



AREDOC

**FAUTE, ALÉA THÉRAPEUTIQUE,
PERTE DE CHANCE :
ÉTAT DES LIEUX 18 ANS APRÈS
LA LOI N° 2002-303 DU 4 MARS 2002**

Octobre 2020

SOMMAIRE

INTRODUCTION	3
PREMIÈRE PARTIE : LA NOTION DE FAUTE	5
I. PRINCIPE GÉNÉRAL DE LA NOTION DE FAUTE : VERS UN ÉLARGISSEMENT DE LA NOTION ?	7
A. L'APPRÉCIATION JURISPRUDENTIELLE DE LA FAUTE DU PRATICIEN	7
B. LE RÉGIME DE RESPONSABILITÉ SANS FAUTE : LES EXCEPTIONS LÉGALES ISSUES DE LA LOI DU 4 MARS 2002	15
II. FOCUS SUR DEUX CATÉGORIES DE FAUTES : LA FAUTE D'HUMANISME ET LA FAUTE TECHNIQUE	17
A. LA FAUTE D'HUMANISME	17
B. LA FAUTE TECHNIQUE	19
DEUXIÈME PARTIE : LA NOTION D'ALÉA THÉRAPEUTIQUE	25
I. LA DÉFINITION LÉGALE DE L'ALÉA THÉRAPEUTIQUE : LES CRITÈRES D'ACCÈS À L'INDEMNISATION PAR LA SOLIDARITÉ NATIONALE	28
A. LES CRITÈRES GÉNÉRAUX DE RECEVABILITÉ DEVANT L'ONIAM ET LES CCI	28
B. LES CRITÈRES SPÉCIFIQUES À L'ACCIDENT MÉDICAL NON FAUTIF (AMNF)	28
II. LES APPLICATIONS DE LA NOTION D'ALÉA THÉRAPEUTIQUE	29
A. LES CONDITIONS TENANT À L'ACTE MÉDICAL	29
B. LES CONDITIONS RATIONE PERSONAE	40

TROISIÈME PARTIE : LA NOTION DE PERTE DE CHANCE	43
I. LES CONDITIONS D'INDEMNISATION DE LA PERTE DE CHANCE	45
A. LES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS	45
B. LA THÉORIE DU LIEN CAUSAL	46
II. LES APPLICATIONS JURISPRUDENTIELLES DE LA PERTE DE CHANCE ET SON ÉVALUATION	48
A. LA PERTE DE CHANCE ET LES RESPONSABILITÉS DIVERSES	48
B. LA PERTE DE CHANCE ET LE DÉFAUT D'INFORMATION	52
C. L'ÉVALUATION DE LA PERTE DE CHANCE	54

INTRODUCTION

Dès 1966, le professeur André Tunc¹ défendit l'idée de mettre en place une indemnisation automatique des accidents médicaux graves mais il a fallu attendre la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 pour voir consacrer des dispositions relatives à la « réparation des conséquences des risques sanitaires »².

Le législateur a souhaité mettre fin aux disparités d'indemnisation des accidents médicaux qui pouvaient subsister entre les juridictions civiles et les juridictions administratives. La procédure d'indemnisation mise en place repose sur la création de trois structures :

- **L'Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux (ONIAM)** : l'apport essentiel de la loi Kouchner consiste dans la création de cet organisme public chargé de l'indemnisation des accidents médicaux au titre de la solidarité nationale et de la prise en charge financière des expertises qui seront ordonnées par les commissions de conciliation et d'indemnisation.
- **Les Commissions de Conciliation et d'Indemnisation des accidents médicaux (CCI)** : elles ont pour principale fonction de faciliter le règlement amiable des litiges relatifs aux accidents médicaux. Elles peuvent ainsi être saisies par toute personne s'estimant victime, ou par ses ayants droit en cas de décès, d'un dommage imputable à une activité de prévention, de diagnostic ou de soins³.
- **La Commission Nationale des Accidents Médicaux (CNAMED)** : elle a pour mission principale l'inscription des experts en accidents médicaux sur une liste nationale. Elle est aussi chargée de formuler des recommandations sur la conduite des expertises, de veiller à l'application homogène du nouveau dispositif et d'évaluer ce dernier.

A travers la loi du 4 mars 2002, le législateur a procédé à un élargissement sensible du droit à indemnisation des accidents médicaux en rappelant, d'une part, le principe d'une responsabilité pour faute des professionnels de santé et en complétant, d'autre part, ce régime par l'instauration d'un nouveau dispositif destiné à couvrir, sous certaines conditions au nom du principe de solidarité nationale, les conséquences dommageables d'accidents médicaux non fautifs, l'aléa thérapeutique.

1. Pr. André TUNC (1917-1999) : professeur de droit et savant.

2. Partie I, Livre I, Titre IV du Code de la santé publique.

3. Article L 1142-7 du Code de la santé publique.

Par ailleurs, la loi a procédé à un assouplissement des procédures d'indemnisation avec la possibilité, pour les victimes, de choisir entre une procédure juridictionnelle et une procédure de règlement amiable des dommages (fautifs et non fautifs) devant des Commissions de Conciliation et d'Indemnisation (CCI).

Depuis lors, divers textes et jurisprudences sont venus préciser ou compléter les règles applicables en la matière. Pour l'essentiel, les principes et solutions retenus en 2002 sont restés inchangés.

Dans cette brochure, destinée aux juristes, mais également aux médecins, la COREME a donc souhaité réinterroger ces principes et solutions en entreprenant à la fois d'en dresser un bilan dix-huit ans après et d'en dégager les éventuelles perspectives d'évolution.

Ainsi, pour appréhender au mieux les notions socles de la responsabilité médicale, seront successivement étudiées les notions de faute (Première partie), d'aléa thérapeutique (Deuxième partie) et de perte de chance (Troisième partie).

PREMIÈRE PARTIE : LA NOTION DE FAUTE

La responsabilité médicale vise l'obligation pour un professionnel de santé ou un établissement de soins de réparer les dommages qu'un patient a subi du fait de la mauvaise exécution d'un contrat de soins.

En ce sens, il y a bien un contrat conclu entre un médecin et son patient, et ce depuis le célèbre arrêt Mercier rendu par la Cour de cassation le 20 mai 1936. A travers ce contrat, le médecin ne s'engage pas à guérir le malade mais à dispenser à son patient des soins consciencieux, attentifs et conformes aux données acquises de la science, c'est-à-dire aux règles de l'art⁴.

Cette question de la nature de la responsabilité encourue par les professionnels de santé en cas d'accident médical a longtemps opposé la Cour de cassation au Conseil d'Etat. Optant pour une responsabilité objective de la puissance publique, la Haute juridiction administrative permettait aux victimes d'obtenir réparation en dépit de l'absence de faute à l'origine de l'accident dans des cas spécifiques⁵. La Cour de cassation soumettait, en revanche, l'action de la victime à la preuve de la faute du praticien ou de l'établissement de soins, ces derniers étant tenus d'une obligation de moyens. Ainsi, les juges civil et administratif n'avaient pas une appréciation harmonisée de la responsabilité médicale, ce qui pouvait conduire à des disparités dans la prise en compte de la situation des victimes.

Unifiant le régime des responsabilités civile et administrative, la loi du 4 mars 2002 réaffirme le principe de la responsabilité pour faute dégagée par la jurisprudence judiciaire.

Néanmoins, elle a également pour l'essentiel confirmé les exceptions que la jurisprudence avait su apporter à ce principe, en consacrant dans certains cas une responsabilité objective.

Le législateur, dans son article L.1142-1 du Code de la santé publique, prévoit que « *hors le cas où leur responsabilité est encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé, les professionnels de santé, ainsi que tout établissement, service ou organisme dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins, ne sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute* ».

Le principe de responsabilité pour faute connaît deux grandes exceptions légales, la réparation des infections nosocomiales et les dommages causés par les produits de santé⁶, pour lesquelles une responsabilité de plein droit sera retenue⁷.

Pour autant, la faute médicale n'est pas définie par la loi, laquelle laisse au juge la lourde tâche d'en préciser les contours selon les cas d'espèce.

Avant de réaliser la typologie des fautes (II), il nous est apparu nécessaire de rappeler les principes généraux du régime de responsabilité pour faute (I).

I. Principe général de la notion de faute : vers un élargissement de la notion ?

A. L'appréciation jurisprudentielle de la faute du praticien

Le droit commun de la responsabilité, qu'elle soit délictuelle ou contractuelle, suppose la réunion de trois conditions : une faute ou un manquement à une obligation préexistante, qui peut être soit qualifiée d'obligation de moyens ou de résultat, un dommage et un lien de causalité entre les deux premiers éléments.

En vertu de l'article L. 1142-1, I, alinéa 1^{er} du Code de la santé Publique, la responsabilité des professionnels de santé et établissements, ser-

4. La loi du 4 mars 2002 a substitué à cette expression d'origine jurisprudentielle, reprise dans le Code de déontologie médicale (R. 4127-32 CSP) la référence « aux connaissances médicales avérées » (L. 1111-5 al. 1 CSP).

5. CE, 9 avril 1993, BIANCHI, n° 69336.

6. Voir la lettre n° 8 de la COREME 2020 intitulée : « La responsabilité médicale en cas de dommage impliquant un produit de santé ou un dispositif médical » - Téléchargeable sur le site de l'AREDOC.

7. La loi du 4 mars 2002 reconnaît la responsabilité de plein droit des "établissements, services et organismes" pour les infections nosocomiales contractées en leur sein, les exonérant s'ils rapportent la preuve "d'une cause étrangère" ; L'article 1245-10 du Code civil prévoit que la responsabilité du producteur est une responsabilité de plein droit, dont il ne peut aucunement réchapper, notamment en prouvant qu'il n'a commis aucune faute dans la conception du produit. En ce sens, voir également : Cass. 1^{ère} civ. 26 février 2020, n° 18-26.256, publié au bulletin.

vices, organismes dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins, pour les dommages résultant de ces actes, repose sur une faute, dont la preuve doit être rapportée par le demandeur.

La première chambre civile de la Cour de cassation a récemment rappelé ce principe dans une **décision du 25 mars 2020, n° 19-16.375**. A la suite d'une intervention chirurgicale, le patient a été victime de complications infectieuses. Pour retenir la responsabilité du chirurgien, la cour d'appel avait retenu que « *sa responsabilité est engagée de plein droit, sans qu'il soit besoin de prouver sa faute, du seul fait de la présence d'une infection nosocomiale en lien avec l'intervention et en l'absence de cause étrangère* ». Pourtant, la responsabilité de plein droit pour les infections nosocomiales, ne s'applique pas aux médecins.

Cette motivation a été censurée par la Cour de cassation, qui a seulement rappelé l'article L. 1142-1, I du Code de la santé publique. Le principe demeure que le praticien n'engage normalement sa responsabilité que pour faute prouvée.

Il s'agit d'une responsabilité personnelle ou du fait d'autrui, qui implique que le professionnel de santé ou l'établissement de santé auquel est imputable la faute soit identifié⁸.

1. L'obligation de fourniture de soins consciencieux attentifs et conformes aux données acquises de la science

La Cour de cassation a affirmé à de nombreuses reprises que le médecin est tenu d'une obligation de moyens⁹.

Pour reprendre les termes de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Toulouse, le 16 février 2009, n° 08/00638 : « *Il se forme entre le médecin et son patient un véritable contrat comportant pour le praticien l'obligation de donner des soins consciencieux, attentifs et, sous réserve de circonstances exceptionnelles, conformes aux*

données acquises de la science.

La violation même involontaire de cette obligation engage la responsabilité du médecin sur le fondement de l'article 1147 du code civil et du nouvel article L. 1141-1 du Code de la santé publique.

Il s'agit d'une obligation de moyen dont le non-respect ne peut engager la responsabilité du médecin que pour faute prouvée ».

La nature de cette obligation se justifie par l'aléa qui entoure l'issue de l'acte médical, et qui empêche de faire peser sur le médecin l'obligation d'obtenir un résultat déterminé concernant la santé de son patient.

Le médecin ne promet pas la guérison mais d'employer tous les moyens pour parvenir. Aussi, le patient ne pourra demander la réparation de ses préjudices au professionnel de santé que s'il prouve que celui-ci a été défaillant dans l'emploi des moyens.

Les sources des obligations incombant aux professionnels de santé sont diverses :

- l'article L. 1110-5 du Code de la santé publique ;
- les codes de déontologie de diverses professions de santé¹⁰ ;
- la jurisprudence ;
- les données scientifiques et les conférences de consensus.

Si les juges tiennent compte de ces données scientifiques, ils ne leur confèrent pas de valeur normative en raison de leur caractère « *mouvants, évolutifs et pluriels*¹¹ ». Ainsi, leur non-respect n'entraîne pas systématiquement la reconnaissance de la faute du médecin.

Par exemple, la Cour d'appel de Versailles a précisé, par un **arrêt rendu le 26 janvier 2017**¹², s'agissant des recommandations émises par la

8. Cass. 2^{ème} civ., 3 novembre 2016, n° 15-25.348.

9. Cass. 1^{ère} civ., 28 juin 1989, n° 86-19.318 ; Cass. 1^{ère} civ., 12 décembre 1995 ; Cass. 1^{ère} civ., 25 février 1997, n° 95-11-205 ; Cass. 1^{ère} civ., 4 février 2003, n° 00-15.572 ; Cass. 1^{ère} civ., 22 novembre 2007.

10. S'agissant des médecins, le Code de déontologie médicale est codifié aux articles R. 4127-1 et suivants du Code de la santé publique.

11. J. Penneau, Responsabilité civile et pénale des médecins dans le cadre des RMP et la régulation médicalisée des soins, Colloque de la Compagnie nationale des experts médecins, Médecine et droit n°33, 1998 p. 71.

12. CA Versailles, 26 janvier 2017, n° 14/09204.

Haute Autorité de Santé, qu'« il ne peut être reproché au praticien de n'avoir pas strictement appliqué ces préconisations, d'une part parce qu'elles ont été publiées concomitamment (de) l'intervention, et qu'il pouvait donc ne pas les connaître, et d'autre part et surtout parce qu'elles ne constituent que des règles non contraignantes de bonnes pratiques, et ne font pas obstacle à l'adoption par le médecin de solutions différentes, dans le cadre de son appréciation propre du traitement le plus adapté au cas précis de son patient ».

Ainsi, il revient au praticien le libre choix d'adopter la thérapeutique qui lui semble la plus adaptée, notamment au regard de la balance bénéfique/risque de l'acte médical envisagé. Il est notamment du devoir du médecin de s'écarter des recommandations lorsque l'intérêt du patient l'exige.

Cette exigence de conformité aux données acquises de la science, introduite par l'arrêt Mercier¹³, est consacrée à l'article R.4127-32 du Code de la santé publique, qui prévoit que « le médecin s'engage à assurer personnellement au patient des soins consciencieux, dévoués et fondés sur les données acquises de la science, en faisant appel, s'il y a lieu à l'aide de tiers compétents ».

Cette référence aux données scientifiques est fort ancienne en jurisprudence. Le Conseil d'Etat dans une décision du 14 décembre 1981¹⁴ se référait déjà aux « normes couramment admises » et à « l'attitude de la communauté scientifique [...] à l'époque des faits » pour juger excessive la quantité de rayons administrés à un patient lors d'un traitement radiologique.

Par un arrêt rendu le 5 mars 2015¹⁵, la Cour de cassation a précisé que, l'obligation, pour le médecin, de donner au patient des soins attentifs, consciencieux et conformes aux données acquises de la science comporte le devoir de se renseigner avec précision sur son état de santé, afin d'évaluer les risques encourus et de lui permettre de donner un consentement éclairé : « Dès lors, une cour d'appel ne peut rejeter l'action en responsabilité d'une patiente,

souffrant d'une hémianopsie partielle en raison d'un angiome cérébral, à l'encontre du chirurgien qui, en pratiquant l'exérèse, avait provoqué une hémianopsie complète, aux seuls motifs que l'indication opératoire était justifiée et qu'aucune faute ne pouvait être reprochée à celui-ci, compte tenu de la localisation de la malformation dans le lobe occipital du cerveau, siège de la vision, alors qu'elle avait constaté qu'avant l'intervention, ce chirurgien croyait, à tort, que sa patiente était déjà atteinte d'une hémianopsie complète ».

a. La conformité aux règles de l'art

L'appréciation de ce manquement aux règles de l'art s'effectue **in abstracto**, c'est-à-dire que cela implique une comparaison avec un autre médecin de la même spécialité, placé dans les mêmes circonstances et utilisant la même technique.

Les risques inhérents à l'acte, les difficultés, sont prises en compte dans l'appréciation d'un éventuel manquement. Ainsi, la première chambre civile de la Cour de cassation a rendu **un arrêt le 29 novembre 2005¹⁶**, dans lequel elle a pu retenir l'absence d'une faute d'un praticien malgré l'apparition d'une complication au décours de l'intervention. En l'espèce, la chirurgie endoscopique réalisée, avait été menée suivant une technique éprouvée avec les précautions habituellement recommandées. La cour d'appel a retenu que « la tactique du praticien avait été raisonnable compte tenu des difficultés rencontrées, qu'aucune erreur, imprudence, manque de précaution nécessaire, négligence ou autre défaillance fautive ne pouvait être retenue à son encontre compte tenu du rétrécissement du champ visuel du chirurgien propre à l'endoscopie, de l'emploi de longs instruments comme des variations anatomiques d'un sujet à l'autre ». La Cour de cassation confirme cette décision considérant ainsi que, l'atteinte survenue dont le risque était inhérent à la technique utilisée ne pouvait être imputée à une faute du praticien.

Afin de juger en ce sens, les magistrats s'appuient sur le rapport d'expertise, dont les conclusions sont appréciées souverainement.

13. Cass. 1^{ère} civ., 20 mai 1936.

14. CE, 14 décembre 1981, Centre hospitalier de Pontoise c/ Mlle M., n° 17895.

15. Cass. 1^{ère} civ., 5 mars 2015, n° 14-13.292.

16. Cass. 1^{ère} civ., 29 novembre 2005, n° 03-16.308, Publié au bulletin.

En effet, la Cour de cassation, **par un arrêt rendu le 6 janvier 2011**¹⁷, énonce en ces termes : « *Attendu que la cour d'appel, qui a énoncé à juste titre que la responsabilité du médecin ne peut être engagée que pour faute prouvée, a estimé souverainement, par des motifs ni contradictoires ni hypothétiques, que les experts excluaient clairement que l'intervention pratiquée par Paul X..., chirurgien diplômé, dont les soins avaient été constamment attentifs, consciencieux et conformes aux données acquises de la science, pût être à l'origine des lésions constatées, imputables à un autre praticien ; qu'elle n'a pu qu'en déduire, sans inverser la charge de la preuve ni avoir à procéder à des recherches que ses constatations rendaient inopérantes, que la responsabilité de Paul X... ne pouvait être retenue ni au titre de son obligation contractuelle de soins, ni au titre d'une méconnaissance de son devoir d'information ; d'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches* ».

b. Les données acquises de la science

Dans sa discussion médico-légale, l'expert doit analyser la qualité des actes médicaux réalisés au regard des données acquises de la science à l'époque des faits.

Ces données acquises permettent de distinguer ce qui relève d'un simple usage de fait (pratique habituellement suivie en dépit de l'absence d'une autorité extérieure qui lui a reconnu un caractère obligatoire), d'une réelle pratique professionnelle.

Un courant doctrinal distingue deux approches concernant ces données médicales :

- **les données acquises de la science**, qui désignent les données médicales bénéficiant d'une validation du corps médical.
- **les données médicales dites « avérées »** qui désignent les données validées par la littérature médicale sans assimilation par le corps médical¹⁸.

Enfin, à la différence des données acquises, les **données actuelles** n'ont pas encore subi l'épreuve du temps, n'ayant pas encore été validées par la communauté scientifique.

L'article L.1110-5 du Code de la santé publique prévoit que « *toute personne a, compte tenu de son état de santé et de l'urgence des interventions que celui-ci requiert, le droit de recevoir, sur l'ensemble du territoire, les traitements et les soins les plus appropriés et de bénéficier des thérapeutiques dont l'efficacité est reconnue et qui garantissent la meilleure sécurité sanitaire et le meilleur apaisement possible des souffrances au regard des connaissances médicales avérées* ».

Cette disposition, à laquelle le juge administratif se réfère régulièrement¹⁹, précise les modalités d'appréciation standard du médecin.

La non-conformité à ces données acquises de la science fait présumer une faute du praticien. Il ne s'agit cependant que d'une présomption simple que les juges du fond peuvent, dans leur pouvoir souverain d'appréciation, écarter.

Enfin, dès lors que la faute s'apprécie toujours au jour des faits litigieux, il ne pourrait être reproché à un médecin de ne pas avoir utilisé une technique qui n'existait pas à l'époque ou au contraire d'avoir utilisé une technique par la suite interdite mais parfaitement valide au jour des faits.

Il en est ainsi dans **un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation rendu le 13 juillet 2016**²⁰. En l'espèce, l'expert judiciaire s'est fondé, dans son rapport dont les conclusions ont été homologuées par les juges du fond, sur des publications postérieures à l'acte litigieux pour considérer que le gynécologue obstétricien aurait dû réaliser l'accouchement par voie de césarienne plutôt que par voie basse. La Cour de cassation censure l'arrêt attaqué dans la mesure où la décision médicale ne pouvait être appréciée qu'au regard des connaissances acquises de la science à la date de l'accouchement.

Le juge se réfère ainsi aux données acquises de la science et non aux données actuelles de la science : « *l'obligation pesant sur un médecin est de donner à son patient des soins conformes aux données acquises de la science* » et que « *la branche du moyen qui se réfère à la notion,*

17. Cass. 1^{ère} civ., 6 janvier 2011, n° 09-66.994.

18. RDSS n° 6, décembre 2019, p. 975 à 982, « Les contours de la faute technique médicale ».

19. CE, 4 décembre 2019, n° 423060 ; CAA de Versailles, 25 février 2020, n° 18VE01933 ; CAA de Douai, 18 décembre 2018, n° 16DA01869.

20. Cass. 1^{ère} civ., 13 juillet 2016, n° 15-20.268.

erronée, de données actuelles est dès lors inopérante »²¹.

Les données acquises sont celles qui précèdent chronologiquement les données actuelles de la science.

Toutefois, la Cour de cassation a admis, dans un **arrêt rendu le 5 avril 2018**²², la conformité des soins aux recommandations émises postérieurement à l'acte médical. En effet, elle a considéré qu'un professionnel de santé est fondé à invoquer le fait qu'il a prodigué des soins qui sont conformes à des recommandations émises postérieurement. Dans un tel cas, « *il incombe à des médecins experts judiciaires d'apprécier, notamment au regard de ces recommandations, si les soins litigieux peuvent être considérés comme appropriés* ».

2. Appréciation de la faute caractérisée : le cas particulier du handicap de l'enfant non révélé avant la naissance

A la suite de l'arrêt Perruche²³, la Cour de cassation reconnaissait la responsabilité pleine et entière du médecin en cas de faute de diagnostic d'un handicap non révélé avant la naissance.

La loi du 4 mars 2002 a instauré dans son article 1^{er} le principe selon lequel « *nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance* ». La loi refuse à l'enfant toute indemnisation au titre de la responsabilité civile.

La loi du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées codifie l'article premier de la loi du 4 mars 2002 en l'insérant à l'article L. 114-5 du Code de l'action sociale et des familles.

Cette loi prévoit un régime spécifique de responsabilité en cas d'un handicap congénital non révélé avant la naissance.

Il s'agit de la situation dans laquelle un enfant est né handicapé et dont l'état de santé n'aurait pas été révélé par le médecin aux parents pendant

la grossesse. Dans un tel cas, le médecin n'a pas accompli son devoir d'information privant ainsi les parents de la possibilité de recourir à l'avortement thérapeutique. La loi distingue la situation des parents de celle de l'enfant né handicapé.

La loi soustrait désormais les médecins fautifs à toute responsabilité à l'égard des enfants nés handicapés. En contrepartie, elle reconnaît aux enfants handicapés un droit à compensation au titre de la solidarité nationale.

Par ailleurs, la loi reconnaît aux parents la possibilité de demander la réparation de leur préjudice sur le fondement de la responsabilité civile mais dans certaines limites et à certaines conditions qui n'étaient pas exigées par la jurisprudence antérieure, relatives aussi bien aux préjudices indemnisables qu'à la nature de la faute médicale. La Cour d'appel de Douai est venue confirmer le droit à réparation des parents dans une telle situation dans une **décision du 7 mai 2020**²⁴. Elle a rappelé que les parents d'un enfant né handicapé étaient titulaires d'un droit à réparation de leurs préjudices tant moral que professionnel en cas de faute de diagnostic prénatal. Surtout, elle a jugé que les victimes par ricochet, « *dès lors qu'elles justifient d'un intérêt direct, certain et personnel à solliciter l'indemnisation de leur préjudice moral résultant de la perte de chance générée par la faute médicale* », pouvaient obtenir l'indemnisation de leur préjudice personnel à raison de la naissance d'un enfant dont le handicap n'avait pas été décelé avant la naissance.

Ainsi, la loi n'admet la réparation au titre de la responsabilité civile que du seul préjudice des parents. Les charges matérielles du handicap relèvent, quant à elles, de la solidarité nationale. Ensuite, et surtout, la loi subordonne la responsabilité à la preuve d'une faute médicale « caractérisée ».

La loi du 4 mars 2002 a créé une exigence de « faute caractérisée » pour engager la responsabilité de l'établissement envers les parents d'un enfant né avec un handicap non décelé pendant la gros-

21. Cass., 1^{ère} civ., 6 juin 2000, n° 98-19.295.

22. Cass. 1^{ère} civ., 5 avril 2018, n° 17-15.620.

23. Ass.pl., 17 novembre 2000, PERRUCHÉ : En l'espèce, un enfant né handicapé. Ce handicap n'a pas été décelé par le médecin avant la naissance. Les magistrats de la Haute Cour admettent l'indemnisation de l'enfant du fait de son handicap. Cette solution a été confirmée par trois arrêts d'Assemblée plénière du 13 juillet 2001.

24. CA Douai, 7 mai 2020, n° 18/05429.

sesse²⁵. Souverainement appréciée par les juges du fond, cette faute est reconnue en cas de négligence ou d'investigations non conformes aux données actuelles de la science, lors des actes de détection des anomalies fœtales. Ainsi des hôpitaux ont-ils été condamnés pour ne pas avoir proposé d'amniocentèse à une femme de 38 ans enceinte de jumeaux²⁶ ou pour ne pas avoir prévenu des parents de la difficulté d'interprétation d'une échographie pour certaines anomalies du fœtus²⁷.

Le Conseil d'Etat a estimé, dans une décision du 19 février 2003²⁸, que constitue une faute caractérisée le fait pour l'AP-HP d'intervertir des résultats d'analyse d'amniocentèses pratiquées sur deux patientes. En revanche, l'absence d'information sur le degré de fiabilité des résultats et d'analyses et la marge d'erreur les affectant ne constitue pas une faute caractérisée²⁹.

De même, la Cour d'appel d'Angers a pu estimer qu'étaient constitutives d'une faute caractérisée l'absence de vigilance et la légèreté répétée à trois reprises, le médecin n'ayant pu déceler pendant la grossesse le syndrome polymalformatif du membre inférieur droit aux examens de la 12^{ème}, 20^{ème}, et 25^{ème} semaine, alors que le diagnostic était accessible à l'échographie.

Dans un second temps, la Cour de cassation a tenté de délimiter les contours de cette notion, dans un arrêt de la **première chambre civile du 16 janvier 2013**³⁰.

Une femme a accouché d'une fille présentant une agénésie de l'avant-bras droit. Au cours de sa grossesse, elle avait fait l'objet de trois échographies pratiquées successivement par deux médecins échographistes. Les parents ont recherché la responsabilité des deux praticiens. La cour d'appel a relevé que l'un des médecins échographistes avait indiqué, dans son compte-rendu écrit, que les membres étaient visibles avec leurs extrémités. Elle en a alors déduit la commission d'une faute qui, **par son intensité et son évidence**, était caractérisée au sens de l'article

L. 114-5 du Code de l'action sociale et des familles, qui prévoit l'indemnisation du préjudice des parents causé par la faute caractérisée d'un professionnel ou d'un établissement de santé dans la naissance d'un enfant dont le handicap n'a, par cette faute, pas été décelé pendant la grossesse.

La Cour de cassation rejette le pourvoi formé par l'un des échographistes, lequel soutenait que son erreur n'était pas fautive compte tenu « *des difficultés et de la marge d'erreur inhérentes à ce type d'examen* ». Selon la Haute cour, la cour d'appel, ayant déduit l'existence d'une faute caractérisée du constat que l'autre médecin échographiste avait affirmé, dans le compte-rendu écrit de l'examen, la présence de deux mains, a, par ce seul motif, légalement justifié sa décision de condamner in solidum les deux médecins échographistes à réparer le dommage moral subi par les parents.

Les mêmes critères de la faute caractérisée sont repris par un autre arrêt de la **première chambre civile de la Cour de cassation du 14 novembre 2013**³¹, dans lequel celle-ci n'est pas retenue. Lors d'une échographie, le médecin avait constaté une anomalie de croissance du fœus, mais n'en avait pas informé sa patiente et n'avait rien entrepris de particulier pour déterminer la cause de cette anomalie. Le pourvoi qui reprochait à la cour d'appel de n'avoir pas constaté la faute est pourtant rejeté au motif que si le médecin a bien commis une faute, pareille faute n'était pour autant pas caractérisée au motif qu'elle « *ne revêt pas les exigences d'intensité et d'évidence, constitutives de la faute caractérisée requise par l'article L.114-5, alinéa 3, du Code de l'action sociale et des familles pour engager la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé vis-à-vis des parents d'un enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse* ».

La Cour d'appel de Versailles a par exemple pu mentionner, dans un **arrêt du 14 juin 2018**³², pour retenir la faute caractérisée que « *sans encourir le reproche que lui fait l'appelant d'avoir déduit de l'erreur de diagnostic l'existence d'une*

25. CASF, art. L. 114-5 al. 2.

26. CAA Paris, 24 juin 2008.

27. CAA Lyon, 11 février 2003.

28. CE, 19 février 2003, n° 247908.

29. CE, 9 février 2005, n° 255990.

30. Cass. 1^{ère} civ., 16 janvier 2013, n° 12-14.020

31. Cass. 1^{ère} civ., 14 novembre 2013, n° 12-21.576.

32. CA Versailles, 14 juin 2018, n° 16/07370 ; CA Papeete, 12 juillet 2018, n° 13/00572.

faute caractérisée et d'avoir fait peser sur lui une obligation de résultat, le tribunal a, à raison, jugé sans qu'une expertise soit nécessaire, qu'en affirmant sans exprimer de doutes ni de réserve avoir vu les membres supérieurs de l'enfant lors des échographies des premier et deuxième trimestres, alors que l'avant-bras gauche ne pouvait être visible, M. X avait commis une faute dont l'intensité et l'évidence justifiaient sa qualification de faute caractérisée, de nature à engager sa responsabilité. Cette faute caractérisée ne résulte pas de l'absence de détection de l'anomalie mais de ce que, lors des échographies, M. X a pu décrire un avant-bras dont le nouveau-né était privé ».

Dans une décision de la **première chambre civile de la Cour de cassation du 5 juillet 2017**³³, la faute caractérisée du médecin est écartée.

En l'espèce, il s'agissait d'une femme qui avait effectué les tests pour détecter toute anomalie chromosomique, examen qui a mis en évidence un risque de 1 sur 372.

L'enfant est né trisomique. Les parents ont assigné en responsabilité le médecin en raison du manquement d'information mais également de vigilance pour ne pas avoir proposé d'amniocentèse.

La Cour estime que le comportement du médecin, qui n'a pas proposé d'amniocentèse, n'est pas fautif. En revanche, il a manqué à son devoir d'information, mais ce manquement ne peut s'analyser en une faute caractérisée.

« Attendu, ensuite, qu'après avoir retenu, en se fondant sur les constatations de l'expert désigné lors de la procédure de règlement amiable, qu'une amniocentèse est proposée dans le cas d'un risque estimé à un sur deux-cent-soixante, qu'il n'existait pas, dans le cas de Mme X..., d'autres signes en faveur d'une trisomie 21 et que, même s'il avait été procédé à un calcul de risque intégré, celui-ci aurait donné un résultat inférieur à un sur mille, l'arrêt relève qu'il ne peut, dès lors, être reproché au praticien de ne pas avoir proposé d'amniocentèse à l'intéressée, mais qu'il a, néanmoins, manqué à son obligation d'information sur les résultats de l'examen,

en se bornant à indiquer à Mme X... qu'ils étaient bons ; que la cour d'appel a pu en déduire que ce manquement ne pouvait s'analyser en une faute caractérisée, au sens des dispositions de l'article L. 114-5 précité, et qu'en l'absence de preuve d'une telle faute, la responsabilité du praticien ne saurait être engagée ».

Ainsi, ces arrêts confirment l'exigence du double critère de l'intensité et de l'évidence de la faute caractérisée dégagé par l'arrêt du 16 janvier 2013.

3. Présomption de faute du chirurgien : la notion de faute virtuelle

La charge de la preuve de la faute du professionnel de santé pèse sur la victime. La preuve de ce fait juridique peut être apportée par tout moyen.

Cette règle étant appliquée strictement en matière médicale, le juge doit ainsi rejeter la demande à défaut de cette preuve.

Toutefois, afin de faciliter la tâche probatoire des victimes, la Cour de cassation reconnaît parfois l'existence d'une faute dite « virtuelle » qu'elle déduit de la constatation du dommage.

En effet, en matière d'actes chirurgicaux, si le principe de la responsabilité pour faute demeure, la Cour de cassation se montre plus sévère avec les chirurgiens : la maladresse dans l'exercice de leur métier sera souvent qualifiée de faute.

Avant même l'entrée en vigueur de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, la première chambre civile de la Cour de cassation retenait que « toute maladresse d'un praticien engage sa responsabilité et est, par là même, exclusive de la notion de risque inhérent à un acte médical »³⁴.

Dans cette situation, la faute est présumée et la charge de la preuve pèse sur le médecin, qui doit ainsi démontrer l'existence d'une anomalie rendant l'atteinte inévitable, ou la réalisation d'un risque inhérent à l'opération qui ne pouvait être maîtrisé et qui relèverait d'un aléa thérapeutique.

« L'atteinte, par un chirurgien, à un organe ou une partie du corps du patient que son inter-

33. Cass. 1^{ère} civ., 5 juillet 2017, n° 16-21.147.

34. Cass. 1^{ère} civ., 30 septembre 1997, n° 95-16.500.

vention n'impliquait pas est fautive, en l'absence de preuve, qui lui incombe, d'une anomalie rendant l'atteinte inévitable ou de la survenance d'un risque inhérent à cette intervention qui, ne pouvant être maîtrisé, relèverait de l'aléa thérapeutique »³⁵.

La faute peut être exclue si le chirurgien est en mesure de prouver que l'atteinte portée à un organe non concerné par l'intervention était inévitable ou inhérente à l'acte pratiqué.

C'est ce qu'a confirmé la **première chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 4 octobre 2017**³⁶ : « Dans le cas d'une atteinte à un organe ou un tissu que l'intervention n'impliquait pas, une faute du chirurgien peut être écartée par la preuve de la survenance d'un risque inhérent à l'intervention ne pouvant être maîtrisé et relevant de l'aléa thérapeutique ».

Il convient toutefois de préciser que pour appliquer cette présomption de faute, l'auteur doit être clairement identifié.

Dans un **arrêt rendu par la première chambre civile le 3 novembre 2016**³⁷, la haute juridiction n'a pas retenu la responsabilité de deux établissements de santé, impliqués tous deux dans un accident médical. En l'espèce, la victime a subi successivement deux opérations dans des établissements différents, et une compresse a été oubliée dans son abdomen. L'expertise médicale a conclu qu'il était impossible de déterminer au cours de quelle opération la faute avait été commise. La patiente a donc assigné en réparation de ses préjudices les chirurgiens et les deux cliniques où ont été pratiquées les opérations litigieuses en demandant leur condamnation in solidum.

La Cour de cassation a refusé, en présence de cette incertitude d'imputabilité de la faute, de renverser la charge de la preuve, rejetant le pourvoi sur le fondement de l'article L. 1142-1, I, alinéa 1er, du Code de la santé publique, au motif que les professionnels de santé ainsi que les établissements dans lesquels sont réalisés des actes de soins ne sont responsables des conséquences

dommageables de ceux-ci qu'en cas de faute et qu'il incombe au demandeur d'établir l'existence de cette faute et le lien de causalité avec le dommage qu'il a subi. « S'agissant d'une responsabilité personnelle, elle implique que soit identifié le professionnel de santé ou l'établissement de santé auquel elle est imputable ou qui répond de ses conséquences à défaut d'identification ».

Par ailleurs, la Cour de cassation a précisé dans un **arrêt rendu le 26 février 2020**³⁸, que cette présomption de faute est subordonnée à la certitude de l'imputabilité du dommage à l'acte médical en cause. A défaut de cette imputabilité, le demandeur ne peut bénéficier du renversement de la charge de la preuve.

En l'espèce, un patient a été opéré d'une hernie discale par un praticien exerçant son activité à titre libéral au sein d'une clinique, et a présenté dans les suites de cette intervention une contusion médullaire. Sur la base des rapports d'expertise, la cour d'appel a retenu la responsabilité pour faute du chirurgien. Un pourvoi est donc formé par ce dernier qui invoque une présomption de responsabilité. En effet, sa responsabilité avait été établie malgré l'incertitude pesant sur l'origine de la contusion médullaire présentée par le patient.

La Cour de cassation opère par cet arrêt un rappel de sa jurisprudence quant à la présomption de faute du chirurgien et précise également que ce revirement de la charge de la preuve est conditionné à la démonstration préalable par le demandeur d'un dommage imputable à l'acte médical en cause. Or, dans cette espèce, l'imputabilité de la lésion à l'acte n'était pas démontrée par le demandeur.

Remarque : si la présomption est renversée par le chirurgien, l'indemnisation au titre de la solidarité nationale est loin d'être automatique car elle suppose non seulement que le seuil de gravité ait été atteint (article D. 1142-1 du CSP) mais surtout que le dommage présente un caractère anormal (voir la deuxième partie sur la notion d'aléa thérapeutique).

35. Cass. 1^{ère} civ., 20 mars 2013, n° 12-13.900.

36. Cass. 1^{ère} civ., 4 octobre 2017, n° 16-24.159.

37. Cass. 1^{ère} civ., 3 novembre 2016, n° 15-25.348.

38. Cass. 1^{ère} civ., 26 février 2020, n° 19-13.423 et 19-14.240.

B. Le régime de responsabilité sans faute : les exceptions légales issues de la loi du 4 mars 2002

Le principe de responsabilité pour faute connaît deux grandes exceptions. La première concerne la réparation des infections nosocomiales. La seconde est relative aux dommages causés par des produits de santé.

1. Les infections nosocomiales

Le régime d'indemnisation des infections nosocomiales à l'origine prétorien, qui s'applique d'ailleurs encore à tous les dommages survenus avant le 5 septembre 2001 (date d'entrée en vigueur de la loi Kouchner rappelons-le), a été marqué par des divergences entre les deux ordres de juridiction³⁹.

Dix-huit ans après l'intervention de la loi Kouchner, l'heure du bilan est arrivée. Est-on parvenu à une harmonisation et une stabilisation ?

Dès 1960, le juge administratif a consacré un régime de faute présumée, dans l'affaire Savelli⁴⁰ dans laquelle un dysfonctionnement flagrant a permis de révéler une faute dans l'organisation ou le fonctionnement du service hospitalier.

Dans les cas où le dysfonctionnement de l'établissement était moins flagrant, le juge administratif n'a, par ailleurs, pas hésité, en ce qui concerne le dommage subi, à parler d'anomalie pour faire jouer cette présomption⁴¹. Dans cette affaire, le Conseil d'Etat a considéré que le fait qu'une infection méningée ait pu se produire révèle une faute dans l'organisation et le fonctionnement du service public hospitalier à qui il incombe de fournir au personnel médical du matériel et des produits stériles.

De son côté, le juge judiciaire a d'abord adopté un régime de présomption de faute, notamment

dans les salles d'opération⁴² et d'accouchement⁴³. Puis, la Cour de cassation a abandonné la présomption de faute et fait peser sur les cliniques privées et les praticiens y exerçant une obligation de sécurité et de résultat, dont il n'était possible de s'exonérer qu'en prouvant une cause étrangère⁴⁴. Cette jurisprudence a même été étendue au praticien libéral exerçant en cabinet de ville.

Ce clivage conceptuel entre les deux ordres de juridiction n'avait cependant pas de réelles conséquences pratiques.

La divergence majeure entre ces deux ordres se situait sur le terrain de la distinction entre les infections d'origine endogène (germes déjà présents sur le corps du patient) et celles d'origine exogène (germes extérieurs, introduits accidentellement dans l'organisme du patient).

Pour le Conseil d'Etat, le fait que la victime ait été porteuse du foyer infectieux avant l'intervention signifiait que l'infection contractée ne pouvait pas révéler, par elle-même, une faute dans l'organisation et le fonctionnement du service public hospitalier⁴⁵. Ainsi, dès lors qu'il s'agissait d'une infection d'origine endogène, la responsabilité de l'hôpital n'était pas engagée.

Par la suite le Conseil d'Etat, a introduit une présomption d'origine exogène de l'infection, dans le cas où l'origine n'était pas établie avec certitude.

A contrario, son homologue judiciaire ne faisait pas de distinction entre les infections endogènes et exogènes⁴⁶.

Cette divergence a entraîné une inégalité de traitement entre les victimes, selon qu'elles aient été prises en charge dans un établissement public de santé ou dans le secteur privé.

C'est dans un tel contexte qu'est intervenue la loi du 4 mars 2002 en instaurant un régime d'in-

39. Malgré l'élargissement en 2007 de la notion d'infection nosocomiale à celle d'infection associée aux soins, afin d'inclure le secteur médico-social et celui des soins de ville, la politique publique de prévention de ces infections est restée centrée sur les établissements hospitaliers.

40. CE, 18 novembre 1960, Savelli.

41. CE, 9 décembre 1988, Cohen, n° 65087.

42. Cass. 1^{ère} civ., 21 mai 1996, n° 94-16.586.

43. Cass. 1^{ère} civ., 16 juin 1998, n° 97-18.481.

44. Cass. 1^{ère} civ., 29 juin 1999 (3 espèces), n° 97-14.254 ; n° 97-15.818 ; n° 97-21.903 (arrêts dits « staphylocoques dorés »).

45. CE, 27 septembre 2002, Neveu, n° 211370 ; CE, 25 octobre 2006, CHU de Brest, n° 275700.

46. Cass., 1^{ère} civ., 4 avril 2006, n° 04-17.491 ; Cass., 1^{ère} civ., 14 juin 2007, n° 06-10.812.

demnisation. Pour autant, cette loi ne définit pas les infections nosocomiales, laissant au juge le soin de la préciser au plus près des besoins des patients.

L'article L. 1142-1 I, alinéa 2, du Code de la santé publique, issu de la loi du 4 mars 2002, prévoit qu'en cas d'infection nosocomiale l'établissement de santé est responsable de plein droit sauf s'il rapporte la preuve d'une cause étrangère. Dans ce dernier cas, la solidarité prend le relais, via l'ONIAM, sous réserve du seuil de gravité et de la condition d'anormalité du dommage (voir la deuxième partie sur la notion d'aléa thérapeutique).

Par ailleurs, il semblerait, à la lecture des décisions du Conseil d'Etat, que celui-ci ait abandonné le régime de la faute présumée⁴⁷.

Suite à l'adoption de la loi, le Conseil d'Etat a abandonné la distinction entre les infections nosocomiales dites endogènes et exogènes contractées à compter du 5 septembre 2001.

2. Le régime des produits défectueux

Si le régime de responsabilité des produits défectueux est un régime de responsabilité sans faute, il ne vise que les producteurs, la directive européenne de 1985⁴⁸ laissant le soin aux États membres de définir le régime applicable lorsque le dommage est lié à une utilisation du produit.

Saisie par le Conseil d'Etat⁴⁹ de la question de la compatibilité avec la directive précitée du régime de responsabilité sans faute du service public hospitalier, selon lequel, sans préjudice d'éventuels recours en garantie, celui-ci est responsable, même en l'absence de faute de sa part, des conséquences dommageables pour les usagers de la défaillance des produits et appareils de santé qu'il utilise⁵⁰, la Cour de justice de l'Union européenne a dit pour droit que : « La responsabilité d'un prestataire de services

qui utilise, dans le cadre d'une prestation de services, telle que des soins dispensés en milieu hospitalier, des appareils ou des produits défectueux dont il n'est pas le producteur au sens de l'article 3 de la directive 85/374/CEE du Conseil, du 25 juillet 1985, relative au rapprochement des dispositions en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, telle que modifiée par la directive 1999/34/CE du Parlement européen et du Conseil, du 10 mai 1999, et cause, de ce fait, des dommages au bénéficiaire de la prestation, ne relève pas du champ d'application de cette directive. Cette dernière ne s'oppose dès lors pas à ce qu'un Etat membre institue un régime, tel que celui en cause en principal, prévoyant la responsabilité d'un tel prestataire à l'égard des dommages ainsi occasionnés, même en l'absence de toute faute imputable à celui-ci, à condition, toutefois, que soit préservée la faculté pour la victime et/ou ledit prestataire de mettre en cause la responsabilité du producteur sur le fondement de ladite directive, lorsque se trouvent remplies les conditions prévues par celle-ci. »⁵¹

Sur ce point, les deux ordres juridictionnels s'opposent.

Par la suite, le Conseil d'Etat a maintenu, dans plusieurs arrêts⁵², le régime de responsabilité sans faute du service public hospitalier et l'a étendu au cas dans lequel ce service implante, au cours de la prestation de soins, un produit défectueux dans le corps d'un patient, tel qu'une prothèse.

Citons par exemple, une décision du **Conseil d'Etat du 25 juillet 2013**⁵³ : « 3. Considérant qu'il résulte de l'interprétation ainsi donnée par la Cour de justice de l'Union européenne que la directive du 25 juillet 1985 ne fait pas obstacle à l'application du principe selon lequel, sans préjudice des actions susceptibles d'être exercées à l'encontre du producteur, le service public hospitalier est responsable, même en l'absence

47. Voir, par exemple, CE, 10 octobre 2011, CHU d'Angers, n° 328500.

48. La directive européenne du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux.

49. CE, 4 octobre 2010, Centre hospitalier universitaire de Besançon, n° 327449.

50. CE, 9 juillet 2003, AP-HP c/ Mme Marzouk, n° 220437.

51. CJUE, 21 décembre 2011, Centre hospitalier de Besançon, n° C-495/10.

52. A titre d'illustration, voir : CE, 9 juillet 2003, Assistance publique-Hôpitaux de Paris c/ X, n° 220437 ; CE, 15 juillet 2004, n° 252551 ; CJUE, 21 décembre 2011, CHU de Besançon, C-495/10 ; CE, 12 mars 2012, n° 327449.

53. CE, 25 juillet 2013, n° 339922 ; Dans le même sens, voir : TA d'Amiens, 30 septembre 2015, n° 1501475.

de faute de sa part, des conséquences dommageables pour les usagers de la défaillance des produits et appareils de santé qu'il utilise ; que ce principe trouve à s'appliquer lorsque le service public hospitalier implante, au cours de la prestation de soins, un produit défectueux dans le corps d'un patient ».

A l'inverse, la Cour de cassation qui soumettait les professionnels de santé et les établissements de santé privés à une obligation de sécurité de résultat concernant les produits de santé utilisés ou fournis⁵⁴ a ensuite retenu, dans des litiges ne relevant pas de la loi du 4 mars 2002, que leur responsabilité n'était engagée qu'en cas de faute⁵⁵.

La première chambre civile de la Cour de cassation l'a rappelé récemment dans un **arrêt en date du 26 février 2020**⁵⁶ dans le cadre de la pose d'une prothèse défectueuse. Elle est venue réaffirmer la responsabilité de plein droit du producteur d'un produit de santé dès lors qu'est caractérisée la défectuosité de ce dernier et la nécessité d'établir la faute du praticien qui a fait usage de ce produit sur le patient.

En l'espèce, une personne a fait une chute à la suite de la rupture d'une prothèse implantée dans sa hanche. La victime a alors assigné en responsabilité et indemnisation le chirurgien et le producteur de la prothèse défaillante.

La Cour de cassation valide la décision de la cour d'appel qui retient la responsabilité du producteur d'une prothèse en constatant que la rupture prématurée de celle-ci ne pouvait trouver d'autres explications que celle d'un défaut de la prothèse et que les juges ne sont pas liés par les conclusions expertales. Par ailleurs, la Cour de cassation confirme sa jurisprudence en ne faisant peser sur le professionnel de santé qu'une responsabilité pour faute lorsque celui-ci utilise un produit défectueux. Il revient alors à la victime de prouver la faute du médecin.

« 4. L'arrêt retient, en se fondant sur les constatations de l'expert, que la rupture de la prothèse a provoqué la chute de M. H..., que cette rupture

n'est pas imputable au surpoids de ce dernier, qu'aucune erreur n'a été commise dans le choix et la conception de la prothèse ni lors de sa pose et que le point de fracture se situe à la base, dans la zone de faiblesse de toute prothèse de hanche. Il ajoute que la tige fémorale posée le 15 octobre 2004 ne présentait pas la sécurité à laquelle on pouvait légitimement s'attendre.

5. De ces constatations et énonciations souveraines ne procédant pas de dénaturations, la cour d'appel, qui n'était pas liée par les conclusions expertales, a pu déduire que la rupture prématurée de la prothèse était due à sa défectuosité, de sorte que se trouve engagée la responsabilité de droit du producteur à l'égard de M. H... ».

II. Focus sur deux catégories de fautes : la faute d'humanisme et la faute technique

A. La faute d'humanisme

1. L'évolution des jurisprudences administrative et judiciaire sur le devoir d'information du médecin

a. Sur le contenu de l'information

L'article L.1111-2 du Code de la santé publique précise le contenu de l'information dont doit bénéficier le patient : « Cette information porte sur les différents investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus ».

L'information doit ainsi porter non seulement sur le diagnostic, la maladie dont est atteint le patient, mais également sur les traitements, les soins envisagés, et les risques qui y sont attachés. L'opportunité de l'acte doit être expliquée (utilité de l'acte, urgence, risques, autres solutions possibles, conséquences d'un refus).

54. Cass. 1^{ère} civ., 9 novembre 1999, n° 98-10.010 ; Cass. 1^{ère} civ., 7 novembre 2000, n° 99-12.255.

55. Cass. 1^{ère} civ., 12 juillet 2012, n° 11-17.510 ; Cass. 1^{ère} civ., 14 novembre 2018, n° 17-28.529, 17-27.980, publié au bulletin.

56. Cass. 1^{ère} civ., 26 février 2020, n° 18-26.256, publié au bulletin.

Dans **un arrêt du 27 juin 2016**⁵⁷, le Conseil d'Etat a affirmé que l'information était due même lorsqu'il ne s'agissait pas d'un acte médical : « la circonstance que l'accouchement par voie basse constitue un évènement naturel, et non un acte médical, ne dispense pas les médecins de l'obligation de porter, le cas échéant, à la connaissance de la femme enceinte les risques qu'il est susceptible de présenter eu égard notamment à son état de santé, à celui du fœtus ou à ses antécédents médicaux, et les moyens de les prévenir ». Le Conseil d'Etat avait donc élargi le champ d'application de l'obligation d'information.

Par **un arrêt rendu le 23 janvier 2019**⁵⁸, la première chambre civile de la Cour de cassation a également précisé la portée de l'obligation d'information du praticien lors d'un accouchement. En l'espèce, un accouchement par voie basse, qui constitue en soi un événement naturel et non un acte médical, ne dispense pas le professionnel de santé de son obligation d'information quant aux risques qu'il est susceptible de présenter. Si le risque se réalise, le défaut d'information cause à celui auquel elle était due un préjudice moral distinct des atteintes corporelles subies.

L'information du malade doit porter sur « les risques fréquents ou graves normalement prévisibles ».

En ce qui concerne les risques graves, la définition qu'en avait donné le Conseiller Pierre Sargos dans son rapport devant la première chambre civile de la Cour de cassation en date du 14 octobre 1997 demeure toujours d'actualité : ce sont des risques « de nature à avoir des conséquences mortelles, invalidantes ou même esthétiques graves compte tenu de leurs répercussions psychologiques ou sociales ».

La Cour de cassation et le Conseil d'Etat, par des arrêts du 7 octobre 1998 et du 5 janvier 2000 avaient affirmé que le médecin n'était pas dispensé de cette obligation « par le seul fait que ces risques graves ne se réalisent qu'exceptionnellement »⁵⁹. Traditionnellement, l'obligation d'information ne portait que sur les risques graves normalement prévisibles. Avec ces arrêts,

la Cour de cassation a élargi le contenu de l'obligation d'information. Désormais, seule est prise en compte la gravité du risque, indépendamment de la fréquence statistique de sa réalisation.

En ce sens, dans **un arrêt du 12 octobre 2016**⁶⁰, la première chambre civile de la Cour de cassation a jugé « qu'un risque grave scientifiquement connu à la date des soins comme étant en rapport avec l'intervention ou le traitement envisagés, constitue, même s'il ne se réalise qu'exceptionnellement, un risque normalement prévisible ». En l'espèce, un patient avait contracté une arthrite septique d'origine nosocomiale, à la suite de l'arthrographie d'une épaule réalisée par un radiologue. Pour la Cour, même si le risque d'arthrite septique lié à la réalisation d'un arthroscanner constituait un risque exceptionnel, et non un risque statistiquement prévisible, le praticien avait l'obligation d'en informer préalablement le patient.

Cette solution a été ensuite confirmée par le Conseil d'Etat dans **un arrêt du 19 octobre 2016**⁶¹.

b. Cas particuliers

L'information due par le médecin est étendue lorsqu'une thérapeutique nouvelle est mise en œuvre.

Quant au caractère connu ou inconnu du risque, le Conseil d'Etat a rappelé dans un arrêt rendu le 10 mars 2017⁶² qu'« en application de l'article L1111-2 du Code de la santé publique, doivent être portés à la connaissance du patient, préalablement au recueil de son consentement à l'accomplissement d'un acte médical, les risques connus de cet acte qui, soit présentent une fréquence statistique significative, quelle que soit leur gravité, soit revêtent le caractère de risques graves, quelle que soit leur fréquence ».

Le Conseil d'Etat ajoute « qu'il appartient aux juges du fond devant lesquels est invoquée la violation de ces dispositions de rechercher dans la littérature médicale si le risque qui est survenu était connu ou, s'il se rattache à une catégorie de

57. CE, 27 juin 2016, n°386165.

58. Cass. 1^{ère} civ., 23 janvier 2019, n° 18-10.706.

59. Cass. 1^{ère} civ., 7 octobre 1998 ; CE, 5 janvier 2000, n° 181899.

60. Cass. 1^{ère} civ., 12 octobre 2016, n° 15-16.894.

61. CE, 19 octobre 2016, n° 391538.

62. CE, 10 mars 2017, n° 396432.

risque connu, la circonstance qu'il constitue un aléa thérapeutique ne permettant pas par elle-même de conclure à son imprévisibilité ».

A signaler également **un arrêt rendu le 5 mars 2015**⁶³, dans lequel la première chambre civile affirme, pour la première fois, que le médecin a le devoir de se renseigner sur l'état de santé du patient avant de l'informer sur les risques de l'acte médical envisagé. Elle retient que : « l'obligation, pour le médecin, de donner au patient des soins attentifs, consciencieux et conformes aux données acquises de la science » fait peser sur les professionnels de santé « le devoir de se renseigner avec précision sur l'état de santé du patient, afin d'évaluer les risques encourus et de lui permettre de donner un consentement éclairé ».

2. Exceptions au devoir d'information

L'alinéa 2 de l'article L.1111-2 du Code de la santé publique prévoit que « cette information incombe à tout professionnel de santé dans le cadre de ses compétences et dans le respect des règles professionnelles qui lui sont applicables. Seules l'urgence ou l'impossibilité d'informer peuvent l'en dispenser ».

Cette disposition fait écho à l'article 41 du code de déontologie médicale, qui prévoit qu'« aucune intervention mutilante ne peut être pratiquée sans motif médical très sérieux et, sauf urgence ou impossibilité, sans information de l'intéressé et sans son consentement », et est en accord avec la jurisprudence⁶⁴ établie sur les limites de cette obligation d'information du médecin.

Si l'urgence est plus rare à être caractérisée, le caractère impérieux de l'intervention justifie plus souvent l'exception au devoir d'information.

Ainsi, la **CAA de Marseille a-t-elle jugé le 11 avril 2019**⁶⁵ : « Il résulte de l'instruction, et notamment du rapport de l'expertise diligentée par la commission régionale de conciliation et d'indemnisation

des accidents médicaux Provence-Alpes-Côte d'Azur, que la réduction de la fracture cervicale dont [le patient Mr G] a été victime réalisée le 16 mai 2012 était impérieusement requise. M. G ne disposait pas de possibilité raisonnable de refus. Par suite, le défaut d'information sur les risques de cette première intervention ne peut être regardé, dans les circonstances de l'espèce, comme lui ayant fait perdre une chance d'échapper aux complications qui sont survenues. Dans ces conditions, M^{mes} D et G ne sauraient davantage rechercher en appel qu'en première instance la responsabilité de l'AP-HM pour défaut d'information ».

Les sanctions au manquement du médecin à son devoir d'information sont développées dans la troisième partie sur la notion de la perte de chance.

B. La faute technique

Cette faute technique peut revêtir plusieurs formes :

- Faute résultant d'un acte illicite⁶⁶ : A titre d'exemple, c'est la situation dans laquelle un médecin pratique une interruption volontaire de grossesse hors délai (pratique illégale de la médecine) ou encore, lorsqu'un médecin permet à ses assistantes d'effectuer des épilations au laser, sans sa surveillance⁶⁷.
- Faute de diagnostic.
- Faute dans la prescription.
- Faute de surveillance.
- Faute dans la conduite des soins.

1. La faute de diagnostic

Le diagnostic est l'acte par lequel le médecin va identifier la maladie de son patient en associant celle-ci à l'observation des symptômes ou l'informer des risques de survenance de la maladie en fonction de ses prédispositions.

Le Code de déontologie⁶⁸ impose au professionnel de santé d'établir le diagnostic avec le

63. Cass. 1^{ère} civ., 5 mars 2015, n° 14-13.292.

64. Cass. 1^{ère} civ., 7 octobre 1998, n° 97-10.267 ; CE, 5 janv. 2000, n° 181899, Telle.

65. CAA Marseille, 11 avril 2019, n° 17MA04091.

66. L'article 4161-1 du Code de la santé publique définit cette notion. Il fixe certains actes qui ne peuvent être réalisés que par un médecin.

67. Cass. 1^{ère} civ., 27 février 2018, n° 17-81.962.

68. L'article 33 du Code de déontologie médicale qui dispose que « le médecin doit toujours élaborer son diagnostic avec le plus grand soin, en y consacrant le temps nécessaire, en s'aidant dans toute la mesure du possible des méthodes scientifiques les mieux adaptées et, s'il y a lieu, de concours appropriés ».

plus grand soin, et d'y consacrer le plus de temps possible. Ainsi, on observe que le diagnostic est personnel et qu'une simple erreur de diagnostic ne saurait suffire à engager la responsabilité du professionnel de santé⁶⁹. L'erreur fautive de diagnostic peut être exclue en raison de la rareté de la pathologie⁷⁰ ou de la localisation atypique de la douleur⁷¹ et si elle est susceptible d'être commise par un autre médecin de la même spécialité, placé dans les mêmes circonstances⁷².

A partir de quand l'erreur de diagnostic se mue-t-elle en faute ? Le juge, aidé de l'expert, examinera la manière dont le diagnostic a été posé. A-t-il été établi conformément aux exigences des règles de l'art ? Le médecin a-t-il fait preuve de négligence ou d'empressement ? Le médecin s'est-il aidé de ses confrères pour l'assister lorsqu'il a été confronté à une difficulté⁷³ ?

L'erreur de diagnostic s'analysera en une faute lorsque :

- Elle sera grossière. C'est le cas par exemple lorsqu'une patiente qui vient d'accoucher présente de grandes douleurs abdominales, ainsi qu'une température élevée et une hyperleucocytose et que l'on ne propose qu'un traitement antidouleurs sans aucune antibiothérapie entraînant par la suite des amputations⁷⁴ ;
- Ou bien encore, lorsque le médecin n'a pas fait les recherches nécessaires (renseignement sur l'état du patient, examen complémentaire) pour préciser le diagnostic⁷⁵ ;
- Ou lorsque le médecin se livre à une mauvaise interprétation des symptômes que présente le malade⁷⁶.

Afin d'éviter les erreurs de diagnostic, le médecin ne doit pas hésiter à s'entourer du concours

de spécialistes, de sorte que commet une faute le professionnel de santé qui s'abstient de solliciter un autre avis médical.

Pour autant, tenu d'exercer sa profession en toute indépendance, le médecin n'est pas tenu par le diagnostic établi antérieurement par son confrère. Il doit apprécier, personnellement et sous sa responsabilité, le résultat des examens et des investigations et le cas échéant, en faire pratiquer de nouveaux conformément aux données acquises de la science⁷⁷.

Récemment, la chambre criminelle de la Cour de cassation, dans un **arrêt du 10 septembre 2019**⁷⁸, retient la responsabilité d'un praticien pour faute de diagnostic. En l'espèce, du fait du décès d'un patient hospitalisé en psychiatrie à la suite d'une occlusion intestinale, un médecin généraliste a été condamné pour homicide involontaire pour ne pas avoir prescrit de radio ou de scanner, ne pas avoir procédé à une surveillance du transit intestinal, n'avoir effectué qu'une tentative de réanimation sommaire et sans conviction et n'avoir pas donné d'instruction pour l'utilisation du matériel de réanimation.

Ainsi, il appartiendra à la victime de démontrer que le médecin n'a pas réalisé toutes ses obligations dans la réalisation du diagnostic.

Toutefois, la victime pourra s'appuyer dans l'administration de la preuve par l'expertise médicale ou avis experts.

La faute technique peut également être commise dans la conduite des soins et peut revêtir plusieurs formes.

69. Cass. 1^{ère} civ., 3 avril 2007, n° 05-10.515 ; Voir également : CA Amiens, 14 mars 2019, n° 17/03302.

70. Cass. 1^{ère} civ., 16 juin 1998, n° 97-18.509.

71. Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} mars 2005, n° 03-19.062 : la localisation de la douleur pouvant conduire dans un premier temps à suspecter une infection urinaire et à écarter la péritonite grave.

72. Cass. 1^{ère} civ., 25 juin 2009, n° 08-15.560 : n'est pas fautif le psychiatre qui n'a pas diagnostiqué une psychose puerpérale en raison de la difficulté entourant le diagnostic de cette pathologie.

73. Art. R. 4127-33 CSP.

74. Cass. 1^{ère} civ., 16 juin 1998, n° 97-18.509.

75. Cass. 1^{ère} civ., 15 novembre 1989, n° 88-12.702 ; Cass. 1^{ère} civ., 29 novembre 2005, n° 04-13.805 ; Cass. 1^{ère} civ., 26 septembre 2012, n° 11-19.284 : Le médecin n'avait pas employé tous les moyens d'investigation dont il disposait pour vérifier l'existence d'une macrosomie fœtale qu'elle devait suspecter et « poser un diagnostic éclairé lui permettant d'orienter la parturiente en toute connaissance de cause vers le mode d'accouchement le plus adapté ».

76. Cass. 1^{ère} civ., 13 décembre 1989, n° 88-17.459 : médecin qui omet de diagnostiquer une maladie d'Osler alors que les divers symptômes imposaient d'envisager cette maladie.

77. Cass. 1^{ère} civ., 30 avril 2014, n° 13-14.288 ; Cass. 1^{ère} civ., 3 mai 2018, n° 16-27.506, publié au bulletin.

78. Crim., 10 septembre 2019, n° 18-85.019.

2. La faute en matière de prescription

• La prescription d'un acte médical

Selon l'article R. 4127-8 du Code de la santé publique, le médecin dispose d'une liberté de prescription. Néanmoins une faute peut être retenue dans la prescription d'un acte si celui-ci n'est plus conforme aux données acquises de la science.

A titre d'exemple, la première chambre civile de la Cour de cassation dans une décision rendue en 1995 avait retenu une faute technique du médecin prescripteur en raison du recours à un monitoring discontinu, pratique « *totale­ment obsolète au regard des données acquises de la science* » en ce qu'elle ne permet pas de déceler une souffrance fœtale lors d'un accouchement.

Nonobstant, n'est pas fautive l'utilisation d'une technique éprouvée quoique obsolète si les risques sont maîtrisés⁷⁹.

La prescription dans une situation d'urgence d'un traitement inadapté influence également la qualification de faute et le juge fera preuve de compréhension vis-à-vis du médecin si son erreur aurait été celle commise par un autre médecin apprécié in abstracto⁸⁰.

En revanche, le choix thérapeutique du médecin peut être constitutif d'une faute. C'est le cas notamment lorsque le praticien procède à « *une intervention chirurgicale mutilante, non justifiée et non adaptée* »⁸¹ ou qu'il opte pour une méthode thérapeutique nécessitant l'accomplissement d'actes qui sortent de son domaine de compétence.

Par ailleurs, une prescription insuffisamment précise peut entraîner des conséquences graves dans la mesure où le médecin prescripteur n'est pas en principe celui qui administre le traitement.

• La prescription médicamenteuse hors AMM

Le médecin en principe ne peut prescrire que des médicaments qui ont reçu une autorisation

de mise sur le marché (AMM) conformément à l'article L. 5121-8 du Code de la santé publique. A titre exceptionnel et sous réserve de conditions cumulatives, il a la faculté de prescrire des médicaments hors AMM si :

- Aucune alternative médicamenteuse n'est possible ou bien que le médicament a reçu une autorisation temporaire d'utilisation.
- L'ANSM a délivré une recommandation d'utilisation temporaire (RTU) ou lorsque le médecin estime que la prescription est conforme aux données acquises de la science.

Le prescripteur doit informer le patient de l'absence d'AMM de la prescription, de l'absence d'alternatives thérapeutiques, des bénéfices attendus et des risques ou contraintes du médicament mais aussi des conditions de prise en charge par l'assurance maladie⁸².

Par ailleurs, l'ordonnance doit comporter la mention spécifique suivante : « prescription hors autorisation de mise sur le marché ». Cette prescription doit être inscrite et circonstanciée dans le dossier médical du patient qui en bénéficie.

Le caractère fautif de la prescription médicamenteuse hors AMM sera apprécié au regard de tous ces éléments.

En septembre 2020, le Conseil national de l'Ordre des médecins (CNOM) et le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens (CNOF) ont élaboré un document commun à destination des médecins et pharmaciens rappelant le cadre légal de la prescription et la dispensation de médicaments hors autorisation de mise sur le marché (AMM).

3. La faute dans la conduite des soins

Il s'agit de l'hypothèse dans laquelle le praticien, maladroit, négligent, est à l'origine d'un dommage.

79. Cass. 1^{ère} civ., 13 mai 1959.

80. CA Douai, 14 janvier 1999, n° 10/01913.

81. Cass. 1^{ère} civ., 28 janvier 2010, n° 09-10.992.

82. Site internet MACSF – « Prescription médicale hors AMM : à quelles conditions ? »

On peut citer à titre d'illustrations jurisprudentielles :

CE, 18 juin 2019, n° 420749 : Cette faute technique peut être un oubli : l'oubli d'un objet dans le corps du patient⁸³ (le plus souvent des compresses).

Cass. 1^{ère} civ., 19 juin 2019, n° 18-21.653 : En l'espèce, il s'agissait d'un homme qui, à la suite d'un accident de la circulation, est venu se faire opérer d'une hernie discale. A la suite de l'opération, ce dernier souffrait d'une importante douleur du membre inférieur gauche du fait d'un mauvais positionnement d'une vis. Le chirurgien a, par la suite, procédé à l'ablation de la vis. Les suites opératoires ont été marquées par un syndrome douloureux et le diagnostic du syndrome de la queue de cheval a été posé.

Dans ce cas, le seul moyen pour le chirurgien de ne pas voir sa responsabilité engagée est de démontrer que l'atteinte était inévitable. Cela peut être le cas lorsque le patient est porteur d'une anomalie morphologique assez rare⁸⁴.

Par ailleurs, il est commun que les juges retiennent une faute si un organe est lésé alors qu'il ne faisait pas l'objet de l'intervention. Toutefois, depuis un **arrêt récent du 26 février 2020**⁸⁵ (cité précédemment), la Cour de cassation semble rejoindre la tendance à l'assouplissement de la responsabilité des médecins dans une telle situation.

4. Le défaut de surveillance des soins

La responsabilité du médecin peut être engagée en raison d'une faute de surveillance. Cette surveillance est intrinsèquement liée aux obligations du corps médical lors de la conduite des soins. Cela peut être une surveillance préopératoire, lors de l'opération ou encore post-opératoire.

En pratique, c'est d'abord vers l'anesthésiste que le juge se tourne lorsque le dommage survient lors de la phase de réveil. L'anesthésiste a

l'obligation non pas de veiller en permanence le patient, ce qui serait en pratique impossible, mais de pouvoir intervenir dans un délai rapide si la situation devient anormale⁸⁶. Cette obligation est rappelée par le Code de déontologie médicale⁸⁷.

Par ailleurs, la responsabilité des établissements de santé peut être engagée pour défaut d'organisation de service, lorsqu'une surveillance des soins effective n'a pu être mise en place. Néanmoins, les autres professionnels de santé n'échappent pas à cette obligation. En effet, le chirurgien n'est pas étranger à cette obligation et sa responsabilité in solidum pourra être retenue⁸⁸.

De manière plus générale, lorsque plusieurs praticiens ont participé à l'intervention, la question se posera de la répartition de la responsabilité en cas de dommage. La jurisprudence enseigne « *l'obligation pour chacun d'eux d'assurer un suivi de ses prescriptions afin d'assumer ses responsabilités personnelles au regard de ses compétences* »⁸⁹.

On peut citer à titre d'illustrations jurisprudentielles :

CAA Marseille, 15 avril 2013, n° 10MA03666 : En l'espèce, il s'agissait d'une victime d'un accident de la circulation, polytraumatisée. Lors de son hospitalisation, cette victime a bénéficié d'une intubation oro-trachéale en raison d'une détresse respiratoire. Il est réalisé ensuite un scanner, au cours duquel elle s'est extubée accidentellement. La tentative de réintubation s'est avérée impossible et le patient a rapidement présenté des lésions neurologiques irréversibles. Il est décédé trois ans après dans un état végétatif.

La responsabilité du centre hospitalier est retenue. En effet, la cour d'appel retient un défaut de surveillance. Aucun médecin réanimateur ou urgentiste n'était présent lors du scanner, ce qui

83. CE, 18 juin 2019, n° 420749 : oubli d'une lame de Delbet dans la plaie du patient.

84. Cass. 1^{ère} civ., 11 décembre 2019, n° 18-24.383.

85. Cass. 2^{ème} civ., 26 février 2020, n° 19-13.423 et 19-14.240.

86. Cass. 2^{ème} civ., 14 janvier 2010, n° 09-10.521.

87. Art. R. 4127-45 et R. 4127-47 CSP.

88. Ass. pl., 30 mai 1986.

89. Cass. 1^{ère} civ., 16 mai 2013, n° 12-21.338.

est recommandé pour un traumatisé de cette gravité. Les juges retiennent donc que « *cette absence de surveillance pendant le scanner du patient constitue une faute à l'origine d'une perte de chance de survie du patient, de nature à engager, contrairement à ce qu'ont estimé les premiers juges, la responsabilité du centre hospitalier* ».

CA Poitiers, 9 juillet 2014, n° 12/04402 : En l'espèce, il s'agissait d'un enfant âgé de 8 ans qui a bénéficié d'une intervention chirurgicale ayant pour objet une otoplastie bilatérale (recollement de l'oreille). A la suite de l'opération, l'expert a relevé sur le plan clinique « *une cécité totale de l'enfant, une impossibilité à tenir la tête et à se tenir assis avec un syndrome pyramidal bilatéral caractéristique majeur* ».

La responsabilité de l'anesthésiste a été retenue. En effet, l'expertise démontre une fuite du masque laryngé durant l'opération et un retard à la mise sous ventilation artificielle. L'expert relève que le médecin anesthésiste n'a pas conduit l'anesthésie selon de bonnes pratiques et que pratiquer une anesthésie générale dans deux blocs opératoires de façon simultanée n'avait pas permis d'exercer une surveillance continue.

De même, la responsabilité de la clinique a été retenue pour défaut d'organisation du service, celle-ci aurait dû s'assurer de la cohérence de la programmation des opérations et vérifier que la surveillance anesthésique serait correctement assurée.

Cass. 1^{ère} civ., 30 novembre 2016, n° 15-27.424 : En l'espèce, il s'agissait d'un patient qui avait subi une opération suivie de plusieurs complications. Ces complications ont nécessité des intubations et des extubations. Lors de son premier petit-déjeuner post-opératoire, pris au sein de l'établissement de santé, le patient fait une fausse route. Cette fausse route a provoqué un arrêt cardiaque et in fine de lourdes séquelles neurologiques pour le patient.

Cass. Crim., 19 avril 2017, n° 16-83.640 : En l'espèce, un défaut de surveillance a été retenu à l'encontre de l'infirmière de garde qui n'a procédé à aucun examen (faute de contrôle de la température et de l'aggravation des signes

cardio-vasculaires) et a estimé, par la suite, qu'il y avait une amélioration de l'état du patient.

**DEUXIÈME PARTIE :
LA NOTION D'ALÉA THÉRAPEUTIQUE**

Les progrès scientifiques et médicaux sont tels que les patients ont du mal à penser qu'un acte médical censé améliorer leur état de santé conduise à l'aggraver.

La jurisprudence civile et administrative antérieure à la loi du 4 mars 2002, en l'absence de texte et de dispositif légal d'indemnisation, a tenté à différentes reprises de rechercher des pistes, dans le droit commun de la responsabilité en faveur d'une indemnisation des victimes d'accidents médicaux non fautifs graves.

En responsabilité médicale, c'est le juge administratif qui, dès 1958, a retenu ce critère nécessaire pour indemniser un dommage médical dans les situations de responsabilité pour faute présumée, puis à partir de 1990 dans les situations de responsabilité sans faute, étendant cette condition pour l'indemnisation de l'aléa thérapeutique à partir de 1993 avec l'arrêt Bianchi⁹⁰. Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat avait admis, sous certaines conditions, l'indemnisation de l'aléa médical : « **Lorsqu'un acte médical nécessaire au diagnostic ou au traitement du malade présente un risque dont l'existence est connue mais dont la réalisation est exceptionnelle et dont aucune raison ne permet de penser que le patient y soit particulièrement exposé, la responsabilité du service hospitalier est engagée si l'exécution de cet acte est la cause directe de dommages sans rapport avec l'état initial du patient comme avec l'évolution prévisible de cet état, et présentant un caractère d'extrême gravité** ».

Pour sa part la juridiction judiciaire a refusé, à plusieurs reprises, de faire entrer la réparation des conséquences de l'aléa thérapeutique dans le champ des obligations du médecin et a ainsi refusé d'adopter un régime de responsabilité sans faute⁹¹.

M. Pierre Sargos, alors conseiller à la Cour de cassation avait notamment avancé les arguments suivants : « (...) L'aléa thérapeutique est en réalité le constat de l'impuissance de l'intervention médicale face à un risque non maîtrisable en l'état

des données acquises de la science à la date des soins. Il s'agit même, d'une certaine façon, de la survenance d'un cas fortuit qui est normalement exonératoire de la responsabilité. (...) Enfin, l'équilibre économique des membres des professions médicales qui font objectivement courir des risques majeurs aux patients serait tellement compromis qu'on pourrait craindre des difficultés d'assurance et une réticence des praticiens à s'engager dans des spécialités à risque »⁹².

C'est dans ce contexte que le législateur est venu améliorer le sort des victimes d'accidents médicaux avec la loi du 4 mars 2002. Pour ce faire, outre la redéfinition des règles de la responsabilité médicale, cette loi a consacré un droit à indemnisation de l'accident médical non fautif grave⁹³ par la solidarité nationale avec la création de l'ONIAM. Ainsi, le législateur apporte une solution aux victimes de ce qu'il est convenu de nommer un « aléa thérapeutique », défini par la jurisprudence comme « *la réalisation en dehors de toute faute du praticien, d'un risque accidentel inhérent à l'acte médical et qui ne pouvait être maîtrisé* »⁹⁴, par sa prise en charge par la solidarité nationale.

Toutefois, aux termes de l'article L.1142-1 II du Code de la santé publique, cette indemnisation est subordonnée au caractère anormal du dommage.

Les hésitations jurisprudentielles autour de ce critère ont rendu l'indemnisation incertaine, le législateur n'ayant pas clairement défini le caractère d'anormalité. Cependant, depuis 2014, les juridictions administrative et judiciaire, ont clarifié leurs jurisprudences avec une définition plus précise de ce critère.

Le juriste se doit alors de considérer cet aléa au regard tant du droit objectif que de la jurisprudence et de la pratique des Commissions de conciliation et d'indemnisation (CCI).

90. CE, 9 avril 1993, n° 69336.

91. Cass. 1^{ère} civ., 27 mars 2001, n° 99-13.471, M. Vlado Smatt c/ Melle Soumilla Rahilou – Voir également : Cass. 1^{ère} civ., 8 novembre 2000, n° 99-11.735 (arrêt de principe).

92. Rapport de Mr Pierre SARGOS – Rapport 2000.

93. Voir Exposés des motifs, projet de loi n° 3258 relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

94. Cass. 1^{ère} civ., 8 novembre 2000, n° 99-11.735.

I. La définition légale de l'aléa thérapeutique : les critères d'accès à l'indemnisation par la solidarité nationale

Ouvrant la voie à des débats doctrinaux et une jurisprudence maintenant bien fixée, le législateur s'est attaché en tout premier lieu à définir l'aléa thérapeutique indemnisable, précisément dénommé accident médical non fautif (AMNF), en ce qu'il emporte le bénéfice de la solidarité nationale.

A. Les critères généraux de recevabilité devant l'ONIAM et les CCI

Toutes les victimes d'un accident médical grave, qu'il ait pour origine un acte de prévention, de diagnostic ou de soins, peuvent bénéficier de ce dispositif à condition que l'acte en cause soit postérieur au 4 septembre 2001⁹⁵.

L'accident médical est qualifié de grave dès lors qu'il a entraîné un dommage supérieur au seuil fixé par le décret n° 2003-304 du 4 avril 2003⁹⁶. Ce dernier est atteint lorsque l'un des critères suivants est rempli :

- un taux d'atteinte permanente à l'intégrité physique ou psychique (AIPP) supérieur à 24 % ;
- ou un arrêt temporaire des activités professionnelles (ATAP) pendant une durée au moins égale à six mois consécutifs ou à six mois non consécutifs sur une période de douze mois ;
- ou des gênes temporaires constitutives d'un déficit fonctionnel temporaire (DFT) supérieur ou égal à un taux de 50 % pendant une durée au moins égale à six mois consécutifs ou à six mois non consécutifs sur une période de douze mois ;

Ou à titre exceptionnel :

- lorsque la victime est déclarée définitivement inapte à exercer l'activité professionnelle qu'elle exerçait avant l'accident médical ;

- lorsque l'accident médical, l'affection iatrogène ou l'infection nosocomiale occasionne à la victime des troubles particulièrement graves, y compris d'ordre économique, dans ses conditions d'existence (TPGCE).

A ces critères communs aux AMNF, infections nosocomiales et affections iatrogènes, s'ajoutent toutefois des critères spécifiques.

B. Les critères spécifiques à l'accident médical non fautif (AMNF)

Après avoir rappelé les principes généraux de la responsabilité des professionnels et établissements de santé, l'article L. 1142-1 du Code de la santé publique définit en son paragraphe II le champ d'intervention de l'ONIAM et par voie de conséquence l'AMNF :

« II. - Lorsque la responsabilité d'un professionnel, d'un établissement, service ou organisme mentionné au I ou d'un producteur de produits **n'est pas engagée, un accident médical, une affection iatrogène ou une infection nosocomiale ouvre droit à la réparation des préjudices du patient, et, en cas de décès, de ses ayants droit au titre de la solidarité nationale, lorsqu'ils sont directement imputables à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins et qu'ils ont eu pour le patient des conséquences anormales au regard de son état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci et présentent un caractère de gravité, fixé par décret, apprécié au regard de la perte de capacités fonctionnelles et des conséquences sur la vie privée et professionnelle mesurées en tenant notamment compte du taux d'atteinte permanente à l'intégrité physique ou psychique, de la durée de l'arrêt temporaire des activités professionnelles ou de celle du déficit fonctionnel temporaire.**

Ouvre droit à réparation des préjudices au titre de la solidarité nationale un taux d'atteinte per-

95. D'après le rapport d'activité 2019 de l'ONIAM : Environ 1400 victimes ont été indemnisées à l'amiable suite à une procédure amiable et gratuite devant les CCI ; En 2019, il y a eu 5 dossiers amiables de victimes d'accidents médicaux d'un montant supérieur à 1 M€ ; Un taux d'acceptation des offres amiables très élevé pour les victimes d'accidents médicaux : l'année dernière, 95 % des offres de l'ONIAM ont été acceptées. Parallèlement aux démarches de demandes d'indemnisation amiables devant les CCI, le nombre de contentieux devant les tribunaux liés aux accidents médicaux a augmenté de près de 15%.

96. Extrait tiré du site de l'ONIAM – Seuil fixé par le décret n° 2003-314 du 4 avril 2003 relatif au caractère de gravité des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales prévu à l'article L. 1142-1 du Code de la santé publique ; Voir également le décret n° 2011-76 du 19 janvier 2011, JORF du 21 janvier 2011.

manente à l'intégrité physique ou psychique supérieur à un pourcentage d'un barème spécifique fixé par décret ; ce pourcentage, au plus égal à 25 %, est déterminé par ledit décret ».

Ainsi, on peut constater que ce texte fait le choix de se référer à la notion d'accident médical plutôt qu'à celle de l'aléa thérapeutique, considérée comme plus ambiguë⁹⁷, sans pour autant en donner de définition, préférant s'en remettre au pouvoir d'appréciation des Commissions de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux (CCI) et des juges⁹⁸.

L'article L. 1142-22 du Code de la santé publique prévoit que l'ONIAM est alors chargé de l'indemnisation au titre de la solidarité nationale des dommages occasionnés par la survenue d'un accident médical en application des articles L. 1142-15 et L. 1142-18 du même code.

De la simple lecture de l'article L.1142-1 I se dégagent les principaux critères de l'accident médical pris en charge par l'ONIAM :

- Il ne doit pas résulter d'une faute ;
- Il doit être directement imputable à un acte de prévention, de diagnostic ou de soins ;
- Il doit avoir entraîné pour le patient :
 - des conséquences anormales
 - au regard de son état de santé
 - comme de l'évolution prévisible de celui-ci
- Il doit présenter un degré de gravité suffisant pour justifier du bénéfice de la solidarité nationale. Ainsi, la notion de « gravité » intervient à deux niveaux se dissimulant derrière la notion d'anormalité du dommage.

Chacun de ces critères a donné lieu à une jurisprudence abondante et complexe.

II. Les applications de la notion d'aléa thérapeutique

A. Les conditions tenant à l'acte médical

1. L'AMNF imputable à un acte de prévention, de diagnostic ou de soins

• La notion d'acte de prévention, de diagnostic ou de soins

L'AMNF peut être retenu dans les suites d'un acte de prévention, de diagnostic⁹⁹ ou de soins. Cette condition va de soi dans la mesure où elle participe de la définition même de l'accident médical.

La loi du 4 mars 2002 n'ayant pas défini la notion d'actes de soins ouvrant droit à réparation au titre de la solidarité nationale, l'ONIAM en avait adopté une définition restrictive tenant à sa finalité thérapeutique et refusait à ce titre d'inclure dans son champ de compétence les accidents médicaux subis à l'occasion d'actes à finalité esthétique. En revanche, la Commission nationale des accidents médicaux (Cnamed) avait préconisé une conception plus large de l'acte de soins et recommandé dans ses rapports l'inclusion des actes de chirurgie esthétique dans le domaine de compétence de la solidarité nationale¹⁰⁰.

La Cour de cassation a tenté de mettre fin à ces oppositions dans un **arrêt du 5 février 2014**¹⁰¹. En l'espèce, une jeune femme avait consulté un chirurgien esthétique pour réaliser une liposuccion. Le jour de l'intervention, l'anesthésiste qui était chargé de mettre en place un cathéter veineux et périphérique administre à la patiente une prémédication par deux agents de sédation. Dès la fin de l'administration de ces produits, alors que ni l'anesthésie ni l'intervention chirurgicale n'avaient encore été réalisées, la jeune femme présente un trouble du rythme cardiaque suivi d'une perte de conscience et

97. P. Jourdain, L'accident médical, RCA 2015, n° 9.

98. Assemblée nationale, 4 octobre 2001, JO Débats, 5 octobre, p. 5585.

99. Ainsi, un accident médical lié à un défaut de diagnostic préalable non fautif est indemnisable par l'ONIAM (Voir TA Amiens, 30 juin 2009, n° 0600535, Cts Vautrin : décès d'un patient des suites de complications survenues dans la phase postopératoire d'une intervention ayant permis de déceler une affection non détectée à l'origine).

100. Recommandation relative aux actes médicaux sans finalité thérapeutique, rapport CNAME 2005.

101. Cass. 1^{ère} civ., 5 février 2014, n° 12-29.140.

décède quelques heures après en dépit des manœuvres de réanimation cardiorespiratoires immédiatement mises en œuvre.

La Cour de cassation retient la compétence de l'ONIAM au motif que « *les actes de chirurgie esthétique, quand ils sont réalisés dans les conditions prévues aux articles L. 6322-1 et L. 6322-2 du code de la santé publique, ainsi que les actes médicaux qui leur sont préparatoires, constituent des actes de soins au sens de l'article L.1142-1 du même code* ».

Cette décision impliquait donc pour l'ONIAM de prendre en charge l'indemnisation des victimes d'accidents médicaux non fautifs résultant d'actes de chirurgie esthétique et des actes préparatoires à ces interventions, lorsque les critères de gravité seraient réunis.

Dans cet arrêt, la Cour de cassation rejette le critère de finalité. Selon elle, l'acte de soins peut se définir comme tout acte qui se rattache à l'organisation du système de santé et qui est réalisé dans le cadre de ce système, conformément à la loi¹⁰².

Depuis le 1^{er} janvier 2015, avec la loi de Financement de la Sécurité sociale¹⁰³, le législateur a cependant mis fin à cette jurisprudence en restreignant la compétence principale de l'ONIAM aux actes à finalité préventive, diagnostique, thérapeutique ou reconstructive y compris dans leur phase préparatoire ou de suivi.

Finalement, lorsqu'il s'agira d'un acte de chirurgie esthétique, seuls les actes de chirurgie réparatrice pourront donner lieu à une demande d'indemnisation devant l'ONIAM. Cette disposition est applicable aux demandes d'indemnisation postérieures au 31 décembre 2014 alors même que le dommage a été subi avant cette date.

A l'inverse, la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé a réintégré dans ce dispositif les actes à finalité contraceptive ou abortive, qui peuvent, dès lors,

être pris en charge par l'ONIAM modifiant ainsi l'article L. 1142-3-1 du Code de la santé publique.

La frontière entre l'acte à visée thérapeutique et de confort apparaît cependant bien arbitraire. Il en est ainsi par exemple des actes susceptibles d'améliorer la santé visuelle telle que la chirurgie réfractive de l'œil, ou encore des actes à visée esthétique dont les répercussions psychologiques et sociales sont importantes telle que la pose d'implants dentaires sur des incisives.

Par ailleurs, l'ONIAM a toujours exclu l'accouchement par voie basse de sa compétence en considérant qu'en l'absence de manœuvres obstétricales, il s'agit d'un acte ou processus naturel et non d'un acte de soins. Les juridictions des deux ordres ont adopté ce point de vue¹⁰⁴. La réalisation d'un risque inhérent à l'accouchement naturel, « l'aléa de la gestation ou de la naissance », ne constitue donc pas un accident médical non fautif susceptible d'être pris en charge par la solidarité nationale en dépit des conséquences qui peuvent être dramatiques. Toutefois, les juges reconnaissent que si des manœuvres obstétricales sont effectuées, la qualification d'acte de soins doit être retenue.

La première chambre civile, dans **un arrêt du 19 juin 2019**¹⁰⁵, a affirmé, dans un attendu de principe, que si l'accouchement par voie basse constitue un processus naturel, les manœuvres obstétricales pratiquées par un professionnel de santé lors de cet accouchement caractérisent un acte de soins au sens de l'article L. 1142-1 du Code de la santé publique. Dès lors, en cas de survenance d'un aléa thérapeutique, l'ONIAM doit prendre en charge l'indemnisation versée à la victime.

Le Conseil d'Etat et la Cour de cassation s'étaient déjà prononcés sur ce point dans d'autres circonstances en cas de faute du praticien. Il s'agissait de reconnaître, pour les deux ordres de juridictions, l'application des dispositions relatives à l'obligation de l'information du médecin à l'accouchement, événement naturel.

102. Rappelons que les actes de chirurgie esthétique sont autorisés par la loi et réglementés par le Code de la santé publique aux articles L. 6322-1 et L. 6322-2.

103. LFSS n° 2014-1554 du 22 décembre 2014.

104. CE, 27 juin 2016, n° 386165 ; Cass. 1^{ère} civ., 23 janvier 2019, n° 18-10.706.

105. Cass., Civ 1^{ère}, 19 juin 2019 n° 18-20.883.

Ainsi, dans **un arrêt du 27 juin 2016**¹⁰⁶, le Conseil d'Etat a affirmé que l'information était due même lorsqu'il ne s'agissait pas d'un acte médical : « *la circonstance que l'accouchement par voie basse constitue un évènement naturel, et non un acte médical, ne dispense pas les médecins de l'obligation de porter, le cas échéant, à la connaissance de la femme enceinte les risques qu'il est susceptible de présenter eu égard notamment à son état de santé, à celui du fœtus ou à ses antécédents médicaux, et les moyens de les prévenir* ». Le Conseil d'Etat avait donc élargi le champ d'application de l'obligation d'information. Une solution appliquée également par la Cour administrative d'appel de Bordeaux dans **un arrêt du 13 décembre 2016**¹⁰⁷.

Puis, c'est dans **un arrêt du 23 janvier 2019**¹⁰⁸, que la première chambre civile de la Cour de cassation a également retenu l'application de l'article 1111-2 du Code de la santé publique relatif à l'obligation d'information au cas de l'accouchement par voie basse.

Une fois qu'un acte de prévention, de diagnostic ou de soins a été reconnu, le caractère imputable du dommage à cet acte doit être constaté.

• La notion d'imputabilité à l'acte de prévention, de diagnostic ou de soins

La condition d'imputabilité est remplie dès lors que :

- le dommage a été provoqué par l'acte considéré ;
- qu'il présente un caractère distinct de l'atteinte initiale ;
- ou qu'il résulte de son aggravation.

Ce principe a été retenu par la première chambre civile de la Cour de cassation dans **un arrêt du 14 novembre 2018**¹⁰⁹. La Cour de cassation a rappelé ces critères permettant de retenir l'imputabilité notamment dans une décision du 11 décembre 2019¹¹⁰.

En l'espèce, dans les suites d'une opération, une femme bénéficie d'une greffe osseuse et

d'une nouvelle ostéosynthèse. Elle constate après son intervention une inégalité de longueur de jambes. Elle sollicite alors une expertise et assigne l'ONIAM en réparation de son préjudice. L'ONIAM est condamné à indemniser les préjudices de la demanderesse et forme un pourvoi en cassation. Il s'opposait à la qualification d'AMNF au motif que la cour d'appel n'avait pas recherché si l'allongement osseux ne préexistait pas, sous forme de fragments, à l'intervention et si son maintien ne résultait pas, en l'absence ou non de consolidation, de l'impossibilité de le réduire faute de critères de réduction disponibles lors de l'intervention, considérant dès lors qu'il s'agissait d'un simple échec thérapeutique.

La Cour de cassation rejette ce pourvoi en arguant que « *l'intervention du 22 novembre 2009 a entraîné un allongement du membre inférieur de l'ordre de deux centimètres et n'a pas permis la consolidation de la fracture, rendant nécessaire la seconde intervention pratiquée le 9 août 2010 à l'issue de laquelle la consolidation a été obtenue, que ce défaut de consolidation est essentiellement dû à la distraction du foyer de fracture de l'ordre de deux centimètres survenue lors de la première intervention entraînant un défaut osseux au niveau du foyer fracturaire, qu'aucun manquement n'est imputable au chirurgien, que l'allongement est consécutif à la mise en traction sur table orthopédique qui est indispensable dans ce type de fracture et à l'absence de critères de réduction de cette fracture complexe, permettant de contrôler un éventuel allongement du fémur, qu'un tel allongement constitue un événement exceptionnel ne relevant pas d'un échec thérapeutique dans la mesure où l'opération pratiquée a eu pour objectif de réduire la fracture fémorale afin de permettre sa consolidation et qu'il caractérise un aléa thérapeutique ; qu'ayant ainsi procédé à la recherche prétendument omise, la cour d'appel a mis en évidence que l'allongement du membre inférieur était imputable aux soins réalisés et non à l'atteinte initiale ; qu'elle en a déduit, à bon droit, qu'était indemnisable au titre de la solidarité nationale le dommage subi par Mme X..., les*

106. CE, 27 juin 2016, n° 386165.

107. CAA Bordeaux, 13 décembre 2016, n° 15BX00009.

108. Cass, 1^{ère} civ., 23 janvier 2019, n° 18-10.706.

109. Cass. 1^{ère} civ., 14 novembre 2018, n° 17-18.687.

110. Cass. 1^{ère} civ., 11 décembre 2019, n° 18-24.383.

autres conditions posées par l'article L. 1142-1, II, du code de la santé publique étant remplies ».

2. L'AMNF indemnisable exempt de faute

Selon le principe général du régime de responsabilité pour faute, et aux termes de l'article L. 1142-1-I, la responsabilité de l'établissement, service ou organisme dans lequel l'acte de diagnostic, de prévention ou de soins s'est réalisé est engagée dès lors qu'une faute a été commise. Ils sont également responsables en cas de dommages résultant d'infections nosocomiales, sauf s'ils rapportent la preuve d'une cause étrangère.

Toutefois, dès lors que la responsabilité d'un professionnel de santé ou d'un établissement de soins n'est pas engagée, c'est le cas en présence d'un accident médical non fautif, d'une affection iatrogène ou d'une infection nosocomiale, l'indemnisation au titre de la solidarité nationale peut être sollicitée.

Ainsi, la loi du 4 mars 2002 a envisagé l'indemnisation par l'ONIAM comme un mécanisme subsidiaire, destiné à réparer les dommages graves ne résultant pas d'une faute du médecin.

a. L'articulation entre la faute et l'aléa thérapeutique

Par principe, l'aléa thérapeutique s'oppose à la faute. Cependant, il existe des circonstances dans lesquelles cette affirmation doit être nuancée. Il s'agit du cas où la situation finale du patient trouve son origine et son imputabilité à la fois dans une faute du praticien et dans un accident médical non fautif ; situation précisément traitée par le législateur à travers l'article L. 1142-18 du Code de la santé publique disposant que : « Lorsque la commission estime qu'un accident médical n'est que pour partie la conséquence d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins engageant la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé, elle détermine la part de préjudice imputable à la responsabilité et celle relevant d'une indemnisation au titre de l'office ».

Ainsi, tandis que la faute primitive emporte l'indemnisation totale du préjudice, un AMNF suivi d'une faute emporte un partage en fonction de la participation causale de ces deux faits générateurs.

A titre d'exemple, lorsque le dommage est dû à un accident non fautif, mais que l'origine de cet accident réside dans une infection nosocomiale qui a rendu nécessaire l'intervention à l'origine du dommage, l'ONIAM est fondé à engager une action récursoire¹¹¹. Pour la juridiction judiciaire, il n'y a donc pas d'indemnisation au titre de la solidarité nationale dans une telle situation.

Les juridictions administratives, quant à elles, accueillaient très tôt le principe d'un cumul de l'indemnisation par le praticien des conséquences de sa faute sous la forme d'une perte de chance, et de l'indemnisation du reliquat constitutif d'un accident médical non fautif par l'ONIAM.

La Cour administrative d'appel de Nantes l'avait admis dès 2010 dans l'hypothèse d'un défaut d'information¹¹².

Ensuite, le Conseil d'Etat l'admettait à son tour dans un arrêt de principe du 30 mars 2011¹¹³ dans l'hypothèse d'une faute technique (retard de prise en charge), considérant que « lorsqu'un accident médical non fautif survient et qu'une faute fait perdre à la victime une chance d'échapper ou de se soustraire à ses conséquences, le professionnel ou l'établissement fautifs doivent réparer le préjudice en lien direct avec cette faute, c'est-à-dire la perte de chance d'éviter le dommage, et non le dommage corporel lui-même, lequel demeure tout entier en lien direct avec l'accident non fautif ouvrant droit à réparation au titre de la solidarité nationale ».

Cette solution a depuis été réitérée, notamment dans **un arrêt récent du 9 novembre 2018**¹¹⁴, de sorte que la ligne jurisprudentielle apparaît claire. Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat précise que l'indemnité due par l'ONIAM est seulement réduite du montant de celle mise, le cas échéant, à la charge du responsable de la perte

111. Cass. 1^{ère} civ., 18 décembre 2014, n° 13-24.377.

112. CAA Nantes, 30 décembre 2010, n° 09NT01646.

113. CE, 30 mars 2011, n° 327669.

114. CE, 9 novembre 2018, n° 409287.

de chance, égale à une fraction du dommage corporel correspondant à l'ampleur de la chance perdue.

C'est ce que rappelle le Conseil d'Etat dans **une décision récente du 10 juin 2020**¹¹⁵. En l'espèce, une victime d'accident de la route a bénéficié d'un traitement en caisson hyperbare au cours duquel il a subi un arrêt cardio-respiratoire dont il a conservé de lourdes séquelles neurologiques. La Cour d'appel administrative de Nancy a déclaré qu'il s'agissait d'un accident médical non fautif, ouvrant droit à réparation au titre de la solidarité nationale, et relevé l'existence d'une faute dans la réalisation du traitement, ayant fait perdre une chance de 55% d'éviter l'accident. La Cour a ainsi mis à la charge de l'ONIAM une réparation de 45% des préjudices subis par la victime et condamné le centre hospitalier à réparer 55% des préjudices. L'ONIAM a formé un pourvoi auprès du Conseil d'Etat, contestant l'indemnisation mise à sa charge. Le Conseil d'Etat rejette cette demande, considérant que la Cour d'appel administrative de Nancy avait porté sur les pièces du dossier qui lui était soumis une appréciation souveraine exempte de dénaturation.

b. L'intervention subsidiaire de l'ONIAM

Enfin, l'intervention de l'ONIAM en la matière présente donc un caractère subsidiaire.

En effet, les juridictions des deux ordres ont interprété très largement cette condition. Ainsi, un complément d'indemnisation par la solidarité nationale a été accordé d'abord en présence d'une faute du praticien consistant en un défaut d'information sur les risques de l'intervention et ayant fait perdre au patient une chance d'éviter l'accident médical qui s'est réalisé : la Cour de cassation procédant ici par un rapprochement des articles L. 1142-1 et L. 1142-18 du Code de la santé publique.

Cette solution a ensuite été étendue à la faute de technique médicale, tel un retard de diagnostic ou de prise en charge¹¹⁶ faisant seulement perdre une chance à la victime d'éviter l'accident.

D'un point de vue juridique, cela s'explique par l'existence de deux préjudices distincts résultant de faits générateurs différents : le préjudice en lien direct avec la faute d'information ou le retard de prise en charge et la perte de chance d'éviter le dommage corporel qui s'est réalisé et non le dommage corporel lui-même, lequel demeure tout entier en lien direct avec l'accident non fautif. La subsidiarité de l'intervention de la solidarité nationale demeure donc limitée aux seules fautes techniques en rapport de causalité direct avec le dommage corporel¹¹⁷.

Ainsi, la victime est intégralement indemnisée à la fois sur le terrain de la responsabilité et de la solidarité nationale en cas de concours entre, d'une part une faute éthique ou technique ne causant qu'une perte de chance et, d'autre part, un accident médical non fautif causant le dommage corporel.

En outre, le juge administratif, dans une **décision du 6 mars 2015**¹¹⁸, a précisé qu'en cas d'accident médical lié à un défaut d'information requise, la réparation du dommage par la solidarité nationale revêt un caractère subsidiaire, si bien que l'établissement responsable doit indemniser en premier lieu la victime, la solidarité nationale n'étant appelée que pour le surplus éventuel.

En l'espèce, une patiente avait souffert d'une tétraplégie à la suite d'une opération pratiquée au sein d'un établissement de santé. Ses ayants-droits ayant introduit une demande d'indemnisation et obtenu gain de cause, le centre hospitalier se pourvoit en cassation contre l'arrêt d'appel le condamnant à indemniser à la fois les ayants-droit et la CPAM. Le Conseil d'Etat rejette le pourvoi, au motif que « *si [la cour administrative d'appel] a admis que la patiente avait été informée de l'existence de « risques fonctionnels », elle a pu, sans entacher son arrêt de contradiction de motifs ni de dénaturation, estimer que cette information était insuffisante et qu'une information spécifique sur le risque de tétraplégie était nécessaire en l'espèce* », et ce d'autant plus que la cour a admis « *l'existence d'alternatives thérapeutiques moins efficaces mais moins*

115. CE, 10 juin 2020, n° 418166.

116. CE, 30 mars 2011, n° 327669.

117. Cass. 1^{ère} civ., 5 avril 2018, n° 17-10.657.

118. CE, 6 mars 2015, n° 368010.

risquées que l'exérèse complète du méningiome ». En outre, le Conseil d'Etat rappelle qu'en pareil cas, la réparation du dommage par la solidarité nationale revêt « un caractère subsidiaire par rapport à l'indemnisation due par l'établissement de santé responsable au titre de la perte de chance [] ; que l'ONIAM assume uniquement, le cas échéant, la part de l'indemnité demandée qui excède l'obligation de l'établissement ».

Et parfois même, dans certains cas, la jurisprudence semble avoir renforcé les critères permettant de retenir un aléa thérapeutique pour écarter l'indemnisation par l'ONIAM.

Finalement, cette condition négative, l'absence de faute, ne suffit pas à accorder aux victimes un droit à indemnisation. Trois conditions positives sont également requises : l'importance du lien de causalité entre le dommage et l'activité médicale ; les rapports du dommage avec l'état de santé du patient ; un dommage grave.

3. L'AMNF à l'origine de « conséquences anormales »

Les contours de l'anormalité se précisent aujourd'hui davantage par l'introduction de deux critères alternatifs et hiérarchisés à l'initiative du Conseil d'Etat et entérinés par la Cour de cassation : la gravité et la rareté.

Le législateur de 2002 a voulu, par cette disposition, pallier le risque de voir la mise en œuvre systématique de la solidarité nationale dès que le dommage atteignait le degré de gravité requis par la loi. Néanmoins, en distinguant le caractère de gravité de celui d'anormalité, l'appréciation de ce critère par le juge s'est avérée complexe. En effet, en l'absence de définition précise, le critère d'anormalité a donné lieu à une jurisprudence fluctuante.

Par **deux arrêts rendus le 12 décembre 2014**¹¹⁹, le Conseil d'Etat est venu en clarifier les conditions d'appréciation en mettant en exergue deux critères d'identification. Le considérant suivant

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

Ainsi, le premier critère résulte de la comparaison entre l'état actuel du patient et celui qui aurait été le sien en l'absence d'intervention ; le second critère, accessoire au premier, est celui de l'appréciation de la fréquence du risque.

Ce second critère subsidiaire, qui se fonde sur la fréquence statistique de survenance du risque, caractérise l'anormalité du dommage.

Soit le risque est fréquent, et dans ce cas le dommage n'est pas anormal, soit le risque est peu fréquent et dans ce cas le dommage est anormal. Le Conseil d'Etat a eu l'occasion de réaffirmer ces critères dans plusieurs arrêts¹²⁰.

La Cour de cassation, rejoignant le Conseil d'Etat, a elle aussi précisé les conditions d'intervention de l'ONIAM. Elle l'a fait dans un **arrêt du 15 juin 2016**¹²¹, dans lequel elle s'est montrée restrictive quant aux conditions de prise en charge par la solidarité nationale. Le patient était atteint de troubles au niveau du bras gauche. Des lésions anatomiques au niveau des trois vertèbres avaient été diagnostiquées nécessitant une intervention chirurgicale. A la suite de cette intervention, le patient ne pouvait plus se servir de son bras gauche. Pour les juges du fond, qui ont été approuvés par la Cour de cassation, la paralysie du bras de la victime n'était pas anormale au regard de son état de santé et l'ONIAM n'avait pas à prendre en charge le dommage. Selon la Cour de cassation, « *la condition d'anor-*

119. CE 12 décembre 2014, n° 355052, ONIAM ; CE 12 décembre 2014, n° 365211, publié au recueil Lebon ; AJDA 2015. 769, note C. Lantero ; ibid. 2014. 2449 ; RDSS 2015. 179, obs. D. Cristol ; ibid. 279, concl. F. Lambolez ; JCP 2015, n° 193, note M. Bacache ; RCA 2015. comm. 59 et étude 2, S. Hocquet-Berg. 6. « Accidents médicaux : conditions d'indemnisation par l'ONIAM », M. Bacache, JCP G 2015 n°7, page(s) 312-315.

120. CE, 15 avril 2015, n° 370309 ; CE, 29 avril 2015, n° 369473, Tonnelier ; CE, 22 mars 2017, n° 387218.

121. Civ. 1^{ère}, 15 juin 2016, n° 15-16.824, publié au bulletin ; RCA 2016, comm. 278, note S. Hocquet-Berg.

malité du dommage doit être regardée comme remplie lorsque l'acte médical a entraîné des conséquences notablement plus graves que celles auxquelles le patient a été exposé par sa pathologie de manière suffisamment probable en l'absence de traitement ». La Cour de cassation poursuit : « Dans le cas contraire, les conséquences de l'acte médical ne peuvent être considérées comme anormales sauf, si dans les conditions où l'acte a été accompli, la survenance du dommage présentait une probabilité faible ». Elle en conclut que « les conséquences de l'acte ne peuvent être regardées comme anormales au regard de l'état de santé du patient lorsque la gravité de cet état a conduit à pratiquer un acte comportant des risques élevés dont la réalisation est à l'origine du dommage ». C'est donc de façon très restrictive que, tant le Conseil d'Etat que la Cour de cassation, ont défini cette notion de dommage anormal.

a. Anormalité et gravité des conséquences

Selon ce premier critère, la condition d'anormalité du dommage doit toujours être regardée comme remplie lorsque l'acte médical a entraîné des conséquences notablement plus graves que celles auxquelles le patient était exposé par sa pathologie en l'absence de traitement, peu importe la fréquence ou non de ce risque, ou même s'il est inconnu.

La fréquence élevée du risque n'exclut pas, en soi, l'anormalité du dommage¹²².

Il s'agit de démontrer que c'est bien l'acte médical qui est à l'origine du dommage en procédant à une comparaison entre l'état de santé actuel du patient après l'intervention et celui qui eût été le sien en l'absence d'intervention. Il en résulte que si à la suite de l'acte médical, l'état du patient est beaucoup plus dégradé que celui qui eût été le sien sans sa réalisation, la condition d'anormalité est remplie¹²³.

Toutefois, ce principe est à nuancer. **La seule gravité du dommage n'emporte pas systématiquement l'anormalité**¹²⁴.

Ainsi, n'est pas anormale la survenance d'une complication ayant entraîné un dommage d'une gravité inférieure ou égale à ce qu'aurait été l'évolution « naturelle » de l'état de santé du patient sans l'intervention ou les soins considérés.

En ce sens, dans **un arrêt du 23 juin 2011**¹²⁵, la Cour administrative d'appel de Lyon a retenu qu'en l'absence d'intervention, il existait un risque de séquelles importantes ; ce qui aurait conduit à la réalisation d'un dommage d'une gravité supérieure à la complication de l'intervention chirurgicale.

De même, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, dans **une décision du 2 juillet 2014**¹²⁶, a écarté l'anormalité au motif que « la cour d'appel a constaté, que, selon les éléments fournis par les experts, l'hémiplégie dont Mme X... était atteinte et qui était directement imputable aux gestes du chirurgien, était une complication prévisible de l'exérèse de ce kyste et qu'à défaut d'intervention, même si l'hémiplégie n'était pas inéluctable, l'accroissement lent et régulier du kyste sans possibilité de résorption naturelle laissait présager pour elle de graves difficultés médicales, l'évolution d'une hypertension artérielle constituant un risque mortel ; qu'elle a exactement déduit de ces circonstances, d'où il résultait que Mme X... avait dû subir, dans l'espoir d'obtenir une amélioration de son état de santé, une intervention indispensable, présentant un risque important lié à sa pathologie et qui s'était réalisé, que les conséquences, aussi graves qu'elles soient, de l'acte de soins ne présentaient pas de caractère anormal au regard de son état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci au sens de l'article L. 1142-1, II du code de la santé publique et que dès lors, l'indemnisation du dommage subi ne relevait pas de la solidarité nationale ; d'où il suit que ces griefs ne sont pas fondés ».

122. Contrairement à ce que décidaient les CCI, l'ONIAM et certaines cours d'appel qui se contentaient du seul critère de la fréquence statistique du risque, Cass. 1^{ère} civ., 2 juillet 2014, n° 13-15.750 (taux inférieur à 5%) et écartaient l'anormalité lorsque le risque n'était pas « suffisamment rare dans sa survenance » ou lorsque la complication était « connue et fréquente puisqu'elle survenait dans 5 à 10% des cas », Cass. 1^{ère} civ., 10 juillet 2014, n° 13-21.603, RTD civ. 2014, 899, obs. P. Jourdain. M. Bacache, note sous CE, 12 décembre 2014, n° 355052 et n° 365211.

123. CE, 12 décembre 2014, n° 355052 et n° 365211.

124. Cass. 1^{ère} civ., 31 mars 2011, n° 09-17.135.

125. CAA Lyon, 23 juin 2011, n° 10LY1647.

126. Cass. 1^{ère} civ., 2 juillet 2014, n° 13-15.750.

Le Conseil d'état, dans **une décision du 16 décembre 2013**¹²⁷, écarte, quant à lui, l'anormalité lorsque les conséquences de la non-réalisation de l'intervention paraissent plus graves que celles résultant des facteurs des risques qui y sont attachés (notion de la balance bénéfiques/risques).

En l'espèce, le Conseil d'Etat a pu retenir que ne présente pas un caractère anormal le décès d'un patient dû à une hémorragie survenue à l'occasion d'une lobectomie. Pour les juges du fond, cette opération revêtait un caractère indispensable dans l'espoir d'obtenir une amélioration de son état de santé. De plus, le patient était, en raison d'une fragilité tissulaire, particulièrement exposé au risque d'accident hémorragique, un risque qualifié par l'expert de « *risque interventionnel classique* ».

Afin d'apprécier le caractère anormal du dommage le juge semble se fonder, dans cette affaire, sur la probabilité habituelle de réalisation de l'un des risques lié à l'intervention, sur l'exposition particulière du patient à ce risque en raison de son état de santé, et sur le caractère incontournable de l'intervention.

Inversement, la condition d'anormalité doit toujours être considérée comme remplie lorsque l'acte a entraîné des conséquences notablement plus graves que celles auxquelles le patient était exposé de manière suffisamment probable en l'absence de traitement¹²⁸.

Citons par exemple **une décision du 5 décembre 2019**¹²⁹ à travers laquelle le Tribunal de grande instance de Toulon a rappelé les critères de l'anormalité en s'alignant sur la position des juridictions administrative et judiciaire. En effet, les jurisprudences du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation indiquent que lorsque l'acte médical a entraîné « *des conséquences notablement plus graves que celles auxquelles le patient était exposé de manière suffisamment probable en l'absence de traitement* », la condition d'anor-

malité du dommage prévue doit toujours être regardée comme remplie.

La première chambre civile de la Cour de cassation, dans **un arrêt du 11 décembre 2019**¹³⁰, rappelle sa position à propos de la condition tenant à l'anormalité du dommage. L'arrêt a été rendu au sujet d'un patient présentant une lésion liée à la section des nerfs musculo-cutané et médian dans les suites d'une intervention chirurgicale destinée à l'ablation d'un matériel d'ostéosynthèse. La présomption de faute pesant sur le chirurgien ayant été renversée, dans la mesure où le patient présentait une anomalie anatomique rendant les atteintes inévitables, la première chambre civile approuve les juges du fond d'avoir retenu que le patient avait été victime d'un aléa thérapeutique. Elle juge en outre que la cour d'appel fait suffisamment ressortir que l'intervention avait entraîné des conséquences notablement plus graves que celles auxquelles le patient était exposé de manière suffisamment probable en l'absence de traitement. En effet, dans le présent cas d'espèce, les juges du fond ont relevé, sur la base du rapport d'expertise, qu'en l'absence d'intervention chirurgicale, ce patient aurait connu des sensations de dérobement au niveau de son épaule ainsi que des douleurs chroniques invalidantes outre la migration de son matériel d'ostéosynthèse alors qu'il présente désormais un déficit quasi-total de la motricité du membre supérieur droit, ce qui est notablement plus grave.

b. Appréciation in concreto des conséquences anormales

Nous avons vu précédemment que la condition d'imputabilité est remplie dès lors que : le dommage a été provoqué par l'acte considéré ; qu'il présente un caractère distinct de l'atteinte initiale ou qu'il résulte de son aggravation.

A contrario, si le dommage n'est que la conséquence de la pathologie antérieure, la causalité avec l'acte médical fait défaut¹³¹.

127. Cass. 1^{ère} civ., 16 décembre 2013, n° 354268.

128. CE, 12 décembre 2014, n° 355052 ; CE, 15 octobre 2018, n° 409585 repris par Cass. 1^{ère} civ., 19 juin 2019, n° 18-20.883.

129. TGI Toulon, 5 décembre 2019, n° 18/02146.

130. Cass. 1^{ère} civ., 11 décembre 2019, n° 18-24.383.

131. Cass. 1^{ère} civ., 24 mai 2017, n° 16-16.890, Arrêt de cassation : « *Qu'en statuant ainsi, alors que le retard dans l'évolution favorable de l'état de santé du patient, consécutif au fait que l'intervention chirurgicale, réalisée conformément aux règles de l'art, n'avait pas permis de remédier aux douleurs qu'il présentait et ne les avait pas non plus aggravées, ne caractérisait pas un dommage directement imputable à un acte de soins, la cour d'appel a violé le texte susvisé* ».

L'état antérieur vient perturber la condition d'anormalité des conséquences dommageables, ainsi que l'imputabilité directe de l'accident médical à un acte de prévention, de diagnostic ou de soins. Même face à un dommage grave, la solidarité nationale peut refuser sa prise en charge en raison de l'exigence de la condition d'anormalité des conséquences dommageables.

Ainsi, l'anormalité du dommage doit s'apprécier in concreto. En effet, selon l'article L. 1142-1 II du Code de la santé publique, l'anormalité, comme la causalité, s'apprécie au regard de l'état de santé du patient comme de son évolution prévisible. Elle ne peut dès lors être envisagée in abstracto, sauf exception (cf. infra), mais seulement au cas par cas au terme d'une analyse médico-légale précise. Par exemple, dans le cas d'un patient présentant un état de santé altéré qui a subi une intervention chirurgicale ou un traitement, il sera souvent difficile d'en apprécier l'incidence. L'ONIAM oppose souvent l'absence de la condition d'anormalité pour refuser la prise en charge par la solidarité nationale. Le houleux contentieux en la matière était donc prévisible¹³².

De même, la réalisation d'un risque considéré généralement comme « exceptionnel », c'est-à-dire dont la probabilité de survenance est « normalement » inférieure à 5% des cas pour un patient en bonne santé (ou du moins dont la pathologie initiale est sans lien avec la réalisation de la complication), peut ne pas l'être si l'état de santé du patient est intervenu sur la complication faisant passer sa probabilité au-delà, voire très au-delà, du seuil admis.

Sur ce point, les juridictions judiciaire et administrative, ainsi que les CCI à travers leur pratique, sont unanimes. On citera à ce titre deux décisions ainsi qu'un avis consultatif récent rendu par la CCI d'Ile de France.

Au départ, la Cour de cassation a donné une interprétation stricte de l'appréciation de l'incidence de l'état de santé antérieur de la victime sur l'imputabilité du dommage. En effet,

dans **un arrêt du 31 mars 2011**¹³³, la première chambre civile a retenu que « compte tenu de ses antécédents vasculaires [], [le patient] était particulièrement exposé à la complication hémorragique survenue dont les conséquences, si préjudiciables fussent-elles, n'étaient pas anormales au regard de son état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci ». Elle ajoutera par la suite, à l'instar du Conseil d'Etat¹³⁴, que l'intervention était indispensable dans l'espoir d'obtenir une amélioration de l'état de santé du patient. Le critère de l'anormalité n'est pas rempli dans cette hypothèse dès lors que les antécédents du patient ou sa pathologie augmentent le risque de réalisation du dommage.

Dans le même sens, le Conseil d'Etat, dans **une décision du 8 février 2017**¹³⁵, a retenu qu'en l'absence de traitement, la patiente était exposée à des conséquences aussi graves que celles que l'intervention a entraînées, et que le dommage résulte de la réalisation d'un risque préexistant à l'acte médical : « Considérant qu'il résulte des mentions de l'arrêt attaqué que la cour administrative d'appel de Bordeaux s'est fondée, pour estimer que le dommage subi par Mme A... satisfaisait à la condition d'anormalité prévue par les dispositions du II de l'article L. 1142-1 citées ci-dessus, sur la circonstance que l'intéressée était atteinte du fait de son état antérieur d'une incapacité permanente partielle évaluée à 30 % et que, du fait des séquelles des deux interventions chirurgicales, ce taux était passé à 80 % ; qu'en jugeant que cette augmentation du taux d'invalidité de la victime révélait à elle seule le caractère anormal du dommage, sans rechercher si les opérations en cause avaient entraîné chez elle des conséquences notablement plus graves que celles auxquelles elle était exposée de manière suffisamment probable en l'absence de traitement ni, dans la négative, si le dommage qu'elle a subi avait présenté une probabilité faible, la cour a commis une erreur de droit ; que cette erreur justifie, sans qu'il soit besoin d'examiner l'autre moyen du pourvoi, l'annulation de son arrêt en tant qu'il statue sur l'indemnisation par l'ONIAM, au titre de la solidarité nationale, des préjudices subis par Mme A... ».

132. En ce sens, voir les décisions suivantes : CAA Paris, 10 juin 2010, n° 09PA04044, Desservettaz-Plantaz ; CAA Versailles, 25 mai 2010, n° 08VE02901, Cts A. ; CE, 16 décembre 2013, n° 354268 ; CE, 29 avril 2015, n° 369473.

133. Cass. 1^{ère} civ., 31 mars 2011, n° 09-17.135.

134. CE, 16 décembre 2013, n° 354268.

135. CE, 8 février 2017, n° 393482.

Dans le même sens, la **CCI Ile-de-France**, dans un **avis de 2019**, a énoncé que « *eu égard à la difficulté ou la complexité de l'acte, et surtout de la fréquence de réalisation des risques, le dommage survenant à la suite de l'acte médical pratiqué sur une personne en bonne santé qui ne présente que des risques limités sera considéré comme anormal. En revanche, le dommage survenant à la suite d'un acte pratiqué sur une personne dont l'état de santé est dégradé sera considéré comme normal eu égard aux risques que son état antérieur génère. L'anormalité des conséquences dommageables est inversement proportionnelle à l'importance des risques créés par l'état antérieur du patient* ».

Ainsi, le dommage si grave soit-il n'est donc pas forcément anormal au regard de l'état de santé du patient. La condition de gravité repose en effet davantage sur une appréciation objective alors que l'anormalité du dommage repose sur une appréciation subjective par rapport à l'état de santé du patient ou son évolution prévisible.

c. Anormalité et fréquence de survenance du dommage

Les conséquences de l'acte médical peuvent subsidiairement être considérées comme anormales si, dans les conditions où l'acte a été accompli, la survenance du dommage présentait une probabilité faible¹³⁶.

C'est ce qu'a rappelé la première chambre civile de la Cour de cassation dans un **arrêt du 19 juin 2019**¹³⁷, publié au bulletin, dans un attendu de principe.

En l'espèce, il s'agissait d'un accouchement difficile durant lequel l'enfant à naître présentait une dystocie des épaules. Le gynécologue a effectué des manœuvres d'urgence obstétricales (notamment la manœuvre de Jacquemier). Lorsqu'il naît, l'enfant présente une paralysie du plexus brachial droit. L'expertise conclura à une absence de faute du praticien et de l'établissement de santé. La mère de l'enfant s'adressera donc à l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux afin d'obtenir l'indemnisation de cet accident médical. L'ONIAM contestant cette

demande, se posait donc devant les magistrats la question du bien-fondé de l'indemnisation sollicitée sur le fondement de l'article L. 1142-1 du Code de la santé publique.

Dans cette décision, la contestation de l'ONIAM portait sur ce deuxième critère de l'anormalité : l'appréciation de la fréquence du risque. En effet, le premier critère n'étant pas rempli ; l'état de l'enfant n'était pas notamment plus grave que celui qui aurait été le sien en l'absence des manœuvres pratiquées par le praticien, dès lors il convenait de s'intéresser à la fréquence statistique de survenance d'un tel risque.

Sur ce point, la cour d'appel retient que « *si l'élongation du plexus brachial est une complication fréquente de la dystocie des épaules, les séquelles permanentes de paralysie sont beaucoup plus rares, entre 1% et 2,5% de ces cas, de sorte que la survenance du dommage présentait une faible probabilité* ».

L'ONIAM contestait le bien-fondé de son indemnisation en retenant que la Cour d'appel avait à tort déterminé « *la probabilité de survenance du dommage au regard de la probabilité que la lésion du plexus brachial entraîne des séquelles permanentes, et non au regard de la probabilité que les manœuvres obstétricales entraînent une telle lésion qu'elle a évaluée entre 10 et 25%* ». Il ajoute également qu'elle ne s'était pas prononcée sur l'influence qu'a pu avoir le surpoids de la mère sur la survenance du risque, et notamment si les manœuvres pratiquées n'avaient pas été rendues plus difficiles. Par ailleurs, il ajoutait que la victime n'étant pas consolidée, le raisonnement adopté par la Cour d'appel reposant sur ses séquelles permanentes, était a fortiori contestable.

C'est sans surprise que la Cour de cassation adopte le raisonnement de la Cour d'appel retenant le caractère anormal du dommage. La fréquence statistique du risque s'apprécie en fonction des conséquences de l'acte médical dommageable.

Signalons par ailleurs que le Conseil d'Etat adopte la même méthode quant à l'appréciation

136. Voir également : CE, 12 décembre 2014, 355052 et 365211 ; Cass.1^{ère} civ., 15 juin 2016, n° 15-16.824 ; CE, 4 février 2019, n° 413247.

137. Cass. 1^{ère} civ., 19 juin 2019, n° 18-20.883.

du caractère anormal du dommage en fonction de la fréquence du risque. C'est ainsi que dans **un arrêt du 15 octobre 2018**¹³⁸, le Conseil d'Etat retenait que la fréquence de survenue ne concerne pas le risque lui-même mais la nature de ses conséquences. Ainsi un risque « global » d'hémorragie dans le cas d'espèce peut avoir une fréquence élevée, 20 %, mais, dans le cadre de ce risque, la fréquence de complications graves et spécifiques - cécité et surdité, pour le cas concerné - peut-être faible, faisant dès lors retenir malgré tout, le critère d'anormalité du dommage¹³⁹.

A cela, se pose alors la question du caractère cumulatif ou supplétif du critère de la rareté. En d'autres termes, la faible probabilité de survenance de la complication est-elle suffisante à caractériser l'AMNF ? La jurisprudence a d'emblée opté pour le caractère supplétif de ce critère au travers d'une suite de décisions.

• **Cass. 1^{ère} civ., 2 juillet 2014, n° 13-15.750**

« Mais attendu que, par motifs propres et adoptés, la cour d'appel a constaté, que, selon les éléments fournis par les experts, l'hémiplégie dont Mme X... était atteinte et qui était directement imputable aux gestes du chirurgien, était une complication prévisible de l'exercice de ce kyste et qu'à défaut d'intervention, même si l'hémiplégie n'était pas inéluctable, l'accroissement lent et régulier du kyste sans possibilité de résorption naturelle laissait présager pour elle de graves difficultés médicales, l'évolution d'une hypertension artérielle constituant un risque mortel ; qu'elle a exactement déduit de ces circonstances, d'où il résultait que Mme X... avait dû subir, dans l'espoir d'obtenir une amélioration de son état de santé, une intervention indispensable, présentant un risque important lié à sa pathologie et qui s'était réalisé, que les conséquences, aussi graves qu'elles soient, de l'acte de soins ne présentaient pas de caractère anormal au regard de son état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci au sens de l'article L. 1142-1, II du code de la santé publique et que dès lors, l'indemnisation du dommage subi ne relevait pas de la solidarité nationale ; d'où il suit que ces griefs ne sont pas fondés ».

• **Cass. 1^{ère} civ., 15 juin 2016, n° 15-16.824**

« Attendu que l'arrêt relève, en se fondant notamment sur les conclusions des experts, que le patient présentait une pathologie dont l'évolution devait conduire à une invalidité importante, que l'intervention chirurgicale, rendue nécessaire par cette pathologie, n'avait que des objectifs limités et visait surtout à éviter une aggravation de l'état de santé de l'intéressé, tout en comportant elle-même un risque d'échec important et d'aggravation de cet état d'une fréquence de survenue de 6 à 8 % ; qu'ayant ainsi procédé aux recherches et comparaisons prétendument omises, la cour d'appel a mis en évidence que les conséquences de l'intervention n'étaient pas notablement plus graves que celles auxquelles le patient était exposé en raison de sa pathologie et que la gravité de son état avait conduit à pratiquer un acte comportant des risques élevés dont la réalisation est à l'origine du dommage ; qu'elle en a exactement déduit que ces conséquences ne présentaient pas de caractère anormal au sens de l'article L. 1142-1, II, du code de la santé publique ; que le moyen n'est pas fondé ».

• **CE, 8 février 2017, n° 393482**

« Considérant qu'il résulte des mentions de l'arrêt attaqué que la cour administrative d'appel de Bordeaux s'est fondée, pour estimer que le dommage subi par Mme A... satisfaisait à la condition d'anormalité prévue par les dispositions du II de l'article L. 1142-1 citées ci-dessus, sur la circonstance que l'intéressée était atteinte du fait de son état antérieur d'une incapacité permanente partielle évaluée à 30 % et que, du fait des séquelles des deux interventions chirurgicales, ce taux était passé à 80 % ; qu'en jugeant que cette augmentation du taux d'invalidité de la victime révélait à elle seule le caractère anormal du dommage, sans rechercher si les opérations en cause avaient entraîné chez elle des conséquences notablement plus graves que celles auxquelles elle était exposée de manière suffisamment probable en l'absence de traitement ni, dans la négative, si le dommage qu'elle a subi avait présenté une probabilité faible, la cour a commis une erreur de droit ; que cette erreur justifie, sans qu'il soit besoin d'examiner l'autre moyen du pourvoi, l'annulation de son arrêt en

138. CE, 15 octobre 2018, n° 409585.

139. Dans le même sens, CE, 4 février 2019, n° 413247.

tant qu'il statue sur l'indemnisation par l'ONIAM, au titre de la solidarité nationale, des préjudices subis par Mme A... ».

• **CE, 15 octobre 2018, n° 409585**

« Considérant que, pour apprécier le caractère faible ou élevé du risque dont la réalisation a entraîné le dommage, il y a lieu de prendre en compte la probabilité de survenance d'un événement du même type que celui qui a causé le dommage et entraînant une invalidité grave ou un décès ; que, pour juger que la survenance du dommage subi par M. A... ne présentait pas une probabilité faible, la cour administrative d'appel de Lyon s'est fondée sur la circonstance que l'intéressé se trouvait exposé, compte tenu de l'intervention chirurgicale pratiquée, à un risque d'hémorragie présentant une probabilité de 20 % ; qu'en se fondant sur la probabilité générale de subir une hémorragie lors d'une telle intervention, au lieu de se fonder sur le risque de survenue d'une hémorragie entraînant une invalidité grave ou un décès, la cour a commis une erreur de droit ; que son arrêt doit, par suite, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, être annulé ».

Comme la gravité des conséquences, la rareté des causes s'apprécie au regard des facteurs de risque inhérents au patient ou aux conditions de l'intervention (urgences, etc.).

Citons une décision de la **Cour administrative d'appel de Marseille du 16 mai 2019**¹⁴⁰, dont il ressort que « le caractère inattendu de l'évènement constituant un aléa thérapeutique ne doit pas être apprécié uniquement suivant un critère probabiliste, conditionné lui-même par le contexte de l'évènement et par l'état des connaissances scientifiques, mais il doit aussi être apprécié en fonction d'autres facteurs liés au patient, et plus largement à la situation (urgence, organisation de l'hôpital) »¹⁴¹.

Finalement, la difficulté est de déterminer le seuil

permettant de retenir la faible probabilité de réalisation du risque au regard des données acquises de la science. A ce jour, les Commissions de conciliation et d'indemnisation retiennent unanimement un seuil inférieur à 5%. Le CE dans un arrêt du 4 février 2019 a estimé qu'une fréquence de 3% constituait un risque faible¹⁴². Quant à la Cour de cassation, celle-ci a énoncé qu'« un risque de 6 à 8% ne remplit pas la condition d'anormalité »¹⁴³. Il convient, en outre, pour apprécier la fréquence de réalisation du risque, de se livrer à une appréciation in concreto au regard de la situation particulière du patient¹⁴⁴ en prenant en compte la probabilité de survenance d'un événement du même type que celui qui a causé le dommage et entraînant une invalidité grave ou un décès¹⁴⁵.

Ainsi examinées, les jurisprudences, tant judiciaires qu'administratives, comme la pratique des CCI, apparaissent cohérentes et harmonieuses.

On retiendra qu'est constitué un AMNF imputable à un acte de soins :

- lorsque les conséquences de l'acte médical sont notablement plus graves que celles auxquelles le patient était exposé par sa pathologie ou son évolution prévisible en l'absence de traitement.
- A défaut, eu égard à la très faible fréquence de survenue des risques inférieure ou égale à 5%.

Ces critères s'apprécient au regard de l'état de santé du patient et des facteurs de risque.

B. Les conditions ratione personae

L'article L. 1142-1-II du Code de la santé publique ne prévoit d'indemnisation par l'ONIAM que pour les préjudices du patient et, en cas de décès seulement, de ses ayants droit, ce qui exclut l'indemnisation du préjudice propre d'une requérante en raison des séquelles dont reste atteint son époux¹⁴⁶.

La Cour de cassation dans **un arrêt du 13 septembre 2011**¹⁴⁷ a refusé de renvoyer au

140. CAA Marseille, 16 mai 2019, n° 17MA02016.

141. AJDA 2019, n° 30, p. 1770.

142. CE, 4 février 2019, n° 413247.

143. Cass. 1^{ère} civ., 15 juin 2016, n° 15-16.824.

144. CE, 16 novembre 2016, n° 391537.

145. CE, 15 octobre 2018, n° 409585 ; Cass. 1^{ère} civ., 19 juin 2019, n° 18-20.883.

146. CE, 30 mars 2011, n° 327669.

147. Cass. 1^{ère} civ., 13 septembre 2011, n° 11-12.536.

Conseil constitutionnel cette problématique estimant que cette exclusion ne soulève aucun doute sérieux sur la constitutionnalité de l'article L. 1142-1-II, dont l'objet n'était pas de consacrer un droit à indemnisation de tous les préjudices résultant d'accidents médicaux non fautifs, mais de permettre, sous certaines conditions, la prise en charge, par la solidarité nationale, de certains d'entre eux, en conciliant, d'une part l'exigence d'une indemnisation des patients victimes et de leurs proches, et d'autre part l'équilibre des finances publiques et la pérennité du système. Ainsi, sans méconnaître le principe d'égalité, la loi a pu réserver le droit à indemnisation des proches de la victime dans le seul cas où cette dernière serait décédée.

Dans **une décision du 3 juin 2019**¹⁴⁸, le Conseil d'Etat a pris une position importante en estimant que : « *En prévoyant, depuis la loi du 9 août 2004, l'indemnisation au titre de la solidarité nationale des ayants droit d'une personne décédée en raison d'un accident médical, d'une affection iatrogène ou d'une infection nosocomiale, les dispositions précitées ouvrent un droit à réparation aux proches de la victime, qu'ils aient ou non la qualité d'héritiers, qui entretenaient avec elle des liens étroits, dès lors qu'ils subissent du fait de son décès un préjudice direct et certain* » : **il s'agit du préjudice d'affection qui est propre au demandeur.**

« *Par ailleurs, lorsque la victime a subi avant son décès, en raison de l'accident médical, de l'affection iatrogène ou de l'infection nosocomiale, des préjudices pour lesquels elle n'a pas bénéficié d'une indemnisation, les droits qu'elle tirait des dispositions précitées sont transmis à ses héritiers en application des règles du droit successoral résultant du code civil* » : **ce préjudice sera indemnisé par la voie de la dévolution successorale.**

Le Conseil d'Etat, à travers cette décision, a donc reconnu un droit à réparation aux proches de la victime, déconnecté de la qualité d'héritiers, supposant uniquement la preuve de liens étroits avec cette dernière.

Le Conseil d'Etat a confirmé sa position dans une **décision du 24 juillet 2019**¹⁴⁹.

148. CE, 3 juin 2019, n° 414098.

149. CE, 24 juillet 2019, n° 422934.

**TROISIÈME PARTIE :
LA NOTION DE PERTE DE CHANCE**

Pour Philippe Le Tourneau : « *le concept de perte de chance est si souple qu'il s'infiltré partout* »¹⁵⁰.

D'origine jurisprudentielle, la notion de perte de chance est désormais bien ancrée dans le régime de la responsabilité civile.

Considérée comme un poste de préjudice à part entière, premièrement par le juge judiciaire par un arrêt de la chambre des requêtes du 17 juillet 1889, puis par le juge administratif¹⁵¹, la perte de chance se caractérise par la « *disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable* »¹⁵².

Elle se définit comme un « *préjudice résultant de la disparition, due au fait d'un tiers, de la probabilité d'un événement favorable et donnant lieu à une réparation mesurée sur la valeur de la chance perdue déterminée par un calcul de probabilités et qui ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée* »¹⁵³.

Les juridictions ont recours à cette notion dès lors qu'une victime a été privée d'une espérance future dont il est impossible de savoir si elle se serait réalisée en l'absence du fait dommageable.

Conformément à sa définition, la réparation d'une perte de chance doit toutefois être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée¹⁵⁴.

La perte de chance vise donc à réparer un dommage, dont l'étendue est affectée d'un aléa, et qui est uni par un lien causal certain avec le fait dommageable.

Il conviendra d'aborder les conditions d'indemnisation de ce préjudice particulier (I), avant d'envisager son appréciation et son évaluation par la jurisprudence (II).

I. Les conditions d'indemnisation de la perte de chance

Conformément aux principes régissant la preuve¹⁵⁵, il revient à la victime de prouver que l'éventualité lui aurait été profitable.

Seul le défaut d'information déroge à cette règle : en effet, l'article L. 1111-2, alinéa 7, du Code de la santé publique a renversé la charge de la preuve en imposant au professionnel de santé de prouver, par tous moyens¹⁵⁶, qu'il a effectivement informé le patient.

A. Les éléments constitutifs

Pour être indemnisable, la perte de chance doit être certaine, réelle et sérieuse. En matière de responsabilité médicale, la chance consiste pour le patient à obtenir une éventualité favorable par le recours à un acte de prévention, de diagnostic ou de soins.

1. L'existence d'une éventualité favorable

Cette éventualité favorable est appréciée largement par les juridictions, qui retiennent une perte de chance dès lors qu'il ne peut être tenu pour certain que la faute n'a pas eu de conséquence sur l'état de santé du patient¹⁵⁷.

De manière générale, même infime, la jurisprudence¹⁵⁸ admet l'indemnisation de la perte de chance « *la perte certaine d'une chance, même faible est indemnisable* ».

2. La disparition de l'éventualité favorable doit être réelle

Cette disparition doit être certaine. A défaut, la Cour de cassation considère que ce préjudice est incertain et ne peut donc être réparé¹⁵⁹.

150. P. Le Tourneau, Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz Action, n° 1434.

151. CE, 24 avril 1964, Hôpital-Hospice de Voiron.

152. Crim., 18 mars 1975.

153. Lexique des termes juridiques 2014.

154. Cass. 1^{ère} civ., 14 novembre 2019, n° 18-23.915.

155. Article 1353 du Code civil : « *Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver* ».

156. Cass. 1^{ère} civ., 14 octobre 1997, n° 95-19.609.

157. Cass. 1^{ère} civ., 5 juillet 2017, n° 16-21.510.

158. Cass. 1^{ère} civ., 16 janvier 2013, n° 12-14.439 (responsabilité professionnelle d'un avocat).

159. Cass. 1^{ère} civ., 7 février 1990, n° 88-14.797.

La notion de perte de chance est largement entendue et doit donner lieu à réparation chaque fois qu'il y a disparition d'une éventualité favorable.

Son seul constat suffit à caractériser la certitude du préjudice : la première chambre civile de la Cour de cassation a en effet retenu dans **un arrêt du 24 octobre 2019**¹⁶⁰, que « *la perte de chance présente un caractère direct et certain chaque fois qu'est constatée la disparition d'une éventualité favorable* ».

En matière de défaut d'information, lorsqu'il est certain que le patient dûment informé aurait accepté l'intervention médicale, ou s'en serait abstenu, la perte de chance sera écartée¹⁶¹.

Cass. 1^{ère} civ., 20 juin 2000, n° 98-23.046 : En l'espèce, un patient n'avait pas été informé des risques de perforation de l'intestin lors de l'exérèse d'un polype. La Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir écarté la responsabilité du médecin après avoir constaté que même informé des risques complets de l'opération, le patient y aurait probablement consenti en raison des risques de développement d'un cancer. En effet, le médecin fautif qui aurait délivré une information incomplète peut échapper à sa responsabilité s'il est établi que la victime n'a perdu aucune chance d'éviter l'intervention à risques, dans la mesure où même dûment informée, elle aurait accepté de s'y soumettre.

Dans l'hypothèse où la décision qu'aurait prise le patient dûment informé est incertaine, ce dernier ne pourra prétendre qu'à la réparation d'un préjudice spécifique, faute de lien causal entre le dommage corporel et le défaut d'information. Les juridictions doivent alors établir un pourcentage de chances que ce dernier avait de se soustraire aux risques dont il n'a pas été informé, « *en rapprochant, d'une part, les risques inhérents à l'intervention chirurgicale, et, d'autre part, les risques courus en cas de renonciation à celle-ci* »¹⁶².

3. La chance perdue doit être sérieuse

Elle doit également présenter des caractères suffisamment sérieux pour se distinguer de la simple hypothèse. Ainsi, la chance doit avoir été effectivement perdue du fait de l'événement dommageable.

Le Conseil d'Etat a rendu **une décision, le 10 mars 2016**,¹⁶³ dans laquelle il précise que la perte de chance (et l'indemnisation partielle) ne peut être écartée que lorsqu'il est certain qu'une prise en charge adéquate n'aurait pas permis d'éviter les conséquences de la faute.

Dans le même sens, pour la Cour de cassation, la perte de chance ne sera exclue que s'il est tenu pour certain que la faute n'a pas eu de conséquence sur l'état de santé du patient¹⁶⁴.

Dans le cas d'une perte de chance résultant d'un défaut d'information, lorsqu'il est certain que le patient dûment informé aurait accepté l'intervention médicale, ou s'en serait abstenu, ce préjudice ne sera pas retenu¹⁶⁵.

B. La théorie du lien causal

La chance perdue, qu'elle soit de guérir, survivre, de moins souffrir ou de souffrir moins longtemps doit pouvoir être rattachée par un lien direct et certain à un manquement fautif.

En matière médicale, la Cour de cassation est plus indulgente quant à l'appréciation du lien de causalité entre la faute et le préjudice.

Il ressort en effet du rapport de la Cour de cassation de 2007 que : « *toute la construction de la perte de chance en matière médicale repose sur le souci de concilier cette incertitude et cette certitude en évitant les deux excès opposés que constitueraient le rejet systématique de toute indemnisation ou, à l'opposé, une indemnisation totale tout aussi systématique* ».

160. Cass. 1^{ère} civ., 24 octobre 2019, n° 18-19.459.

161. CA Aix-en-Provence, 6 février 2020, n° 19/03350 : en l'espèce un préjudice d'impréparation a toutefois été retenu.

162. CE, 24 octobre 2008, n° 290733.

163. CE, 10 mars 2016, n° 386362.

164. Cass 1^{ère} civ., 5 juillet 2017, n° 16-21510.

165. Cass. 1^{ère} civ., 27 novembre 2013, n° 12-27.961

Le lien de causalité entre l'activité de soin et l'état du patient est incertain dès lors qu'avant toute intervention du corps médical, l'état d'un patient est déjà mis en jeu. Ainsi, la perte de chance viendrait pallier l'insuffisance du lien de causalité, qui serait alors présumé lorsqu'une faute a joué un rôle quelconque dans la survenance d'un dommage ou au contraire son évitement.

De ce fait, les juridictions ont recours à la perte de chance parfois même sans avoir la certitude que la faute ait été la cause du dommage¹⁶⁶, ou malgré la présence d'un doute sur l'effet causal de la faute du médecin sur le dommage¹⁶⁷.

Il s'agit d'une causalité présumée, à la stricte condition que ces présomptions soient graves, précises et concordantes¹⁶⁸. En l'absence de certitudes médicales, l'appréciation souple du lien de causalité permet de le caractériser à partir d'un faisceau d'indices, voire une présomption renversant la charge de la preuve. Ainsi, l'état des données acquises de la science peut conduire à qualifier de perte de chance un préjudice en raison de l'absence de certitude de la causalité entre le fait préjudiciable et l'état de santé du patient.

Dès 1965, la Cour de cassation approuvait les décisions des juridictions du fond ayant accepté d'indemniser la perte de chance de guérison ou de survie alors que les experts n'avaient pu prouver que l'aggravation de l'état du patient était imputable à la faute du médecin¹⁶⁹. Ces solutions ont alimenté les débats en doctrine. Beaucoup ont critiqué, d'une part, l'utilisation de la notion de perte de chance pour contourner la preuve du lien de causalité, et, d'autre part, que cela ait conduit à faire abstraction du dommage pour lui substituer cette perte de chance de ne pas mourir ou de guérir, qui est « *par hypothèse relié à la faute médicale en raison du danger auquel celui-ci expose nécessairement la santé du patient* »¹⁷⁰.

Toutefois, un **arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 14 octobre**

2010¹⁷¹ a permis de préciser que « *la perte de chance présente un caractère direct et certain chaque fois qu'est constatée la disparition d'une éventualité favorable, de sorte que ni l'incertitude relative à l'évolution de la pathologie, ni l'indétermination de la cause du symptôme (...) n'étaient de nature à faire écarter le lien de causalité entre la faute commise (...) et la perte de chance de survie* ».

Ainsi, dès lors qu'est constatée la perte d'une chance de guérison ou de survie (d'éventualité favorable), l'incertitude sur l'origine du décès est inopérante. En effet, c'est à l'égard de la seule chance perdue que le lien de causalité doit être apprécié, et non pas en fonction du préjudice final.

C'est d'ailleurs en ce sens qu'a jugé la première chambre civile de la Cour de cassation dans un **arrêt du 24 octobre 2019**¹⁷². En l'espèce, au terme d'une grossesse à risques qu'il avait suivie et surveillée, un gynécologue obstétricien a donné naissance à un enfant présentant diverses et importantes séquelles. Après avoir sollicité une expertise en référé, les parents de l'enfant ont assigné la clinique et le praticien en responsabilité et en indemnisation de « *la perte de chance de présenter de moindres atteintes* » subie par leur fille. Ils se prévalaient de fautes dans la surveillance de la grossesse et dans le retard pris pour réaliser une césarienne en dépit d'une maladie fœtale aiguë ayant affecté la mère durant la grossesse, pathologie qui rend tout retard dans l'extraction de l'enfant susceptible de contribuer à l'apparition ou à l'aggravation de séquelles cérébrales.

Si la cour d'appel a retenu une faute constituée par un retard dans l'extraction de l'enfant, imputable au praticien, elle a rejeté la demande d'indemnisation au titre de la perte de chance, jugeant au vu des éléments versés aux débats par les parties et contrairement aux énonciations des experts, que l'existence d'un lien de causalité direct et certain entre la faute commise et l'état de santé de l'enfant n'était pas démontrée.

166. P. Jourdain, Les nouveaux usages de la perte de chance : RTD civ. 2010, p. 330.

167. Cass. 1^{ère} civ., 9 décembre 2010, n° 09-70.356 – Cass. 1^{ère} civ., 17 février 2011, n° 10-10.449.

168. Cass. 1^{ère} civ., 22 mai 2008, n° 05-20.317.

169. Cass. 1^{ère} civ., 14 décembre 1965 ; Cass. 1^{ère} civ., 18 mars 1969 ; Cass. 1^{ère} civ., 25 avril 1971.

170. G. Viney et P. Jourdain, Traité de droit civil : les conditions de la responsabilité.

171. Cass. 1^{ère} civ., 14 octobre 2010, n° 09-69.195.

172. Cass. 1^{ère} civ., 24 octobre 2019, n° 18-19.459.

La Cour de cassation censure cette décision pour admettre l'indemnisation de la perte de chance, en faisant preuve d'une appréciation souple du lien de causalité.

La Cour de cassation retient ainsi que la faute du médecin ayant privé la victime de la chance d'être en meilleure santé donne lieu à réparation dès lors qu'est constatée la disparition d'une éventualité favorable, caractérisant la perte de chance directe et certaine.

En revanche, la première chambre civile de la Cour de cassation a, dans un **arrêt du 1^{er} juillet 2020**¹⁷³, approuvé une cour d'appel d'avoir relevé que « *la faute imputée au cardiologue n'a pas été à l'origine d'une perte de chance de survie [du patient]* », ce dont elle a pu « *déduire que la responsabilité de celui-ci n'était pas engagée* ».

II. Les applications jurisprudentielles de la perte de chance et son évaluation

A. La perte de chance et les responsabilités diverses

A titre liminaire il convient de rappeler que, conformément aux règles générales de réparation du dommage corporel, l'indemnisation de la perte d'une chance suppose que la dégradation de la santé du patient ne soit pas imputable à un état antérieur non révélé avant l'intervention.

1. La perte de chance d'obtenir la réparation d'un dommage corporel (perte d'un dossier médical)

Il s'agit d'une création jurisprudentielle récente, par laquelle la Cour de cassation a retenu une perte de chance d'obtenir la réparation d'un dommage à la suite d'un accident médical.

En effet, par un **arrêt rendu le 26 septembre 2018**¹⁷⁴, la première chambre civile de la Cour de cassation a sanctionné une clinique ayant perdu le dossier médical de la victime. En l'es-

pèce, cette patiente a présenté dans les suites d'un accouchement pratiqué dans cette clinique par un gynécologue-obstétricien exerçant à titre libéral, une lésion du périnée, entraînant des incontinences urinaire et anale, consécutive à l'utilisation de spatules de Thierry, pour extraire l'enfant qui présentait des troubles du rythme cardiaque.

L'expert désigné a déploré dans son rapport d'expertise à de nombreux stades de son analyse le manque d'éléments sur le déroulement de l'accouchement pour mener à bien sa mission.

Confirmant le raisonnement des juges d'appel, la Cour de cassation indique d'une part, que la perte du dossier médical d'un patient qui a subi un accident médical au sein de l'établissement conduit à inverser la charge de la preuve et à imposer à celui-ci de démontrer que les soins prodigués ont été appropriés.

D'autre part, elle ajoute que cette perte, qui caractérise un défaut d'organisation et de fonctionnement, place le patient dans l'impossibilité d'accéder aux informations médicales le concernant et d'établir l'existence d'une faute dans sa prise en charge. Cette faute de la clinique était à l'origine d'une perte de chance pour la patiente de prouver que la faute du gynécologue était à l'origine de son dommage.

La jurisprudence administrative semble toutefois plus nuancée, et ne retient pas de renversement de la charge de la preuve.

En effet, les juridictions administratives considèrent que lorsque l'expert est en mesure de reconstituer l'histoire médicale et de se prononcer sur la responsabilité du praticien, celle-ci ne peut être présumée¹⁷⁵.

Dès lors qu'il a été considéré comme ayant pu, malgré l'incomplétude du dossier ou encore son absence totale, mener à terme sa mission et déposer un rapport clair, la charge de la preuve n'est pas inversée¹⁷⁶.

173. Cass. 1^{ère} civ., 1er juillet 2020, n° 19-17.173.

174. Cass. 1^{ère} civ., 26 septembre 2018, n° 17-20.143.

175. TA Toulouse, 7 mars 2019, n° 17-012302 ; CAA Marseille, 11 janvier 2018, n° 15MA04963 ; CAA Versailles, 16 septembre 2008, n° 06VE02833.

176. CAA Versailles, 16 septembre 2008, n° 06VE02833 ; CAA Marseille, 11 janvier 2018, n° 15MA04963 ; TA Toulouse, 7 mars 2019, n° 17-012302 ; même solution dans un arrêt très récent de la CA de Montpellier du 22 mai 2020, n° 19/05744.

2. La perte de chance de guérison ou de survie

L'une des applications de la notion de perte de chance en droit médical concerne la perte de chance de guérison¹⁷⁷ ou de survie¹⁷⁸. Cette perte de chance trouve sa source dans le cas où un professionnel de santé commet une faute d'abstention ou de négligence privant le patient des soins adéquats, qui aboutit à une atteinte corporelle, voire au décès du patient. Il s'agit ici d'une perte de chance pour la victime de voir son état de santé s'améliorer ou ne pas s'aggraver, du fait d'un retard dans la prise en charge ou bien d'un défaut de diagnostic ou de soin.

Toutefois, si une faute est imputable au professionnel de santé, la réparation de l'atteinte physique qui en résulte ne peut en revanche lui être entièrement mise à sa charge dans la mesure où il est impossible de déterminer avec certitude l'issue de l'acte médical sans cette faute.

Seule est donc indemnisée la perte de chance de guérison ou de survie, causée par le manquement du médecin.

Pour être admise, cette perte de chance de survie doit être en lien de causalité certain avec le décès¹⁷⁹.

Il convient de préciser que l'existence de ce lien de causalité est appréciée souverainement par les juges du fond.

Ainsi, la Cour de cassation a pu confirmer l'arrêt d'une cour d'appel ayant retenu une perte de chance d'éviter des séquelles chez un nouveau-né victime d'une encéphalopathie, comme celle d'obtenir « *une amélioration de son état de santé ou d'échapper à une infirmité* »¹⁸⁰.

L'indemnisation de cette perte de chance de survie correspond à une fraction des différents chefs de préjudices subis.

On peut citer pour exemple un arrêt rendu par la **première chambre civile de la Cour de cassation le 13 juillet 2016**¹⁸¹, dans lequel elle énonce qu' : « *une perte de chance de survie, d'amélioration de l'état de santé ou encore de guérison, correspond, en l'absence de certitude que le dommage ne serait pas survenu, si aucune faute n'avait été commise, à une fraction des différents chefs de préjudice subis, souverainement évaluée par les juges du fond en mesurant la chance perdue* ».

Les manquements à l'origine d'une perte de chance pour le patient sont généralement liés à des retards de diagnostics, des erreurs de diagnostic, ou des défauts de prise en charge.

a. Le retard de diagnostic

Dans le cas d'un retard dans la prise en charge, il est souvent difficile d'établir si l'état du patient aurait été différent s'il avait bénéficié des soins requis en temps voulu.

Dans de telles hypothèses, le lien causal entre la prise en charge tardive et le dommage qui en résulte est établi grâce la perte de chance, évaluée in concreto par le juge, et qui doit être directe et certaine.

• Cass. 1^{ère} civ., 3 juillet 2013, n° 12-23.161

En l'espèce des antécédents de phlébite d'une personne victime d'un accident de ski auraient dû induire le médecin généraliste consulté par elle, à prescrire un traitement anticoagulant, ce qui aurait pu éviter la survenance d'une embolie pulmonaire, quelques jours plus tard. La Cour de cassation caractérise une perte de chance directe et certaine.

Ce préjudice est largement retenu, même lorsqu'une « *évolution fatale n'aurait pas été forcément évitée* »¹⁸².

Dans **un arrêt rendu le 13 février 2019**¹⁸³ par la Cour d'appel de Rennes, un médecin généraliste

177. Cass. 1^{ère} civ., 25 mars 1968, n° 66-12.434 : La Cour de cassation a indemnisé la perte « d'importantes chances de guérison ».

178. Cass. 1^{ère} civ., 18 mars 1969, n° 68-10.252.

179. Cass. Crim., 17 janvier 2017, n° 15-85.155.

180. Cass. 1^{ère} civ., 25 janvier 2017, n° 15-27.505 et n° 15-29.189.

181. Cass. 1^{ère} civ., 13 juillet 2016, n° 15-18.370.

182. CA Rouen, 25 janvier 2012, n° 10/05461.

183. CA Rennes, 13 février 2019, n° 16/02776.

a été condamné à réparer la perte d'une chance pour sa patiente d'échapper à une complication. En l'espèce, une patiente devait bénéficier d'une prise en charge chirurgicale du syndrome de la queue de cheval. Face à la majoration des douleurs présentées par celle-ci depuis 20 jours et malgré des doses croissantes de morphine, le médecin a décidé de son hospitalisation dans une structure inadaptée en ne cherchant aucunement à joindre un spécialiste de la pathologie rachidienne, à l'adresser à un service d'urgence ou de neurochirurgie d'orthopédie rachidienne, de neurologie ou de rhumatologie et sans la rencontrer alors que la patiente lui avait décrit par téléphone une explosion dans le dos qui correspondait à l'expulsion du fragment discal à l'origine du syndrome de la queue de cheval qu'elle a présenté le lendemain.

Les juges ont retenu un lien de causalité entre le retard de diagnostic et les chances de récupération de la patiente puisqu'il est établi que la chirurgie du syndrome de la queue de cheval est recommandée en urgence dans les 48 heures après le début des symptômes. La responsabilité du médecin généraliste a donc été engagée, en raison de ses manquements fautifs à l'origine d'un diagnostic tardif et d'une prise en charge chirurgicale tardive du syndrome de la queue de cheval dont sa patiente, souffrant d'une hernie discale, a été victime. La perte de chance d'échapper à la complication a été évaluée par les juges du fond à 80 %.

b. L'erreur de diagnostic

C'est par un **arrêt rendu le 21 décembre 2007**¹⁸⁴ que le Conseil d'Etat a retenu une indemnisation fractionnée en fonction du pourcentage de chance perdue. En l'espèce, il s'agissait d'une infection de l'intérieur du globe oculaire ayant fait l'objet d'une erreur de diagnostic et donc d'un retard dans l'administration de soins appropriés ayant entraîné la cécité.

Le Conseil d'Etat est même allé plus loin par un **arrêt du 22 octobre 2014**¹⁸⁵, appliquant rétroactivement cette nouvelle jurisprudence,

conduisant ainsi à fractionner l'indemnisation de cette perte de chance, malgré l'antériorité des faits par rapport au revirement effectué en 2007.

Dans un arrêt rendu par la **Cour d'appel de Rennes le 18 décembre 2019**¹⁸⁶, un médecin généraliste a été déclaré responsable d'une erreur de diagnostic à l'origine d'une perte de chance pour le patient de ne pas subir les séquelles d'une méningite. En l'espèce, le médecin traitant d'un patient en rémission depuis 11 ans d'une leucémie aigüe myéloblastique traitée par chimiothérapie a commis une erreur en diagnostiquant une simple grippe alors que le patient souffrait d'une méningite à pneumocoque. Cette erreur a retardé d'autant la mise en place d'un traitement efficace par une antibiothérapie adaptée dès l'hospitalisation. Par ailleurs, la Cour rejette la défense du médecin selon laquelle le patient était suivi indifféremment par un des 4 médecins du cabinet de groupe dont il faisait partie alors qu'il savait qu'il avait souffert d'une pathologie grave. La perte de chance a été fixée dans cet arrêt à hauteur de 25 %.

c. Le défaut de prise en charge

Dans un **arrêt rendu le 22 mars 2012**¹⁸⁷, la Cour de cassation a précisé que, la perte de chance présentant un caractère direct et certain chaque fois qu'est constatée la disparition d'une éventualité favorable, l'établissement du caractère fautif de l'absence de contention, après traitement l'orthodontie, par un chirurgien-dentiste, implique nécessairement que cette contention aurait pu, si elle avait été mise en place, avoir une influence favorable sur l'évolution de la pathologie, ce qui caractérise l'existence d'une perte de chance.

Le Conseil d'Etat a dans un **arrêt rendu le 10 décembre 2015**¹⁸⁸ établi son appréciation de la perte de chance en évaluant chef de préjudice par chef de préjudice pour déterminer si le défaut de prise en charge médicale a été à l'origine d'une perte de chance d'échapper à un dommage ou si elle a été à l'origine de ce dommage lui-même. En l'espèce, il s'agissait

184. CE, 21 décembre 2007, n° 289328.

185. CE, 22 octobre 2014, n° 368904.

186. CA Rennes, 18 décembre 2019, n° 16/08535.

187. Cass. 1^{ère} civ., 22 mars 2012, n° 11-10.935.

188. CE, 10 décembre 2015, n° 374318.

d'une erreur de diagnostic à l'origine d'une perte de chance de bénéficier d'une prise en charge plus précoce de la douleur, mais aussi la privation d'une rente d'accident de travail, et non pas seulement d'une chance d'obtenir celle-ci.

3. La perte de chance et les infections nosocomiales

On retrouve également la notion de perte de chance en matière de dommages imputables à une infection nosocomiale.

Dans **un arrêt en date du 17 février 2012**¹⁸⁹, le Conseil d'Etat rappelle que le préjudice résultant d'une infection nosocomiale peut résider en une perte de chance de voir son état de santé s'améliorer ou d'échapper à son aggravation. En l'espèce, un polytraumatisé avait été accueilli à l'hôpital en situation de coma réactif. La Cour administrative d'appel avait exonéré l'établissement hospitalier considérant que la forte diminution de ses défenses immunitaires et la réanimation respiratoire prolongée avaient rendu inévitable la survenue d'infections pulmonaires. Toutefois, le Conseil d'Etat censure cette décision, estimant que la réanimation respiratoire ne pouvait être regardée comme une circonstance extérieure à l'activité hospitalière.

A titre d'illustration jurisprudentielle, on peut citer **une décision récente du Conseil d'Etat rendue le 12 février 2020**¹⁹⁰.

Par cet arrêt, le Conseil d'Etat a précisé les modalités de réparation d'une perte de chance causée par une infection nosocomiale. En l'espèce, une patiente hospitalisée aux fins d'ablation d'un cavernome cérébrale a contracté une infection nosocomiale, nécessitant le report de cette intervention de 8 jours. La victime a par la suite présenté un accident vasculaire cérébral, des suites duquel elle a conservé des séquelles. Elle saisit la Commission de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux d'une demande d'indemnisation, estimant que ce délai de 8 jours avait diminué les chances de succès de l'opération, et qu'il était à l'origine des séquelles dont elle demeurerait atteinte. L'avis de la Commission était favorable à une indemnisation à la charge de l'ONIAM, qui a toutefois refusé d'indemniser

la victime. Celle-ci a saisi le juge administratif qui a en première instance et en appel condamné l'ONIAM, qui s'est pourvu en cassation. Le Conseil d'Etat rejette ce pourvoi, précisant que les dispositions de l'article L.1142-1-1 du Code de la santé publique trouvent à s'appliquer dans le cas où une infection nosocomiale a entraîné la perte d'une chance d'éviter un préjudice.

Il précise également que dans une telle hypothèse, ce préjudice de perte de chance est indemnisé au titre de la solidarité nationale dès lors que « *le taux d'AIPP du patient, calculé par la différence entre, d'une part la capacité que l'intéressé aurait eu en l'absence de cette infection, et d'autre part, la capacité constatée après la consolidation du préjudice résultant de l'infection, est supérieur à 25%* ».

4. La perte de chance et l'aléa

En présence d'une perte de chance résultant d'un manquement quelconque du praticien et d'un accident médical non fautif, il revient à la charge de l'Office national d'indemnisation des victimes d'accidents médicaux (ONIAM), lorsque les critères de gravité sont remplis, d'indemniser les préjudices résultant de cet accident médical, indemnité qui est toutefois réduite du montant de celle à la charge du responsable de la perte de chance d'éviter le dommage corporel advenu.

• CE, 9 novembre 2018, n° 409287

Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat précise que l'indemnité due par l'ONIAM est seulement réduite du montant de celle mise, le cas échéant, à la charge du responsable de la perte de chance, égale à une fraction du dommage corporel correspondant à l'ampleur de la chance perdue. En effet, « *dans l'hypothèse où un accident médical non fautif est à l'origine de conséquences dommageables mais où une faute commise par une personne mentionnée au I de l'article L. 1142-1 a fait perdre à la victime une chance d'échapper à l'accident ou de se soustraire à ses conséquences, le préjudice en lien direct avec cette faute est la perte de chance d'éviter le dommage corporel advenu et non le dommage corporel lui-même, lequel demeure tout entier en lien direct avec l'accident non fautif ; que, par*

189. CE, 17 février 2012, n° 342366.

190. CE, 12 février 2020, n° 422754.

suite, un tel accident ouvre droit à réparation au titre de la solidarité nationale si ses conséquences remplissent les conditions posées au II de l'article L. 1142-1 et présentent notamment le caractère de gravité requis, l'indemnité due par l'ONIAM étant seulement réduite du montant de celle mise, le cas échéant, à la charge du responsable de la perte de chance, égale à une fraction du dommage corporel correspondant à l'ampleur de la chance perdue ».

Dans le même sens : **Conseil d'État, 31 décembre 2018, n° 414615, Inédit au recueil Lebon** : « *dans l'hypothèse où un accident médical non fautif est à l'origine de conséquences dommageables mais où une faute commise par une personne mentionnée au I de l'article L. 1142-1 a fait perdre à la victime une chance d'échapper à l'accident ou de se soustraire à ses conséquences, le préjudice en lien direct avec cette faute est la perte de chance d'éviter le dommage corporel advenu et non le dommage corporel lui-même, lequel demeure tout entier en lien direct avec l'accident non fautif ; que, par suite, un tel accident ouvre droit à réparation au titre de la solidarité nationale si ses conséquences remplissent les conditions posées au II de l'article L. 1142-1 et présentent notamment le caractère de gravité requis, l'indemnité due par l'ONIAM étant seulement réduite du montant de celle mise, le cas échéant, à la charge du responsable de la perte de chance, égale à une fraction du dommage corporel correspondant à l'ampleur de la chance perdue ».*

• **CE, 10 juin 2020, n° 418166**

En l'espèce, une victime d'accident de la route a bénéficié d'un traitement en caisson hyperbare au cours duquel elle a subi un arrêt cardio-respiratoire dont elle a conservé de lourdes séquelles neurologiques. La Cour d'appel administrative de Nancy a déclaré qu'il s'agissait d'un accident médical non fautif, ouvrant droit à réparation au titre de la solidarité nationale, et relevé l'existence d'une faute dans la réalisation du traitement, ayant fait perdre une chance de 55% d'éviter l'accident. La Cour a ainsi mis à la charge de l'ONIAM une réparation de 45% des préjudices subis par la victime et condamné le centre hospitalier à réparer

55% des préjudices. L'ONIAM a formé un pourvoi auprès du Conseil d'Etat, contestant l'indemnisation mise à sa charge. Le Conseil d'Etat rejette cette demande, considérant que la Cour d'appel administrative de Nancy avait porté sur les pièces du dossier qui lui était soumis une appréciation souveraine exempte de dénaturation.

B. La perte de chance et le défaut d'information

Le manquement au devoir d'information du médecin entraîne pour le patient un préjudice caractérisé par une perte de chance.

La caractérisation de cette faute ayant déjà été traitée dans la première partie, il conviendra ici de s'intéresser aux conséquences d'un tel manquement.

C'est dans le cadre d'un litige portant sur un défaut d'information que la perte de chance a été évoquée pour la première fois en matière de responsabilité médicale. Il s'agissait alors d'une perte de chance d'éviter le dommage. En effet, l'obligation de recueillir le consentement du patient est « *imposée par le respect de la personne humaine* », et cela implique la parfaite délivrance d'une information préalable à l'acte médical. Ce manquement constitue pour le patient une atteinte grave aux droits de sa personnalité¹⁹¹.

Plusieurs incertitudes encadrent cette situation, la première et la plus importante étant celle qui subsiste sur ce qu'aurait été la décision du patient s'il avait été correctement informé par le médecin.

Initialement, le défaut d'information était considéré comme cause du dommage corporel, et le lien de causalité se situait entre la faute et le dommage. Dès lors, la réparation était intégrale, conformément au principe de réparation du dommage corporel. Cette vision du préjudice était admise aussi bien par le juge civil, que par le juge administratif : « *le préjudice né d'un défaut d'information est la cause génératrice de l'entier dommage du patient* » et « *le manquement à l'information oblige l'hôpital public à réparer l'intégralité du préjudice* »¹⁹².

191. Rapport annuel de 2010 de la Cour de cassation relatif à « l'obligation d'information médicale ».

192. Cass. 1^{ère} civ., 8 janvier 1942, Arrêt Teyssier ; CE, 17 février 1988, CHR de Nancy.

Toutefois, la Cour de cassation a ensuite considéré que le préjudice réparable était la perte de chance d'éviter le dommage dont le patient pouvait obtenir réparation, rejetant ainsi la réparation de l'entier dommage corporel¹⁹³. La chance perdue devait être évaluée au regard du résultat escompté, et le dommage correspondait nécessairement à une fraction des différents chefs de préjudices subis qui était déterminée en mesurant la chance perdue et ne pouvait donc être égale aux atteintes corporelles résultant de l'acte médical¹⁹⁴.

S'agissant du Conseil d'Etat, dans un arrêt rendu le 24 avril 1964 Hôpital de Voiron, il considérait que la perte de chance constituait un préjudice autonome, devant être entièrement indemnisé en tant que tel.

Par un arrêt rendu le 5 janvier 2000, Consorts Telle, le Conseil d'Etat a fait évoluer sa jurisprudence, précisant que l'indemnisation d'un tel préjudice doit être fractionnée, en fonction du degré de perte de chance résultant du défaut d'information.

Pour évaluer cette perte de chance, le juge administratif utilise une démarche « probabiliste » tenant compte de l'éventualité des risques de l'intervention ou du traitement, mais aussi de l'attitude qu'aurait éventuellement adoptée la victime face à une information complète sur ces risques.

La perte de chance ne sera ainsi pas retenue lorsque l'intervention était impérieusement requise¹⁹⁵.

En ce sens, le Conseil d'Etat a jugé dans **un arrêt rendu le 6 mars 2015**¹⁹⁶ : « *lorsqu'une intervention est impérieusement requise, en sorte que le patient ne dispose d'aucune possibilité raisonnable de refus, le défaut d'information ne peut normalement entraîner une perte de chance de se soustraire au risque que cette intervention comporte* ».

Le caractère nécessaire de l'intervention ou l'existence d'alternatives thérapeutiques est également pris en compte par le juge administratif. Elle ne sera pas non plus retenue s'il est démontré qu'il n'existait pas d'alternative thérapeutique moins risquée à proposer au patient¹⁹⁷.

La doctrine a initié la réparation d'un préjudice moral, distinct de celui de la perte de chance, résultant soit de la violation d'un nouveau droit subjectif de la personnalité, le droit à l'information du patient, trouvant son assise dans les droits au respect de la dignité de la personne et de l'intégrité corporelle inscrits respectivement aux articles 16 et 16-3 du Code civil, soit d'un préjudice « d'impréparation » au risque advenu, lié aux souffrances endurées du fait de l'impossibilité d'anticiper la survenance du dommage.

La Cour de cassation a, dans un premier temps, refusé, en 2007, de consacrer un préjudice moral distinct de la perte de chance, avant d'opérer un revirement en 2010, par un arrêt dans lequel le juge judiciaire retient que le défaut d'information « *cause à celui auquel l'information est légalement due, un préjudice (...) que le juge ne peut laisser sans réparation* »¹⁹⁸. Par cet arrêt du 3 juin 2010, la Cour de cassation consacre l'indemnisation d'un préjudice moral causé par la violation du droit à l'information, se fondant sur les articles 16-3 alinéa 2 du Code Civil (respect de la dignité humaine) et 1240 du même code. Cette solution fut confirmée par la suite par un **arrêt rendu le 12 juillet 2012**¹⁹⁹.

Souhaitant rattacher l'information au droit au respect de l'intégrité corporelle, la Cour de cassation a opéré un ajustement de sa jurisprudence dans **un arrêt du 23 janvier 2014** en énonçant que : « *le non-respect, par un professionnel de santé, de son devoir d'information cause à celui auquel l'information était due, lorsque ce risque se réalise, un préjudice résultant d'un défaut de préparation aux conséquences d'un tel risque, que le juge ne peut laisser sans réparation* ». Par

193. Cass. 1^{ère} civ., 7 février 1990.

194. Cass. 1^{ère} civ., 7 décembre 2004, n° 02-10.957.

195. CE, 24 septembre 2012, n° 339285.

196. CE, 6 mars 2015, n° 368010.

197. CE, 12 juillet 2006, n° 271248, Hospices civils de Lyon ; CE, 9 décembre 2009, n° 308914, CPAM Yvelines ; CAA Bordeaux, 6 octobre 2015, n° 13BX03267, Sinny c/ CH Félix Guyon.

198. Cass. 1^{ère} civ., 3 juin 2010, n° 09-13.591.

199. Cass. 1^{ère} civ., 12 juillet 2012, n° 11-17.510.

cet arrêt, l'indemnisation du préjudice moral est limitée au seul préjudice d'impréparation, interdisant donc sa reconnaissance si aucun risque de l'acte ne s'est réalisé²⁰⁰.

Citons **un arrêt rendu par la Cour de cassation le 14 novembre 2018**²⁰¹ : « Attendu que, pour déclarer le praticien responsable, en application de ce texte, du préjudice moral subi par les consorts Y... du fait d'un manquement à son devoir d'information, l'arrêt relève qu'il ne démontre pas avoir informé les parents de M. Raphaël Y... des effets indésirables du vaccin, de ses contre-indications et de ses autres effets possiblement nocifs, qu'en l'absence de preuve d'une imputabilité de la maladie à l'injection du vaccin et de lien entre le défaut d'information et la survenance du dommage, ce défaut ne porte pas sur un risque qui s'est réalisé, de sorte qu'il n'existe pas de perte de chance de ne pas contracter le syndrome Cach et de préjudice d'impréparation, mais qu'indépendamment de toute réalisation d'un risque, la violation du droit à l'information du patient et de ses parents justifie une réparation, même en l'absence de dommages corporels causés par l'intervention du médecin. Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté qu'aucun risque dont les consorts Y auraient dû être informés ne s'était réalisé, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

Elle a également affirmé le cumul possible de l'indemnisation au titre de la perte de chance de refuser l'acte et au titre du préjudice d'impréparation²⁰². Ces préjudices distincts étaient en l'espèce « caractérisés et pouvaient être, l'un et l'autre, indemnisés ».

Ces arrêts consacrent ainsi l'autonomie des préjudices de perte de chance et d'impréparation, et précise également que le préjudice d'impréparation ne pourra donner lieu à réparation que s'il a été invoqué, conséquence logique de l'autonomie de ce chef de préjudice. Il est également rappelé dans la solution qu'il est nécessaire que le risque se réalise pour obtenir une réparation au titre du préjudice d'impréparation.

Concernant la preuve du préjudice d'impréparation devant le juge administratif, le Conseil d'Etat

dans **un arrêt du 16 juin 2016**²⁰³, a retenu que « s'il appartient au patient d'établir la réalité et l'ampleur des préjudices qui résultent du fait qu'il n'a pas pu prendre certaines dispositions personnelles dans l'éventualité d'un accident, la souffrance morale qu'il a endurée lorsqu'il a découvert, sans y avoir été préparé, les conséquences de l'intervention doit, quant à elle, être présumée ».

Enfin, citons un arrêt de la Cour administrative d'appel de Bordeaux :

CAA Bordeaux, 7 avril 2016, n° 15BX00722 :

En l'espèce, la patiente a bénéficié d'une intervention chirurgicale consistant en la pose d'une prothèse, en remplacement d'un disque intervertébral. À la suite de cette intervention, elle a présenté une importante dysphonie, caractérisée par une voix rauque et faible, ce dont elle n'avait pas été informée, ces risques de dysphonie survenant dans 0,5 à 2 % des cas après une telle intervention chirurgicale. Elle n'avait pas été informée non plus de la possibilité de recourir à un acte médical alternatif moins risqué qui existait pourtant. La Cour d'appel a, au regard de ces éléments, fixé souverainement le taux de perte de chance à 50 %. Enfin, la Cour d'appel administrative a accordé une somme supplémentaire au titre du préjudice d'impréparation, préjudice spécifique et distinct de la perte de chance.

Ainsi, les jurisprudences administrative et judiciaire se rejoignent sur ce point.

C. L'évaluation de la perte de chance

La question du chiffrage demeure fragile. En principe, il appartient au médecin expert d'apporter les éléments permettant au magistrat de chiffrer la perte de chance.

Si l'avis de l'expert concernant la faute et les principes de responsabilité a tendance à être respecté par le tribunal qui s'en écarte rarement, la fixation du degré de perte de chance donne lieu à beaucoup d'argumentation des parties et donc le tribunal conserve une liberté plus grande sur cette évaluation.

200. Cass. 1^{ère} civ., 23 janvier 2014, n° 12-22.123.

201. Cass. 1^{ère} civ., 14 novembre 2018, n° 17-27.980.

202. Cass. 1^{ère} civ., 25 janvier 2017, n° 15-27.898 et n° 16-21.141.

203. CE, 16 juin 2016, n° 382479.

Il incombe au juge de quantifier la chance perdue par la faute du professionnel de santé à l'acte de soin. La Cour de cassation rappelle fréquemment que les juges du fond disposent d'un pouvoir d'appréciation souverain sur les éléments de fait et de preuve sur la perte de chance²⁰⁴.

Cette tâche difficile se pose pour les deux ordres de juridiction, et il est de leur office de qualifier le préjudice en reconstituant l'évènement tel qu'il aurait dû être. Aucune méthodologie commune n'est recensée.

Cette perte de chance se traduit par un pourcentage, qui exprime la probabilité qu'aurait eue la victime de ne pas subir le dommage. Cette fraction est appliquée indifféremment aux préjudices patrimoniaux et extrapatrimoniaux, consécutifs à ce dernier.

Les juges du fond doivent ainsi dans un premier temps raisonner comme si la faute du médecin avait causé l'entier dommage et évaluer en conséquence la totalité des divers préjudices de la victime, et fixent ensuite, dans un deuxième temps, la fraction du total de ces préjudices qu'ils attribuent à la perte de chance : « *L'office du juge consistant alors à en apprécier le bien-fondé et à déterminer, par une appréciation souveraine, la fraction de ces préjudices correspondant à la perte de chance de les éviter si le médecin n'avait pas commis une faute* »²⁰⁵.

Cette appréciation en deux temps imposée par la Cour de cassation est assez largement suivie par les juges du fond, bien que les critères servant à déterminer le pourcentage de chance perdue ne soient pas toujours clairement énoncés par celles-ci, qui restent souveraines dans leur appréciation.

Par ailleurs, il a été précisé dans **un arrêt rendu le 12 septembre 2018**²⁰⁶, par la première chambre civile de la Cour de cassation que la gravité de la faute ne peut déterminer le taux de la perte de chance : « *Attendu que, lorsqu'il ne peut être tenu pour certain qu'en l'absence de faute dans la prise en charge d'un patient, le dommage ne serait pas survenu, le préjudice subi s'analyse en une perte de chance d'échapper à ce dommage*

ou de présenter un dommage de moindre gravité, correspondant à une fraction des différents chefs de préjudice, évaluée par les juges du fond en mesurant l'ampleur de la chance perdue et non en appréciant la nature ou la gravité de la faute ».

1. La méthode d'évaluation de la perte de chance de guérison

La perte de chance de guérison doit être évaluée en fonction de la probabilité du succès d'une intervention correctement réalisée.

CE, 18 juillet 2018, n° 409390 : il s'agissait en l'espèce d'une intervention destinée à remédier à un handicap qui a échoué en raison d'une réalisation fautive. Le Conseil d'Etat considère que le patient peut prétendre à une indemnisation réparant, outre les troubles liés à l'intervention inutile et ses éventuelles conséquences dommageables, les préjudices résultants de la persistance de son handicap, dans la limite de la perte de chance de guérison qu'il a subie. Il précise également que « *la circonstance qu'une intervention réparatrice demeure possible ne fait pas obstacle à l'indemnisation, dès lors que l'intéressé n'est pas tenu de subir une nouvelle intervention, mais justifie seulement qu'elle soit limitée aux préjudices déjà subis à la date du jugement, à l'exclusion des préjudices futurs, qui ne peuvent pas être regardés comme certains à cette date et pourront seulement, le cas échéant, faire l'objet de demandes ultérieures* ».

2. La méthode d'évaluation de la perte de chance résultant d'un retard de prise en charge

Dans cette situation, la perte de chance d'échapper à la réalisation du dommage est fixée selon l'évolution de l'état de santé du patient s'il avait bénéficié d'une prise en charge en temps utile.

Le rapport d'expertise facilitera la tâche du juge dans la détermination du pourcentage de chance perdue, qui pourra s'appuyer sur des données statistiques fournies par l'expert sur les conséquences médicales d'un défaut ou d'un retard de prise en charge des soins.

204. Cass. 1^{ère} civ., 25 janvier 2017, n° 15-27.505 et n° 15-29.189.

205. Cass. 1^{ère} civ., 8 juillet 1997, n° 95-17.076.

206. Cass. 1^{ère} civ., 12 septembre 2018, n° 17-22.311.

• **CE, 10 décembre 2015, n° 374318**

Dans cette espèce, un taux de 80 % a été retenu pour une perte de chance d'éviter l'aggravation et la chronicité des souffrances endurées suite à un défaut de prise en charge précoce de la douleur, malgré un « rapport d'expertise qui indiquait qu'en 1995 les techniques destinées à juguler les douleurs liées à la lésion du plexus brachial n'étaient pas complètement au point ».

• **CAA Nantes, 18 février 2016, n° 14NT02692**

En l'espèce, un taux de 75 % de perte de chance d'échapper aux conséquences d'un accident cardiaque suite à une césarienne a été retenu par les juges, au regard des « indications statistiques évoquées par l'expert à partir d'études sur le taux de séquelles neurologiques d'arrêts cardiaques intra-hospitaliers, rapprochées de la situation particulière du demandeur ».

• **CAA Marseille, 17 mars 2016, n° 14MA03523**

La juridiction administrative a retenu un taux de 20 % de perte de chance de limiter l'aggravation de l'état de santé de la victime au cours de la période de survie résultant de sa pathologie initiale, par une prise en charge optimale de ses souffrances et une amélioration de son confort de vie, suite à un retard de diagnostic d'un cancer.

• **CAA Douai, 24 mai 2016, n° 14DA01539**

En l'espèce, un taux de 95 % de perte de chance d'éviter une incontinence urinaire a été retenu, suite aux « fautes ayant pour origine la réalisation, dans des délais trop brefs, de multiples actes chirurgicaux qui n'ont pas permis une cicatrisation correcte ».

3. La méthode d'évaluation de la perte de chance en cas de défaut d'information

Il s'agit d'estimer la probabilité avec laquelle le patient dûment informé aurait refusé de se soumettre aux soins et aurait donc échappé au dommage subi.

Le Conseil d'État a précisé dans **un arrêt rendu le 1^{er} février 2016**²⁰⁷ : « Considérant que lorsque l'acte médical envisagé, même accompli conformément aux règles de l'art, comporte des risques connus de décès ou d'invalidité, le patient doit en être informé dans des conditions qui permettent de recueillir son consentement éclairé ; que, si cette information n'est pas requise en cas d'urgence, d'impossibilité, de refus du patient d'être informé, la seule circonstance que les risques ne se réalisent qu'exceptionnellement ne dispense pas les praticiens de leur obligation ; qu'un manquement des médecins à leur obligation d'information engage la responsabilité de l'hôpital dans la mesure où il a privé le patient d'une chance de se soustraire au risque lié à l'intervention en refusant qu'elle soit pratiquée ; que c'est seulement dans le cas où l'intervention était impérieusement requise, en sorte que le patient ne disposait d'aucune possibilité raisonnable de refus, que les juges du fond peuvent nier l'existence d'une perte de chance (...).

Ce raisonnement se fonde sur les données propres à l'espèce, jugées déterminantes du choix éclairé que le patient aurait fait et qu'il a été empêché d'exercer. Il s'agit essentiellement du résultat d'une confrontation entre l'importance des risques, à savoir leur probabilité de réalisation, ainsi que la gravité des conséquences de leur réalisation, d'une part, et l'utilité de l'intervention pour le patient, y compris au regard de l'existence d'alternatives thérapeutiques, de l'autre.

Un « taux » ou un « pourcentage » de perte de chance préalablement déterminé est alors appliqué aux montants correspondants à chaque chef de préjudice patrimonial ou extrapatrimonial. Cette démarche implique une évaluation préalable indépendante de la chance perdue en pourcentage, avant de déterminer la fraction imputable au responsable.

L'application de ce taux peut alors se faire préjudice par préjudice, ou in fine et de manière globale sur le montant total de la réparation de l'ensemble des préjudices subis.

Dans le cas d'une atteinte résultant d'une **intervention fautive, et d'un défaut d'information**, le taux de perte de chance est obtenu par l'ad-

207. CE, 1^{er} février 2016, n° 376620, CHU Lille.

dition d'une part du taux de perte de chance de se soustraire à l'opération (la probabilité que le patient ait refusé l'intervention s'il avait été informé du risque qu'elle comportait) et d'autre part, le taux de perte de chance résultant de la faute médicale commise lors de l'opération, ce taux étant multiplié par la probabilité qu'il ait accepté l'opération s'il avait été informé du risque.

• **CE, 8 juillet 2020, n° 425229**

« Après avoir souverainement apprécié, d'une part, que le défaut d'information de M. B... sur les risques d'algodystrophie lors de l'opération lui avait fait perdre une chance de 25 % de se soustraire à celle-ci et, d'autre part, que les fautes commises lors de cette intervention lui avaient fait perdre une chance de 25 % d'éviter l'algodystrophie, la cour administrative d'appel a jugé que le taux de perte de chance d'éviter le dommage devait être fixé à 25 %.

Or il incombait à la cour, pour fixer le taux de la perte de chance subie par M. B..., d'additionner, d'une part, le taux de sa perte de chance de se soustraire à l'opération, c'est-à-dire la probabilité qu'il ait refusé l'opération s'il avait été informé du risque d'algodystrophie qu'elle comportait et, d'autre part, le taux de sa perte de chance résultant de la faute médicale commise lors de l'opération, ce taux étant multiplié par la probabilité qu'il ait accepté l'opération s'il avait été informé du risque d'algodystrophie qu'elle comportait. Compte tenu des taux de perte de chance, rappelés ci-dessus, que la cour avait souverainement appréciés, il devait en résulter un taux global de $25 \% + (25 \% \times 75 \%) = 43,75 \%$. Par suite, en statuant ainsi qu'il a été dit au point précédent, la cour a entaché son arrêt d'une erreur de droit. M. B... est dès lors fondé à en demander l'annulation sur ce point ».

Le régime de responsabilité actuel, mis en place par la loi du 4 mars 2002 et par lequel perdurent les fondements prétoriens de la responsabilité civile médicale, a prouvé son efficacité depuis dix-huit ans.

Ce système, qui a souhaité répondre à trois objectifs principaux qui sont l'indemnisation des accidents médicaux non fautifs, le recadrage de la responsabilité médicale et le désengorgement des instances juridiques par la création de structures telles que l'ONIAM ou les CCI, trouvera encore vocation à s'appliquer avec l'apparition des différentes responsabilités des professionnels de santé mais également avec l'évolution de l'état de l'art.

BIBLIOGRAPHIE

- J. PENNEAU : « *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale* », Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1973.
- M. DUPONT, C.ESPER, L. MUZZIN, C. PAIRE : « *Droit hospitalier* », DALLOZ, 1997.
- S. WELSCH : « *Responsabilité du médecin* », LITEC, 2^{ème} édition, 2003.
- F. VIALLA : « *Les grandes décisions du droit médical* », LGDJ lextenso éditions, 2009.
- S. GIBERT : « *Guide de responsabilité médicale et hospitalière : quelle indemnisation du risque médical aujourd'hui ?* », BERGER LEVRAULT, 2011.
- A. BEGUIN : « *Les contours de la faute technique médicale* », Revue de droit sanitaire et social, 2019, n° 6, 975-982.
- F. ARHAB-GIRARDIN : « *Les conditions de l'indemnisation de l'accident médical non fautif* », Revue de droit sanitaire et social, 2019, n° 6, 1007-1015.
- J-E. Bazin : « *Les données «acquises» de la science toujours en évolution* » - Oxymag, 2016, Vol. 29, n° 150, p. 9.
- P. Pierre : « *L'insaisissable critère de la faute technique médicale* » - Gaz. Pal., 15 et 16 juin 2012, p. 14-20.
- « *Force normative et efficacité des recommandations de bonne pratique en matière médicale* », RDSS, n° 6/2014, novembre-décembre 2014, p. 1087.
- LAMBERT-FAIVRE Y., et PORCHY SIMON : « *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation* ».
- M. BACACHE-GIBEILI : « *Les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle* », Traité de Droit civil, Tome 5, 2^{ème} édition.
- « *La normalisation des règles de l'art médical : une nouvelle source de responsabilité pour les professionnels de santé ?* » - O. Smallwood, Médecine & droit, Volume 2006, n° 79-80, pages 121-126 (août-septembre 2006).
- « *Les recommandations de bonnes pratiques : un outil de dialogue, de responsabilité et de diffusion de l'innovation* » - Rapport à M. Kouchner, 2002.
- *L'évolution du contrôle des recommandations de bonnes pratiques* - Médecine & Droit, 2015, p. 53-62.
- « *Pour une obligation du médecin à respecter les connaissances médicales avérées ou acquises* » - J-M. Debarre, Médecine et droit, 2012, n° 112, p. 22-28.
- Site de l'ONIAM.

REMERCIEMENTS

Nous tenons à remercier les membres de la COREME qui nous ont aidés dans la rédaction de cette brochure : Mmes Virginie Le Dizes-Lesage, Sylvie Hans, Anne-Marie Papeix, Frédérique Pottier, Brigitte Roose, Delphine Touati, MM. Patrick Flavin, Emmanuel Poirier, Bertrand Rondepierre, Stéphane Thelliez.

Mme Isabelle Bessières-Roques, Délégué général de l'AREDOC, Mme Elodie Zerbib et Mme Sarah Boussa se chargeant en outre de coordonner la réflexion.

