iurisprudentia*, n°1/2003, p.28-29). Concernant la notion du risque de développement, voir G. Viney, *L'introduction en droit français de la directive européenne du 25 juillet 1985*, dans *Recueil Dalloz*, n°31/1998, *Chronique*, p.291-299. p.295; D. Bakouche, *La responsabilité du fait des produits défectueux*, dans *La Semaine Juridique*, Édition générale, Supplément la n° 30-35/2016, p.70; Ph. Malinvaud, *La loi du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux et le droit de la construction*, dans *Recueil Dalloz*, n°10/1999, *Chronique*, p.94; J. Couard, *La responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos: Aspectos de derecho francés*, dans *Revista Justicia y Derecho*, Santiago, n°1/2018, p. 45.

différences de volume et de contenu des informations à de courts intervalles. Si au début de la pandémie, le volume des connaissances scientifiques sur le virus SARS-CoV-2 était réduit, la situation est visiblement différente, après un an. L'enrichissement du bagage informationnel et de l'expérience a naturellement conduit à l'amélioration de l'arsenal de moyens et de procédures. Par conséquent, le professionnel de la santé ne sera pas responsable si le niveau de connaissances scientifiques et techniques, au moment de la fourniture des soins médicaux, ne permettait pas la mise en évidence ou la détection de carences dans le traitement ou les procédures utilisées dans Covid-19 (par ex. les connaissances scientifiques de mars ou avril 2020 n'ont pas révélé les contre-indications à l'administration de certains antibiotiques, mais les recherches/études/pratiques médicales, au niveau international, ont mis en évidence les effets contraires).

La difficulté technico-scientifique de la pandémie<sup>23</sup>, corrélée à la nouveauté, est incontestable. Les aspects difficiles peuvent être identifiés tout au long de la prestation des soins médicaux. La même exigence d'utiliser toutes les connaissances, l'équipement, les procédures dont le médecin dispose fonctionne en cas de diagnostic. Ainsi, le médecin doit effectuer toutes les investigations cliniques qui permettent le niveau de connaissances scientifiques à ce moment-là. Dans la jurisprudence<sup>24</sup> ont été validées les situations dans lesquelles l'origine du préjudice était la précipitation, la négligence, la superficialité, le manque d'équipement performant ou adéquat et la négligence/passivité du médecin qui n'utilise pas une unité de santé qui dispose d'un tel équipement. De même, «Les erreurs de diagnostic engageant la responsabilité du médecin sont celles dues à l'ignorance des antécédents médicaux du patient, à un examen erroné, à une mauvaise interprétation des symptômes, à la non-réalisation des tests, à la non-orientation du patient vers une consultation spécialisée ou à la non-modification du diagnostic en cas de traitement qui ne fonctionne pas»<sup>25</sup>; «Cela montre que le médecin n'a pas fait ce que tout autre médecin raisonnable, dans les mêmes conditions de travail et dans les mêmes circonstances, aurait fait ou n'a pas évité un acte professionnel, que tout professionnel de bonne foi aurait évité dans les mêmes conditions»<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> Voir S.G. Parisi, G. Viel, R. Cecchi, M. Montisci, *COVID-19: The wrong target for healthcare liability claims*, dans *Legal Medicine*, n° 46/2020, matériel disponible [online] à l'adresse <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7229443/>, accède le 20 février 2021.

<sup>24</sup> Voir M. Giurgea, I. Lazăr, *Eroarea de diagnostic în cazurile de malpraxis. Ipotezele răspunderii medicului*, dans *Dreptul*, n° 2/2018, p. 35, y compris les titres et la pratique judiciaire mentionnés dans les notes de bas de page à la p. 85.

<sup>25</sup> M. Giurgea, I. Lazăr, *Eroarea de diagnostic în cazurile de malpraxis. Ipotezele răspunderii medicului*, op. cit., p. 86, y-compris le travail cite dans la note 9 en bas de page.

<sup>26</sup> *Loc. cit.*

### 3. Exonération de responsabilité<sup>27</sup>

Art. 643 (2) Le personnel médical **n'est pas responsable** des dommages causés dans l'exercice de la profession, lorsqu'il agit de **bonne foi** dans des **situations d'urgence**, dans le respect de la compétence accordée. «*La compétence accordée*» (dans le contexte de l'article 654 alinéa 2 lettre b de la loi n° 95/2006) est associée à la bonne foi et à l'urgence. Par conséquent, le texte juridique inclut l'exonération de responsabilité du médecin fournissant des soins médicaux dans Covid-19, si les deux conditions sont réunies: bonne foi et urgence)<sup>28</sup>. Arrêté du Ministre de la Santé n° 482/2007 détaille ces dispositions, en mentionnant que le personnel médical est civilement responsable des dommages causés dans l'exercice de la profession et lorsqu'ils excèdent ses compétences, sauf en cas d'urgence où il n'y a pas de personnel médical disponible qui ait les *compétences nécessaires* - notre emphase (art. 2 alin. 1).

Quelle est l'explication de l'exonération de responsabilité, dans le cas où la personne agissant est un professionnel? Il semblerait que l'exigence de bonne foi ait pour rôle de «estomper, avec la pression exercée sur ses épaules par la situation d'urgence dans laquelle se trouve le patient, la gravité de la négligence, de l'incompétence ou de l'imprudence».<sup>29</sup> Dans la jurisprudence, il a été mentionné qu'une erreur de diagnostic pourrait être «excusable» lorsque le médecin est confronté à une situation d'urgence ou à une pathologie rare.<sup>30</sup> Même dans de tels cas, en l'absence d'intention, «mais en présence de la faute grave du praticien, qui équivaut au dol (*culpa lata dolo equiparatur*), relevée par la violation des règles les plus élémentaires de la science médicale, qui doit être connu de tout professionnel du domaine, sa responsabilité civile sera engagée dans la réparation des dommages ainsi causés au patient»<sup>31</sup>.

<sup>27</sup> Loi n° 95/2006 nomme comme causes exonérant le personnel médical de sa responsabilité: les conditions de travail, la dotation insuffisante en équipements de diagnostic et de traitement, les infections nosocomiales, les effets indésirables, les complications et les risques généralement reconnus des méthodes d'investigation et de traitement, les défauts cachés des matériels sanitaires, équipements et dispositifs médicaux, substances médicales et sanitaires utilisées. Les nouvelles technologies ne sont pas sans dangers. Le matériel mis à disposition du personnel médical est parfois complexe, ne permet pas toujours au personnel médical de le maîtriser parfaitement et peut être source de danger pour le patient (en ce sens, E. Deutsch. H.-L. **Schreiber**, *Medical Responsibility in Western Europe*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg 1985, p. 73).

<sup>28</sup> Pour une explication des deux conditions d'exonération de responsabilité, voir A.N. Pele, *Malpraxisul medical*, dans *Revista Facultății de Drept din Oradea*, n° 2/2018, p. 124.

<sup>29</sup> F.I. Mangu, *Obligația personalului medical de a acorda asistență medicală sau îngrijiri de sănătate*, dans *Pandectele Române*, n° 9/2209, p. 64.

<sup>30</sup> Bureau *ç/a Dupuis*, [1997], espèce citée après P. Deslauriers, S.-E. Chebin, *Perspectives québécoises sur la responsabilité médicale*, dans *Revue du notariat*, n° 2/1999, p. 312.

<sup>31</sup> F.I. Mangu, *Obligația personalului medical de a acorda asistență medicală sau îngrijiri de sănătate*, *op. cit.*, p. 64.

#### IV. La situation du médecin qui agit au-delà du cadre de la spécialité

Un communiqué de presse a retenu notre attention, révélant une réalité interne des hôpitaux et soulevant des enjeux juridiques majeurs: «Les médecins ont peur de toute une vague de poursuites judiciaires! Vous vivez dans le pays où l'orthopédiste traite les patients avec Covid!». Il est mentionné ci-dessous: «Ce n'est plus un secret pour personne que nous n'avons pas assez de médecins de maladies infectieuses, c'est pourquoi les orthopédistes, chirurgiens, urologues, internistes, dermatologues ou neurologues ont été contraints de traiter des patients avec Covid, une maladie qui n'appartient pas à leur spécialité. Dans de nombreux hôpitaux, il n'y a pas de médecin en maladies infectieuses pour guider leur travail.»<sup>32</sup>.

Le dépassement des compétences est l'une des hypothèses *de facto*, rencontrées principalement lors du déclenchement de la pandémie. Normalement, les cas de Covid-19 devaient être traités par des médecins ATI, des médecins en maladies infectieuses et des pneumologues (cas graves, de mauvais pronostic) et par des médecins internistes et des médecins de famille (cas légers et modérés). Si le médecin ne se spécialise pas dans le traitement du Covid-19, les soins médicaux qu'il dispense ont le sens de dépasser les limites de compétence. Le personnel médical n'a pas la compétence «nécessaire» pour accomplir les actes thérapeutiques concernant les patients Covid-19, ni la compétence «accordée» par détachement.

Il semble que le problème du dépassement des compétences professionnelles se soit posé «à la surface» dans les conditions dans lesquelles l'absence d'assurance contre la faute professionnelle a été réalisée. «Covid est une maladie infectieuse, et l'hôpital général est transformé avec les documents appropriés en un hôpital pour maladies infectieuses, avec des services de maladies infectieuses. Le personnel médical de ces sections est le personnel qui est là, qui existe dans l'hôpital général, dans les sections de Chirurgie, de Gynécologie, toutes les sections d'un hôpital. Ainsi, la section de Chirurgie se transforme en section de Maladies infectieuses. Les chirurgiens traitent le covid ainsi que les médecins de maladies infectieuses. Mais ils ne peuvent pas traiter comme les médecins de maladies infectieuses»; «Les médecins dont l'hôpital a été transformé en hôpital de phase II, en hôpital de soutien covid et ceux des sections qui ont été transformées en sections covid ne sont pas couverts en cas de faute professionnelle [...]; «Les médecins qui ne sont pas spécialistes en maladies infectieuses et traitent les patients atteints de Covid-19 dans les hôpitaux généraux transformés en hôpitaux de soutien covid soignent les

---

<sup>32</sup> Voir, E. Foarfecă, *Medicii se tem de un val întreg de procese! Trăiești în țara în care ortopedul tratează pacienți cu Covid!*, matériel poste le 17.08.2020, disponible à l'adresse <https://www.mediafax.ro/social/medicii-se-tem-de-un-val-intreg-de-procese-traiesti-in-tara-in-care-ortopedul-trateaza-pacienti-cu-covid-19508336> (accède le 20 janvier 2021).

patients par crainte de poursuites qui pourraient être intentées par les proches, car l'assurance contre la faute professionnelle n'est pas valable pour cette maladie»<sup>33</sup>.

**La règle** est d'attirer la responsabilité civile pour faute professionnelle, et la base est expressément énoncée: «Le personnel médical est civilement responsable des dommages causés dans l'exercice de la profession et lorsqu'il dépassent *les limites de sa compétence (notre emphase)* sauf en cas d'urgence où le personnel médical ayant les compétences nécessaires n'est pas disponible» (642 alin. 4 din Legea n° 95/2006). L'idée est reprise, dans les mêmes termes, dans l'art. 2 par. 1 de l'OMS n° 482/2007.

Le contexte de la pandémie a créé de telles situations, surtout au début. L'agglomération des hôpitaux, des hospitalisations massives dépassant la capacité d'accueil ont trouvé le personnel médical en pénurie de médecins en maladies infectieuses. Ainsi, sur le terrain, dans certaines régions du pays, des médecins non spécialisés dans les maladies infectieuses, sont intervenus en soutien aux patients Covid-19. Au moment du déclenchement de la pandémie, il n'était pas question de détachements, de sorte que ces personnels médicaux n'avaient pas la compétence nécessaire et n'avaient pas la compétence accordée par l'acte de détachement, pour agir dans les limites de la légalité.

La seule solution d'**exonération de responsabilité civile** reste, dans ce cas, la preuve de la situation exceptionnelle. Selon les textes légaux mentionnés, pour ne pas être en présence de responsabilité, le dépassement des compétences doit avoir lieu en cas d'urgence, lorsque le personnel médical disposant des compétences nécessaires n'est pas disponible.

a. **Urgence médicale.** Quelle est la signification du terme «urgence médicale»? Quelle est la signification de l'urgence médicale dans le contexte de Covid-19?

«Urgence médicale» et «soins médicaux d'urgence» sont deux termes qui sont juridiquement qualifiés et ne se chevauchent pas. *L'urgence médicale* est «une blessure ou une maladie aiguës, qui nécessite la fourniture de premiers soins qualifiés et/ou de soins médicaux d'urgence, à un ou plusieurs niveaux de compétence, selon le cas». L'urgence potentiellement mortelle nécessite une ou plusieurs ressources d'intervention en phase préhospitalière, avec la poursuite des soins dans un hôpital local, départemental ou régional. Une urgence sans danger vital implique la réalisation de soins appropriés, avec ou sans l'utilisation des ressources préhospitalières, dans un centre ou un cabinet médical agréé ou, selon le cas, dans un hôpital (art. 86 lettre e de la loi n° 95/2006). *Les soins médicaux d'urgence* sont «l'ensemble des mesures diagnostiques et thérapeutiques prises par du personnel médical qualifié», dispensés à différents niveaux par des médecins et

---

<sup>33</sup> Voir, I.B., *Les médecins qui ne sont pas infectieux ont peur de traiter les patients covid, car l'assurance contre la faute professionnelle n'est pas valide*, matériel publié le 5 novembre 2020, disponible sur la page <https://www.hotnews.ro/stiri-sanatate-24400261-medicilor-care-nu-sunt-infectionisti-frica-trateze-bo-NAVII-covid-pentru-asigurarea-malpraxis-nu-valabila.htm> (accède le 20 février 2021).

des infirmières de différents degrés de formation (art. 86 lit. d din Legea n° 95/2006). Les soins médicaux obligatoires en cas d'urgence sont un principe fondamental de l'éthique médicale<sup>34</sup>.

«Circonstance objective, qui ne dépend pas de la volonté du médecin, mais prend en compte les urgences dans lesquelles l'état de santé du patient peut s'aggraver si les soins médicaux ne sont pas fournis immédiatement»<sup>35</sup>, l'urgence médicale crée l'obligation du médecin d'accepter le patient de Covid-19 (art. 652 alin. 3 de la Loi n° 95/2006). Le virus SARS-CoV-2 – selon les données médicales actuelles, il est susceptible d'affecter gravement et de manière irréversible la santé et peut mettre en danger la vie des patients. Le personnel médical ne peut refuser de fournir des soins urgents au patient Covid-19 sur la base de critères ethniques, religieux et d'orientation sexuelle ou d'autres critères de discrimination interdits par la loi.

b. **Manque de personnel disponible.** Plus précisément, dans différents domaines, il y avait deux situations: soit le service de santé n'avait pas de médecin spécialiste des maladies infectieuses (absence du spécialiste des maladies infectieuses), soit le nombre de patients dépassait le nombre de médecins en maladies infectieuses de l'hôpital concerné (personnel insuffisant). La vérification de la disponibilité implique des distinctions selon la cause ou la raison du manque de personnel qualifié. Ainsi, il est possible que la structure organisationnelle n'inclue pas le spécialiste des maladies infectieuses ou que le nombre de spécialistes soit réduit par rapport aux besoins des patients de Covid-19. Il est possible que le médecin/médecins soit détaché dans d'autres unités de santé, soit en vacances, soit à des événements scientifiques (conférences, colloques)<sup>36</sup>. Ce qui a probablement créé des difficultés dans la pratique, c'est la preuve qu'au moment de l'acte thérapeutique (dépassant la compétence), il n'y avait pas de personnel compétent en maladies infectieuses: «La preuve des cas dans lesquels il n'y a pas de personnel médical compétent pour accomplir un acte médical est établie avec des documents émanant du représentant légal du prestataire de services médicaux et certifiant le personnel existant au lieu de l'accomplissement de l'acte médical qui a engendré des dommages» (art. 2 alin. 2 de l'OMS n° 482). Le manque de personnel médical est nécessairement associé à l'urgence médicale.

---

<sup>34</sup> J. Maystre, *Le devoir d'assistance et le droit au secours*, dans *Revue internationale de la Croix-Rouge*, n° 369/1966, p. 238.

<sup>35</sup> A.D. Tănase, *Aspecte de ordin juridic privind obligațiile medicului în relația cu pacientul*, op. cit., p. 90.

<sup>36</sup> En effet, l'indisponibilité de personnel médical qualifié doit être interprétée de manière extensive, un certain nombre de situations étant incluses dans ce cas d'irresponsabilité (cf. V. Nemeș, M. Nemeș, *Asigurarea de malpraxis medical*, în *Revista Română de Drept al Afacerilor*, n° 2/2009, p. 60).

## V. Problèmes de détachement pour le traitement du Covid-19 («compétence accordée»)

Une autre situation est celle où le médecin n'est pas spécialiste en maladies infectieuses, mais est détaché pour le Covid-19. Il génère des fautes professionnelles, mais agit dans les limites du détachement, de bonne foi et constitue une urgence médicale. Dans un cas, un acte médical est accompli dans les limites du détachement et des compétences pour lesquelles le médecin est certifié. Une autre variante est celle dans laquelle, dans le cadre du détachement, le type de travail change. Le personnel médical accomplira des actes médicaux qui n'entrent pas dans le cadre de sa stricte spécialité. **Dans la première hypothèse**, le régime de responsabilité civile correspond à la situation dans laquelle le médecin agit dans les limites des compétences nécessaires - qui cette fois, se retrouvent également dans l'acte de détachement (les dispositions de l'art. 642 al. 2-3 de la loi 95/2006 et de l'art. 5 alin. 1 de l'OMS n° 482/2007). **La seconde hypothèse** concerne le dépassement de compétences, dans le cadre d'un détachement dû à des changements de type de travail.

Notre démarche s'inscrit dans le cadre des discussions initiées dans la doctrine concernant la légalité de la délégation/détachement de médecins lors du Covid-19. «Outre le changement de *lieu de travail*, il y a même dans certains cas le problème du changement temporaire de la *façon de travailler*, une telle approche générant une controverse sur sa légalité, mais aussi l'inquiétude des médecins quant au risque accru de faute professionnelle auquel ils seraient exposés dans une telle circonstance»<sup>37</sup>. **Le Code du travail** établit que le changement d'emploi peut être ordonné unilatéralement par l'employeur, en déléguant ou en affectant le salarié à un emploi autre que celui initialement prévu, dans le contrat de travail individuel, et la délégation et l'acte de détachement sont définis par référence au changement du travail. Il est à noter, en même temps, qu'à titre exceptionnel, *le détachement peut également impliquer un changement de type de travail* - mais uniquement avec le consentement écrit du salarié.(art. 42-45). La modification du type œuvre peut se fonder, en cas de force majeure, sur les dispositions de l'art. 48 du Code du travail: «L'employeur peut modifier temporairement le lieu et le type de travail, sans le consentement du salarié et en cas de force majeure (notre emphase)» (sauf à partir de la modification du contrat de travail individuel par l'accord des parties). Il y a donc deux façons de changer le mode de travail par détachement - avec le consentement de l'employé ou indépendamment de sa volonté.

Les actes normatifs adoptés après la déclaration de pandémie contiennent également des dispositions concernant le détachement, respectivement la modification du type de travail. Pendant la période d'alerte, en fonction de

<sup>37</sup> L. Borcău, COVID-19: *Legalitatea delegării medicilor pe durata stării de urgență*, dans *Revista de drept social*, n° 1/2020, p. 26.

l'activité et des besoins spécifiques, les responsables des institutions publiques impliquées dans la lutte contre la pandémie COVID-19 peuvent ordonner le détachement avec l'accord préalable du salarié et de l'employeur qui détache, à condition que *l'employeur auprès duquel le détachement est faite soit du même domaine d'activité* (art. 16 **Loi n°55/2020**).

**Loi n° 136/2020** (art. 19 alin. 1 et 2) prévoit que, compte tenu de la pénurie de personnel médical (constatée par le service de santé publique ou l'inspection départementale pour les urgences ou la municipalité de Bucarest), lors de la mise en place de la mesure dans le domaine de la santé publique<sup>38</sup>, dans des situations de risque épidémiologique et biologique, il est possible de procéder au détachement du personnel médical, paramédical et auxiliaire spécialisé du système public. **Le déficit de personnel** est généré par l'impossibilité de compléter le programme du personnel avec du personnel médical qui exprime son accord de détachement, avec des volontaires ou du personnel médical militaire et nécessite la demande motivée de la direction départementale de la santé publique ou de la municipalité de Bucarest, de l'inspection départementale pour les urgences ou de Bucarest ou le Centre national de coordination et de gestion des interventions. Les deux modalités prévues par la loi sont le détachement ordonné avec le consentement de la personne, respectivement le détachement à défaut du consentement de l'intéressé (dans ce dernier cas, pour une durée maximale de 30 jours), par arrêté du ministre de la Santé, le chef du service des situations d'urgence ou de la personne désignée par lui ou, selon le cas, du chef de l'établissement employeur. Il résulte, du contenu de la loi no. 136/2020, que le détachement, ainsi que toutes les mesures prévues, est ordonné et appliqué exclusivement pour la défense de la santé publique, dans le respect des droits et libertés fondamentaux des citoyens et dans le respect de l'ordre public. L'ensemble des mesures repose sur l'existence de situations de risque épidémiologique et biologique et vise à prévenir l'introduction et à limiter la propagation de maladies infectieuses en Roumanie. (art. 1-2). Le risque épidémiologique est la probabilité d'occurrence d'un événement généré par un agent hautement pathogène pouvant affecter la santé de groupes de population, avec la possibilité de se propager au niveau local, départemental, zonal, national, européen ou international; Le risque biologique est la probabilité d'un effet sur la santé humaine causé par la propagation accidentelle ou intentionnelle d'un agent hautement pathogène.

Il n'intéresse pas dans ce contexte, la discussion sur la légalité du détachement de médecins pendant l'état d'urgence. L'acte de détachement n'est que le point de départ de la vérification des situations de faute professionnelle, rencontrées dans la

---

<sup>38</sup> *Lesmesures de santé publique* sont des procédures spécifiques de prévention, de limitation et de réponse appliquées afin de prévenir la propagation de maladies ou de contaminations (art. 3 lettre h de la loi n° 136/2020).

pratique de la pandémie. Si le «lieu de travail» renvoie à la localisation dans l'espace de l'activité professionnelle du salarié, le **type de travail** présente un intérêt au regard des tâches du personnel médical, en vertu de la profession et de la fonction exercées dans le cadre du contrat de travail individuel.<sup>39</sup> Il est vrai que, naturellement, le détachement doit couvrir le même domaine d'activité (dans ce cas, le domaine médical) et doit respecter les compétences professionnelles acquises et l'attestation du salarié. La réalité sur le terrain a prouvé que la pandémie de Covid-19 a conduit à des situations dans lesquelles des médecins ont été détachés dans des établissements de santé où ils ont accompli des actes médicaux qui dépassaient le cadre de leurs compétences.

**Quel est le régime juridique de la responsabilité civile?** Les aspects de faute professionnelle sont soumis aux règles de la responsabilité civile, et l'exonération de responsabilité pourrait être invoquée dans les deux situations détaillées ci-dessus: urgence médicale couplée au manque de personnel disponible (nous sommes dans une situation où les compétences professionnelles sont dépassées en changeant notre façon de travailler). Application sera faite, par conséquent, de l'art. 642 alin. 4 de la Loi n° 95/2006) et de l'art. 2 alin. 1 de l'OMS n° 482/2007.

Habituellement, le médecin est responsable du dépassement des compétences, à l'exception de l'urgence médicale et du manque de personnel qualifié. Deux observations relatives aux deux thèses du paragraphe 4, art. 642 de la loi n° 95/2006 (les thèses sont conservées à l'article 2 de l'OMS n° 482). La première phrase ne fait pas de distinction entre les compétences requises (certification pour une spécialité spécifique) et les compétences accordées (par détachement, par exemple). Que l'acte médical dépasse le cadre de la spécialité de l'auteur, ou dépasse le champ d'application autorisé par l'octroi de la compétence élargie, la responsabilité civile est engagée. Dans ce dernier cas, il s'agit d'accorder une compétence étendue par rapport à la spécialité initiale (cas du médecin généraliste, détaché pour exercer des activités qui relèvent du domaine du médecin infectiologue). La deuxième phrase exonère de responsabilité, avec le respect de plusieurs exigences, identifiées dans Arrêté La justification du dépassement des compétences (nécessaires ou accordées) se trouve dans l'urgence médicale corroborée par le manque de personnel disponible dans la spécialité concernée.

## Conclusions

Parler de la responsabilité du personnel médical en période de pandémie est une entreprise difficile. Sur la scène de la vie ou de la mort, le médecin est «l'acteur» le plus exposé. «Le médecin qui agit dans les limites de son art avec la conscience de son opinion et de la bonté de son système n'assume aucune

---

<sup>39</sup> Al. Țiclea, *Consecințe ale forței majore asupra raporturilor de muncă*, dans *Dreptul*, n° 10/2020, p. 113.

responsabilité»<sup>40</sup>. Ces mots, issus d'une ancienne jurisprudence, sont emblématiques. Ce pourrait être un desideratum qui éliminerait toute discussion sur la responsabilité médicale. Il est tout aussi vrai que «Le véritable médecin ne s'appartient pas, il est l'esclave du public. Le client ne choisit pas son heure pour être malade; il appelle le médecin à tout instant du jour et de la nuit»<sup>41</sup>.

Science et art, la médecine est, par la force des circonstances, au cœur des débats juridiques. Il existe de multiples facettes de la responsabilité civile qui peuvent être discutées. Les aspects particuliers, générés par la pandémie, nécessitent la vérification des règles de responsabilité civile et une interprétation adéquate, par rapport au cadre normatif national.

---

<sup>40</sup> Caron *c/a* Gagnon (1930), *apud* L. Perret, *Analyse critique de la jurisprudence récente en matière de responsabilité médicale et hospitalière – critique de la théorie des obligations de moyen et des obligations de résultat*, dans *Revue Générale de Droit*, n°1/1972, p. 60.

<sup>41</sup> *Droits et devoirs de la médecine et des médecins canadiens-français*, Montréal, 1926, *apud* L. Perret, *Analyse critique de la jurisprudence récente en matière de responsabilité médicale et hospitalière – critique de la théorie des obligations de moyen et des obligations de résultat*, *op. cit.*, p. 60, nota 4 en bas de page.