

Chronique - 6. Responsabilité et indemnisation

Mireille Bacache, Lydia Morlet-Haidara, Sylvie Welsch

DANS **JOURNAL DU DROIT DE LA SANTÉ ET DE L'ASSURANCE - MALADIE (JDSAM)** 2014/4 N° 8 , PAGES 51
À 61

ÉDITIONS **L'INSTITUT DROIT ET SANTÉ, DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS CITÉ**

ISSN 2269-9635

DOI 10.3917/jdsam.144.0052

Date de mise en ligne : 01/02/2024

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-journal-du-droit-de-la-sante-et-de-l-assurance-maladie-2014-4-page-51?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour L'Institut Droit et Santé, de l'université de Paris Cité.

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur cairn.info/copyright.

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

Mireille Bacache

Professeur à l'École de droit de la Sorbonne – Université Panthéon-Sorbonne

Lydia Morlet-Haïdara

Maître de conférences à l'Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR S 1145

Sylvie Welsch

Avocat à la Cour, UGGC Avocats

Prescription et ONIAM

CE, 23 juillet 2014, n° 375829
Publié au recueil Lebon

1. En l'espèce, une patiente avait bénéficié en 1979 d'une transfusion sanguine à l'occasion de son accouchement dans un établissement public de santé. Ayant conservé des séquelles de sa contamination par le virus de l'hépatite C (VHC), elle saisit l'ONIAM d'une demande d'indemnisation. L'office lui oppose la prescription quadriennale prévue par la loi du 31 décembre 1968. La cour administrative d'appel de Marseille estime la demande prescrite au motif que ne relèvent pas de l'article L. 1142-28 CSP, prévoyant une prescription décennale, les actions en réparation de dommages résultant d'une contamination transfusionnelle par le virus de l'hépatite C, suivant en cela les conclusions du rapporteur public¹. A l'appui d'un pourvoi tendant à l'annulation de l'arrêt, le conseil d'État était saisi d'une demande de renvoi au Conseil constitutionnel d'une question prioritaire de constitutionnalité relative à la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution des dispositions de l'article L. 1142-28 du code de la santé publique, en tant qu'elles excluraient les victimes d'une contamination transfusionnelle du bénéfice de la prescription décennale qu'elles instituent.

2. Avant d'examiner la recevabilité de la QPC, le Conseil d'État se livre à l'examen du champ d'application de l'article L.1142-18 CSP. À cet égard, le Conseil, commence par énoncer un principe selon lequel « il résulte des termes mêmes de l'article L. 1142-28 du code de la santé publique, issu de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, que la prescription décen-

nale qu'il institue s'applique aux actions en responsabilité tendant à la réparation de dommages résultant d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins et dirigées contre des professionnels de santé ou des établissements de santé publics ou privés ; qu'il résulte par ailleurs de l'ensemble des dispositions du chapitre II du titre IV du livre 1er de la première partie du code de la santé publique, issu de la même loi et complété par la loi du 30 décembre 2002 relative à la responsabilité civile médicale, que le législateur a entendu soumettre également à la prescription décennale les actions engagées contre l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales (ONIAM), sur le fondement du II de l'article L. 1142-1 ou sur le fondement de l'article L. 1142-1-1 du code de la santé publique, afin d'obtenir la réparation des conséquences anormales d'un acte médical ou des préjudices d'une particulière gravité résultant d'une infection nosocomiale, l'office étant appelé, dans le cadre de ces dispositions, à indemniser en lieu et place d'un professionnel ou d'un établissement de santé la victime d'un dommage que celui-ci a causé dans l'accomplissement d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins ». Il en déduit que « le législateur n'a pas entendu rendre la prescription décennale applicable aux actions en responsabilité tendant à la réparation de dommages liés à des actes médicaux mais dirigées contre des personnes autres que des professionnels ou des établissements de santé » et notamment que « la loi du 4 mars 2002 n'a pas rendu la prescription décennale applicable aux actions par lesquelles les victimes de contaminations d'origine transfusionnelle recherchaient la responsabilité du centre de transfusion sanguine ayant élaboré les produits sanguins transfusés », et que « si l'article L. 1221-14 du code de la santé publique, issu de la loi du 17 décembre 2008 de financement de la sécurité sociale pour 2009, et l'article L. 3122-1 du même code, dans sa rédaction résultant de la même loi, confient à l'ONIAM l'indemnisation des personnes contaminées par certains agents pathogènes à l'occasion de transfusions de produits sanguins ou d'injections de médicaments dérivés du sang, les actions fondées sur ces dispositions ne peuvent être regardées comme entrant dans le champ de la prescription décennale dès lors que l'ONIAM n'est pas appelé à assurer une réparation en lieu et place du professionnel ou de l'établissement de santé qui a procédé à l'administration des produits sanguins, la responsabilité de ce professionnel ou de cet établissement n'étant pas normalement engagée en pareil cas ; que, dès lors que l'ONIAM est un établissement public doté d'un comptable public, ces actions sont soumises à la prescription quadriennale ».

3. Le délai décennal étant écarté pour les victimes de contaminations sanguines, il convenait à présent de répondre à la demande de transmission de la QPC pour méconnaissance du principe d'égalité devant la loi. Or selon le Conseil « les personnes engageant une action tendant à la prise en charge par l'ONIAM, en lieu et place du fournisseur des

.....

1 - CAA Marseille 17 octobre 2013, AJDA 2014 p.53 note M. Lopa Dufrenot ; même sens, écartant la prescription décennale : TA Lyon, 23 oct. 2012, n° 1106365, M. A. ; TA Amiens, 27 juin 2013, n° 1101806 ; TA Paris, 31 mai 2013, n° 1204603.

produits sanguins, des dommages résultant d'une contamination d'origine transfusionnelle ne sont pas dans la même situation que celles qui recherchent la réparation d'un dommage imputable à un professionnel ou un établissement de santé ; que, dans ces conditions, la circonstance que l'article L. 1142-28 du code de la santé publique n'inclue pas dans son champ d'application les actions prévues à l'article L. 1221-14 du même code n'implique pas une méconnaissance du principe de l'égalité devant la loi » de sorte que « la question soulevée, qui n'est pas nouvelle, ne présente pas un caractère sérieux » et qu'il n'y a pas lieu de la renvoyer au Conseil constitutionnel.

4. La question préalable à la question prioritaire de constitutionnalité relative à la méconnaissance du principe constitutionnel d'égalité devant la loi supposait d'abord tranchée la question du délai applicable à la demande d'indemnisation des victimes de contaminations transfusionnelles. Cette demande relève-t-elle du délai de prescription décennale de l'article L. 1142-18 CSP issu de la loi du 4 mars 2002 ou du délai quadriennal de droit commun applicable aux créances contre les établissements publics prévu par la loi de 1968? En réalité cette question était double. Il s'agissait tout d'abord de savoir si les demandes d'indemnisation adressées à l'ONIAM relevaient du délai décennal et ensuite si les victimes de sang contaminé étaient exclues du bénéfice de ce délai. C'est à cette double condition que la QPC relative à la rupture d'égalité pourrait se justifier. En effet si toutes les demandes d'indemnisation échappaient à ce délai ou si les victimes transfusionnelles y étaient soumises aucune rupture d'égalité ne pourrait être soulevée. Or le Conseil d'État donne à ces deux questions une réponse positive. Si les compétences de l'ONIAM fondées sur les articles L.1142-1 II et L.1142-1-1 CSP relèvent de la prescription décennale, en revanche sa compétence relative à l'indemnisation des personnes contaminées par certains agents pathogènes à l'occasion de transfusions de produits sanguins ou d'injections de médicaments dérivés du sang, des articles L. 1221-14 L. 3122-1 reste soumise à la prescription quadriennale de droit commun.

I. Le principe : la prescription décennale

5. La question préalable à l'examen de la QPC posée au Conseil d'État était de savoir quelle était la prescription applicable à la demande en indemnisation adressée à l'ONIAM par les victimes de sang contaminé. On pouvait hésiter entre deux prescriptions. La première résulte de la qualité d'établissement public du débiteur de l'indemnité, l'ONIAM. Or selon l'article 1^{er} de la loi du 31 décembre 1968, sont prescrites, au profit de l'État, des départements et des communes, ainsi que des établissements publics dotés d'un comptable public, sans préjudice des déchéances particulières édictées par la loi, toutes créances qui n'ont pas été payées dans un délai de quatre ans à partir du premier jour de l'année suivant celle au cours de laquelle les droits ont été acquis. La deuxième résulte de la nature des dommages donnant lieu à la créance

d'indemnité, à savoir des dommages subis à l'occasion des actes de soins. Or selon l'article L.1142-28 CSP, issu de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, « Les actions tendant à mettre en cause la responsabilité des professionnels de santé ou des établissements de santé publics ou privés à l'occasion d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins se prescrivent par dix ans à compter de la consolidation du dommage ». Rappelons que ce texte avait pour objectif d'unifier le délai de prescription en matière de responsabilité médicale, quelle que soit la nature privée ou publique de l'établissement ou du professionnel de santé responsable. À cette fin il abandonne, au profit d'un délai décennal, la prescription quadriennale du secteur public ainsi que la prescription trentenaire du secteur privé, la responsabilité médicale étant jusque-là appréhendée par le biais de la responsabilité contractuelle de l'article 2262 du code civil. Désormais, les établissements de santé publics ainsi que les professionnels de santé et les établissements de santé privés, relèvent de la même prescription décennale pour les actions tendant à mettre en cause leur responsabilité en présence de dommages causés à l'occasion d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins.

6. Le recours à l'article L. 1142-28 n'est pas a priori évident et paraît même exclu. En effet, le texte ne concerne expressément que les actions en responsabilité. Or l'ONIAM n'est pas débiteur de l'indemnité en qualité de responsable mais au titre de la solidarité nationale. En effet, saisi d'une demande d'avis par la cour administrative d'appel de Paris, le Conseil d'État avait estimé que « le législateur a institué aux articles L. 1142-22 et L. 1221-14 du code de la santé publique un dispositif assurant l'indemnisation des victimes concernées au titre de la solidarité nationale. Il s'ensuit que, dans l'exercice de la mission qui lui est confiée par ces articles, l'ONIAM est tenu d'indemniser à ce titre et non en qualité d'auteur responsable »². L'article 72 de la loi 2012-1404 du 17 décembre 2012 confirme cette analyse en précisant que l'ONIAM intervient « au titre de la solidarité nationale » et réaffirme par voie de conséquence la possibilité du recours subrogatoire de l'ONIAM contre l'EFS et ses assureurs (L. 1221-14 CSP). Bien plus, la loi n° 2008-1330 du 17 décembre 2008 de financement de la sécurité sociale qui a étendu la compétence de l'office aux victimes de l'hépatite C avait également prévu la substitution de l'ONIAM à l'EFS dans les contentieux en cours n'ayant pas donné lieu à une décision irrévocable, à compter de la date d'entrée en vigueur du texte (art. 67 IV), de sorte que l'ONIAM semblait alors intervenir à la place du responsable, en qualité de responsable substitué. Or même dans cette hypothèse, la loi du 17 décembre 2012 (art. 72) est intervenue pour réécrire l'article 67 IV et restituer à l'Office son rôle de vecteur de la solidarité nationale en lui permettant de demander à être garanti des sommes qu'il a versées par les assureurs des structures reprises par l'EFS.

.....

2 - CE 18 mai 2011, n° 343823 JCP 2011 note 1028, H. Muscat.

7. L'ONIAM intervenant au titre de la solidarité nationale, les demandes qui lui sont adressées en cette qualité devraient de la sorte échapper au délai décennal de l'article L.1142-28, qu'elles soient formées par les victimes d'accidents médicaux ou de contaminations transfusionnelles. Il en résulte qu'aucune atteinte au principe d'égalité entre les victimes ne pourrait être constatée. Mais le Conseil d'État n'a pas retenu cette lecture restrictive de l'article L. 1142-18 CSP. En effet, la question s'était posée de savoir si la portée de l'article L. 1142-28 se limitait aux actions en responsabilité stricto sensu ou si elle s'étendait à toute demande d'indemnisation d'un dommage lié aux actes d'investigations de diagnostic ou de soins adressées à un établissement public intervenant au titre de la solidarité nationale. La loi du 4 mars 2002 était restée muette sur ce point. Par l'arrêt commenté, le Conseil d'État tranche pour la première fois cette difficulté en des termes clairs et généraux et choisit d'adopter une lecture extensive de l'article L. 1142-28. Selon l'arrêt « *il résulte par ailleurs de l'ensemble des dispositions du chapitre II du titre IV du livre 1er de la première partie du code de la santé publique, issu de la même loi et complété par la loi du 30 décembre 2002 relative à la responsabilité civile médicale, que le législateur a entendu soumettre également à la prescription décennale les actions engagées contre l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales (ONIAM), sur le fondement de l'article L. 1142-1 ou sur le fondement de l'article L. 1142-1-1 du code de la santé publique, afin d'obtenir la réparation des conséquences anormales d'un acte médical ou des préjudices d'une particulière gravité résultant d'une infection nosocomiale* ». Si l'ONIAM n'intervient pas en qualité de responsable mais au titre de la solidarité nationale, l'article L. 1142-28 reste applicable, non pas en raison de la nature de la demande, mais par une interprétation extensive de son champ d'application, en raison de la nature des dommages subis.

8. Que faut-il en penser ? L'extension de la prescription décennale aux demandes d'indemnisation adressées à l'ONIAM pour les accidents médicaux et les infections nosocomiales doit être saluée. Cette uniformisation des délais quel que soit le débiteur de l'indemnité, responsable ou solidarité nationale, est un gage de justice et d'égalité pour les victimes de dommages liés à des actes de prévention de diagnostics et de soins. Bien plus, elle assure la cohérence du système mis en place par la loi du 4 mars 2002. En effet rappelons que dans le cadre de la procédure amiable de règlement des litiges prévue par la loi, les demandes de réparation sont examinées par un seul organe, une commission de conciliation et d'indemnisation (CCI) laquelle assure ensuite un rôle d'aiguillage entre les différents débiteurs, responsables ou ONIAM, selon les circonstances de l'accident. Une dualité de délai aurait rendu le système compliqué et incohérent. Désormais le même délai décennal, qui court à compter de la consolidation du dommage s'appliquera quelle que soit l'issue de la procédure devant les CCI et la désignation du débiteur de l'indemnité.

9. Le critère tenant à la nature de la dette de réparation ou à la qualité du débiteur de l'indemnité est donc écarté pour la détermination de la prescription adéquate. Pour autant, ayant posé ce principe, le Conseil d'État se propose d'en expliquer les raisons pour en limiter ensuite la portée.

II. Les limites au principe : Les demandes relatives au sang contaminé

10. Afin de justifier l'extension de la prescription décennale aux accidents médicaux et infections nosocomiales pris en charge par l'ONIAM, le Conseil énonce que « *l'office est appelé, dans le cadre de ces dispositions, à indemniser en lieu et place d'un professionnel ou d'un établissement de santé la victime d'un dommage que celui-ci a causé dans l'accomplissement d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins* » de sorte que « *le législateur n'a pas entendu rendre la prescription décennale applicable aux actions en responsabilité tendant à la réparation de dommages liés à des actes médicaux mais dirigées contre des personnes autres que des professionnels ou des établissements de santé* ». Or s'agissant de sa compétence en matière de contamination sanguine, « *l'ONIAM n'est pas appelé à assurer une réparation en lieu et place du professionnel ou de l'établissement de santé qui a procédé à l'administration des produits sanguins, la responsabilité de ce professionnel ou de cet établissement n'étant pas normalement engagée en pareil cas* » de sorte qu'est seul applicable le délai quadriennal de droit commun des créances contre les établissements public. En effet, la responsabilité sans faute en cas de dommages causés par des produits sanguins défectueux n'a été mise qu'à la charge des seuls centres de transfusions sanguine ainsi que des établissements qui gèrent pareils centre par les arrêts du 26 mai 1995³. Rappelons aussi que la loi n° 98-535 du 1^{er} juillet 1998 a opéré le transfert de l'ensemble de leurs droits et obligations à l'Établissement français du sang (EFS) et que l'ONIAM s'est vu par la suite confié par la loi n° 2008-1330 du 17 décembre 2008 de financement de la sécurité sociale l'indemnisation des victimes de préjudices résultant de la contamination par le VHC, à l'occasion de transfusions de produits sanguins ou d'injections de médicaments dérivés du sang.

11. La solution rejoint en matière de contamination sanguine celle adoptée par la Cour de cassation dans son arrêt du 11 mars 2014⁴. Selon la Cour, « *l'article L. 1142-28 du code de la santé publique qui institue une prescription décennale à*

3 - CE 26 mai 1995 n° 143238 *Consorts N'Guyen*; AJDA 1995. 508, chron. J.-H. Stahl et D. Chauvaux ; RFDA 1995. 748, concl. S. Daël ; RDSS 1995. 724, obs. L. Dubouis; selon le Conseil d'Etat : « la responsabilité encourue par l'Assistance publique, du fait d'un vice affectant le produit administré, doit être recherchée non sur le fondement des principes qui gouvernent la responsabilité des hôpitaux en tant que dispensateurs de prestations médicales mais, au cas d'espèce, sur la base des règles propres à son activité de gestionnaire d'un centre de transfusion sanguine ... ».

4 - M.Bacache, JCP 2014, 612, RCA 2014 n°5 alerte 15 L. Bloch, « attention aux prescriptions médicales ».

compter de la consolidation des dommages résultant des actes de prévention, de diagnostic ou de soins prévus aux articles L. 1142-1 et L. 1142-1-1 n'étant pas applicable à l'action engagée, la cour d'appel, relevant que la qualité d'établissement public doté d'un comptable public n'était pas contestée à l'ONIAM, qu'il venait aux obligations du Fonds d'indemnisation des transfusés hémophiles depuis le 1er janvier 2006 et que, dès lors, le délai de quatre ans avait couru entre cette date et la demande ». Elle s'inscrit dans la continuité de celle dérogée s'agissant de la prescription des demandes en réparation des dommages liés à des vaccinations obligatoires qui relèvent de la compétence de l'ONIAM, aux lieux et place de l'État, depuis la loi du 9 août 2004 (art. L. 3111-9 CSP). En effet, le Conseil d'État avait estimé que « les dispositions de l'article L. 1142-28 CSP ...n'ont eu ni pour objet ni pour effet de modifier le régime de prescription des actions tendant à obtenir réparation des conséquences dommageables de vaccinations obligatoires ...et qu'en l'absence de dispositions législatives expresses contraires, le régime de prescription applicable à ces actions est demeuré, avant comme après l'intervention de la loi du 9 août 2004, celui, de droit commun, prévu par la loi du 31 décembre 1968⁵. La solution est rappelée par l'arrêt commenté selon lequel la prescription décennale « n'a pas été rendue applicable aux actions en responsabilité dirigées contre l'État, sur le fondement de l'article L. 3111-9 du code de la santé publique, au titre des dommages imputables aux vaccinations obligatoires, qui sont demeurées soumises à la prescription quadriennale prévue par la loi du 31 décembre 1968 relative à la prescription des créances sur l'État, les départements, les communes et les établissements publics ; que si, dans sa rédaction issue de la loi du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique, l'article L. 3111-9 prévoit que les victimes de tels dommages sont indemnisées par l'ONIAM au titre de la solidarité nationale, la prescription quadriennale demeure applicable aux actions fondées sur cet article »

12. En d'autres termes, pour faire le partage entre les actions relevant de la prescription décennale et celles qui restent soumises au délai quadriennal, le Conseil d'État déplace le curseur et retient un autre critère que celui tenant à la qualité du débiteur de la réparation. La distinction se fait désormais au sein des différentes compétences de l'ONIAM, le critère retenu tenant au rôle assuré par cet établissement. Si l'ONIAM vient en lieu et place d'un professionnel ou d'un établissement de santé, la prescription est décennale. C'est le cas lorsqu'il intervient en vertu des articles L. 1142-1 II ou L. 1142-1-1 CSP. S'il vient en lieu et place d'un autre débiteur, la prescription est quadriennale. C'est le cas lorsqu'il vient en lieu et place de l'État pour les vaccinations obligatoires sur le fondement de l'article L. 3111-9 CSP ou en lieu et place des centres de transfusion pour les dommages liés aux produits sanguins défectueux, seuls responsables en vertu de la jurisprudence antérieure, sur le fondement de l'article L. 1121-14 du même code. Les dommages dont les auteurs ne sont ni des professionnels de santé visés par la quatrième partie du CSP ni des établissements publics de santé ne bénéficient pas de la prescription décennale.

13. Que faut-il en penser ?

On peut tout d'abord critiquer le critère juridiquement confus retenu par l'arrêt commenté. Que signifie agir « en lieu et place » d'un professionnel ou établissement de santé ? L'expression est trompeuse, l'ONIAM n'intervenant pas en qualité de responsable substitué. Il s'agit en réalité de dommages causés par des professionnels ou des établissements de santé et qui pourraient engager la responsabilité de ces derniers. Au vue des exemples donnés par l'arrêt, ils s'agit des accidents médicaux et des infections nosocomiales. En revanche seul l'État était responsable en matière de vaccination. De même seuls les centres de transfusion étaient responsables en matière de contamination sanguine.

En opportunité, la solution retenue affaiblit la construction d'un droit du dommage corporel. Elle fragilise l'harmonisation de la réparation des atteintes à la personne. On peut en effet observer que toutes les actions en responsabilité se prescrivent par 10 ans à compter de la date de la consolidation du dommage, sur le fondement de l'article L.1142-28 CSP pour les dommages résultant des activités de diagnostic, de prévention et de soins (art. L1142-28 CSP), sur le fondement de l'article 2226 du Code civil, dans sa rédaction issue de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 pour les autres dommages de droit commun. Bien plus, la prescription décennale s'applique aux demandes d'indemnisation adressées au FIVA. En effet, si la Cour de cassation avait pris position en faveur de la prescription quadriennale⁶, l'article 92 de la loi de financement de la sécurité sociale n° 2010-1594 du 20 décembre 2010 est venu renverser la solution pour soumettre la demande des victimes à la prescription décennale. Bien plus, désormais, depuis l'arrêt commenté, la prescription décennale s'étend même aux demandes d'indemnisation d'un accident médical ou d'une infection nosocomiale adressées à l'ONIAM sur le fondement des articles L. 1142-1 II et L. 1142_1_1 CSP. Dans ce contexte, il aurait été préférable, pour contribuer à l'émergence et au renforcement du droit du dommage corporel, et dans un souci de simplification et d'harmonisation, de se prononcer en faveur de l'application de l'article L. 1142-28 aux demandes d'indemnisation de dommages liés aux contaminations transfusionnelles. Toutes les victimes de dommages corporels, quelle qu'en soit la cause, méritent la même sollicitude et la même garantie de réparation. Dans cette perspective, la circonstance qu'elles se trouvent contaminées à la suite d'une transfusion sanguine en raison d'un défaut du produit ne justifie pas vraiment l'inégalité de traitement par rapport à d'autres victimes notamment d'infections nosocomiales. Dans ces conditions, on peut douter du respect du principe constitutionnel d'égalité entre les victimes de dommages corporels, et plus précisément entre les victimes du système de santé, certaines méritant désormais plus d'égards que d'autres.

Mireille Bacache

6 - Cass. 2^{ème} civ. 3 juin 2010, n°09-13372, 09-13373 et 09-14605, JCP 2010, note 926 par J. Colonna et V. Renaux-Personnic, D. 2010, chr. 2076 par H. Adida-Canac, Rapp. annuel 2010 p. 254 et s.

5 - CE 13 juillet 2011, n° 345756 Rec. CE 2011, p. 362.

L'appréciation de l'anormalité des conséquences de l'accident médical non fautif en vue d'une prise en charge par la solidarité nationale

Cass., 1^{ère} civ., 2 juillet 2014, n° 13-15750, publié au bulletin

1. La loi du 4 mars 2002⁷ a permis de répondre à un important besoin indemnitaire des victimes d'aléas thérapeutiques en leur offrant, sous certaines conditions, la possibilité d'une prise en charge des conséquences de leur dommage par la solidarité nationale. L'article L. 1142-1-II du Code de la santé publique dispose aujourd'hui que « *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...* ».

Trois conditions cumulatives sont ainsi posées : pour être indemnisé le dommage doit être imputable à un acte de prévention, de diagnostic ou de soins, présenter un certain niveau de gravité et avoir pour le patient des conséquences anormales.

Des difficultés résultent du fait que ni le législateur, ni le pouvoir réglementaire, n'ont précisé comment apprécier ces *conséquences anormales au regard de l'état de santé du demandeur et de l'évolution prévisible de celui-ci*⁸.

2. Une définition est proposée sur le site Internet du ministère de la santé : « *Les conséquences d'un accident médical sont anormales lorsqu'il existe un hiatus, une démesure entre la réalité de ce qui survient et ce qu'il était raisonnable d'espérer ou de craindre devant la maladie ou une menace de maladie* »⁹.

7 - Loi n° 2002-303, relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

8 - Sur cette problématique : J.-M. Pontier, Que sont les conséquences anormales d'une intervention chirurgicale, AJDA 2010, p. 2222 ; P. Mairé, Conséquences anormales du dommage médical et indemnisation par l'ONIAM, RGDM juin 2013, p. 73 (qui présente notamment les travaux parlementaires sur la question) ; RGDM, 1^{er} février 2004, NS, p. 143.

9 - Document de l'ONIAM intitulé : Les frontières de l'indemnisation du dommage par la solidarité nationale. http://www.sante.gouv.fr/IMG/pdf/Les_Frontieres_de_l_indem

Cette proposition laisse une large place à la subjectivité. Ce flottement notionnel est d'autant plus regrettable que ce critère constitue l'une des principales causes de rejet des demandes d'indemnisation.

Dans l'esprit du législateur, il s'agissait seulement d'exclure la prise en charge de l'échec thérapeutique¹⁰, l'importance du contentieux résultant de cette condition n'ayant probablement pas été mesurée.

3. L'exigence du caractère anormal des conséquences dommageables suscite d'importantes difficultés d'appréciation sur lesquelles s'attarde l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation, rendu en date du 2 juillet 2014.

En l'espèce, souffrant de céphalées migraineuses, une patiente a subi une intervention consistant en l'ablation d'un kyste épidermoïde intracrânien à l'origine de ses maux. Il résulta de l'opération, réalisée le 27 février 2006, une hémiparésie droite non réversible. L'expertise ayant indiscutablement établi l'absence de faute du chirurgien, la victime a saisi la justice en vue de faire condamner l'Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales (ONIAM) à indemniser son dommage.

Dans un arrêt confirmatif du 23 février 2012, la cour d'appel de Pau réitère la mise hors de cause du fonds de garantie. Reprenant les conclusions des deux experts judiciaires, elle affirme que les conséquences du dommage n'étaient pas anormales puisque le risque d'hémiparésie était « *prévisible* » et qu'il n'était pas « *suffisamment rare dans sa survenance* ».

La demanderesse estime l'analyse erronée et considère qu'il faut apprécier le caractère anormal des conséquences du dommage en réalisant une comparaison « *entre les conséquences de l'accident médical et l'état de santé antérieur du patient et son évolution prévisible* ». Elle appuie son argumentation sur les constatations de la cour d'appel qui a reconnu que la victime avait « *subi des préjudices d'une très grande gravité... d'autant plus caractérisés qu'elle ne souffrait d'aucun déficit neurologique avant l'intervention* ».

Dans la décision du 2 juillet 2014, la Cour de cassation valide le raisonnement de la cour d'appel en affirmant que la demanderesse avait subi « *dans l'espoir d'obtenir une amélioration de son état de santé, une intervention indispensable* » et que l'hémiparésie « *était une complication prévisible de l'exercice de ce kyste* ». Les magistrats motivent encore leur décision par le fait « *qu'à défaut d'intervention, même si l'hémiparésie n'était pas inéluctable, l'accroissement lent et régulier du kyste sans possibilité de résorption naturelle laissait présager pour (la victime) de graves difficultés médicales, l'évolution d'une hypertension artérielle constituant un risque mortel* ». Ils concluent

.....
nisation_des_accidents_medicaux_par_la_Solidarite_Nationale.pdf.

10 - Rapport n° 3263 de MM. C. Evin, B. Charles et J.-J. Denis, fait au nom de la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales, déposé à l'assemblée nationale, le 19 septembre 2001.

« que les conséquences, aussi graves qu'elles soient, de l'acte de soins ne présentent pas de caractère anormal au regard de l'état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci ».

Les juges ont ainsi principalement motivé le rejet de la demande de prise en charge par la solidarité nationale par deux constats : le risque survenu était prévisible (I) et l'intervention réalisée était indispensable (II). Chacun de ces arguments mérite discussion.

I. L'invocation de la prévisibilité du risque réalisé

Ce critère d'appréciation du caractère anormal des conséquences dommageables sera présenté (A) avant d'être apprécié (B).

A) Présentation du critère

4. Selon les juges saisis en l'espèce, la référence au critère de prévisibilité des risques permet d'établir l'absence de caractère anormal des conséquences dommageables. Ils fondent en effet le rejet de la demande sur le fait que l'hémiplégie subie par la demanderesse « était une complication prévisible de l'exercice de ce kyste ».

La Cour de cassation s'était pour la première fois penchée sur l'appréciation du caractère anormal des conséquences dommageables dans un arrêt du 31 mars 2011. Les juges avaient alors refusé une prise en charge par l'Oniam en affirmant que 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 »¹¹. La prévisibilité de la survenance du risque résultait ici plus spécialement de l'état antérieur du patient et non, comme dans l'arrêt commenté, de l'intervention elle-même.

Dans une autre décision du 10 juillet 2014¹², la première chambre civile de la haute juridiction a réitéré cette référence à la prévisibilité du risque réalisé. Dans cette espèce, la prise en charge par la solidarité nationale a aussi été refusée car «... il existait un degré élevé de risque qu'une fistule anastomogastrique, complication connue et fréquente de l'intervention, se produise ». Les experts avaient ici relevé une fréquence de 5 à 10 %. Les demandeurs ont sans succès tenté de faire reconnaître qu'en invoquant la fréquence de réalisation du risque la cour d'appel « a ajouté à la loi une condition qu'elle ne prévoit pas tenant à la rareté de la complication ».

5. Ce positionnement de la Cour de cassation est conforme aux habitudes d'appréciation d'un certain nombre de Commissions de Conciliation et

.....

11 - Cass., 1^{ère} civ., 31 mars 2011, n° 09-17135, D. 2011, obs. I. Gallmeister ; D. 2011, p. 2665, obs. A. Laude; RDSS 2011, p. 761, obs. F. Arhab-Girardin ; RCA 2011, n° 5 note C. Radé ; D. 2012, p. 47, obs. O. Gout.

12 - Cass., 1^{ère} civ., 10 juillet 2014, n° 13-21.603, inédit.

d'Indemnisation des accidents médicaux (CCI) saisies dans le cadre d'un règlement amiable du litige. L'idée s'est en effet imposée qu'un risque ne peut être considéré anormal si son taux de prévalence est supérieur à 5 %¹³. Ce taux est défini de manière objective par les experts à partir de la littérature médicale.

6. La référence à la prévisibilité du risque est également utilisée par la haute juridiction administrative. Dans un arrêt du 16 décembre 2013, le Conseil d'État a ainsi refusé une prise en charge par la solidarité nationale en s'appuyant sur les appréciations de l'expert qui évoquait « un risque interventionnel classique »¹⁴.

7. Au regard de ce qui vient d'être dit et des décisions citées, on peut dès lors affirmer que l'anormalité des conséquences de l'accident médical est aujourd'hui traditionnellement appréciée par référence à la prévisibilité de survenance du risque redouté. Appréciations à présent la pertinence de ce critère.

B) Appréciation du critère

8. L'invocation de la prévisibilité du risque réalisé pour apprécier l'anormalité des conséquences dommageables n'est pas sans poser difficultés.

Il est tout d'abord difficile de savoir quelle décision sera rendue sur la base de ce critère, ce qui pose un évident problème d'insécurité juridique. Il n'a pas en effet été mentionné de taux de fréquence à partir duquel la réalisation du risque est considérée prévisible. Si l'habitude des Commissions de Conciliation et d'Indemnisation des accidents médicaux de faire usage d'un taux de référence de 5 % a été précédemment indiquée, il faut également savoir que ce taux n'est fondé sur aucun texte officiel ni aucune recommandation de la Commission Nationale des Accidents médicaux (CNAMed).

9. On peut par ailleurs regretter la faiblesse du seuil retenu qui s'avère très peu favorable aux victimes. Il est vrai que ce choix restrictif s'explique par la tradition jurisprudentielle qui, pour la Cour de cassation, consistait à refuser toute indemnisation de l'aléa thérapeutique¹⁵ et, pour le Cour d'État, à ne l'admettre que dans des cas très exceptionnels, la réalisation du risque devant alors être inférieure à 1 %¹⁶.

.....

13 - Le taux de prévalence correspond au nombre total de cas dans une population déterminée à un moment donné sans distinction de l'ancienneté sur l'ensemble de la population. Cette dernière précision permet de distinguer le taux de prévalence du taux d'incidence qui indique quant à lui le nombre de nouveaux cas dans une population déterminée pendant une période donnée sur l'ensemble de la population.

14 - CE, 16 décembre 2013, n° 354268.

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

16 - CE, 9 avril 1993, Bianchi, req. n° 69336. Les juges ont en l'espèce fait référence à un risque dont l'existence est connue mais dont la réalisation est exceptionnelle et dont aucune raison ne permettait de penser que le patient y était particulièrement exposé.

Dans le respect de l'esprit de la loi du 4 mars 2002, il serait aujourd'hui souhaitable d'abandonner ces anciens réflexes de rigueur pour faire une application plus généreuse de la solidarité nationale. Il ne faut pas en effet oublier que l'ambition du législateur était d'abandonner les critères restrictifs de l'arrêt Bianchi afin de proposer un dispositif plus protecteur¹⁷.

Il s'avère difficile de faire une proposition sans connaissance réelle des implications économiques du choix exprimé mais, intuitivement, on peut espérer que la prévisibilité du risque ne soit admise en dessous d'un taux de prévalence de 10 %.

10. Au-delà du faible taux retenu, on peut aussi déplorer l'absence de mention de celui-ci dans les arrêts, alors pourtant qu'il est souvent mentionné par les experts. Cette absence d'indication génère une désagréable impression d'arbitraire découlant de l'affirmation péremptoire du caractère prévisible ou non des faits dommageables. Certains juges ou experts prennent le soin de motiver leur décision par des adverbes. Dans l'affaire commentée, l'un des experts a ainsi affirmé que « *l'hémiplégie est une complication possible d'une opération consistant en une exérèse d'un kyste logé dans la région cervicale* ». Les juges de la Cour de cassation ont quant à eux précisé qu'il s'agissait d'un « *risque important lié à la pathologie* ». Ces indications sont cependant empruntées de subjectivité, l'importance invoquée par les juges de la haute juridiction étant par ailleurs susceptible de renvoyer à la fréquence aussi bien qu'à la gravité du risque. Une référence explicite à un taux de prévalence retenu par l'expert serait dès lors préférable.

11. Certains, plus radicaux, souhaitent qu'il ne soit plus fait référence à la prévalence du risque. Il est vrai que le recours à ce critère ne va pas de soi. En accord avec une partie de la doctrine, on peut même affirmer que les dispositions de l'article L. 1142-1 du Code de la santé publique ne prennent pas en considération le niveau de probabilité de l'occurrence du risque¹⁸. Un dommage peut en effet être jugé normal, car consistant en la réalisation d'un risque prévisible, mais engendrer des conséquences qui sont quant à elles anormales.

La Commission Nationale des Accidents Médicaux (CNAMed) indique elle-même dans son rapport de 2013¹⁹ qu'il « *est important de prendre également en compte la gravité exceptionnelle d'une conséquence normale* », ce qui indique que, même prévisible et donc normale, la réalisation d'un risque

17 - En ce sens : P. Mairé, Accidents médicaux. Règles et pratiques de la Commission de conciliation et d'indemnisation, Les études hospitalières, février 2014, spéc. p. 47.

18 - Lire en ce sens, Anne Seulin, Rapporteur public, L'indemnisation de l'aléa thérapeutique après la loi de 2002, AJDA 2011, p. 2366 ; J.-F. Thiellay, concl. sous l'arrêt du 17 janvier 2011, Epoux Hoffmann, req. n° 317670 ; P. Mairé, ouvrage et article précités.

19 - CNAMed, Rapport au parlement et au gouvernement, année 2013. Consultable à partir du lien suivant : <http://www.sante.gouv.fr/IMG/pdf/CNAMed2013.pdf>.

doit pouvoir être indemnisée si ses conséquences s'avèrent anormales au regard de leur gravité.

Cette logique a d'ailleurs été invoquée par les conseillers de la victime dans l'arrêt du 2 juillet 2014. Rejetant la référence au caractère prévisible de l'hémiplégie, ils prétendaient que « *seule importait la comparaison entre les conséquences de l'accident médical et l'état de santé antérieur du patient et son évolution prévisible* ». Le fait que la demanderesse souffre aujourd'hui d'une incapacité fonctionnelle de plus de 70 % alors, comme l'ont d'ailleurs relevé les juges de la cour d'appel, qu'elle ne souffrait d'aucun déficit neurologique avant l'intervention, devait selon eux permettre d'établir ce caractère anormal.

Le raisonnement proposé fait penser à celui parfois utilisé pour apprécier la force majeure. Si pour être exonératoire l'événement doit traditionnellement être imprévisible, irrésistible et extérieur, il a pu être admis qu'un événement extérieur, même prévisible, puisse exonérer le défendeur lorsque celui-ci établit qu'il était pour lui irrésistible.

12. Les juridictions administratives ne semblent pas hostiles à une mise à l'écart du critère de prévisibilité du risque. On peut pour preuve invoquer un arrêt de la cour administrative d'appel de Paris du 20 octobre 2011 dans lequel les juges affirment que « *dès lors qu'il résulte de l'instruction que le risque accidentel survenu lors de l'opération était inhérent à l'acte médical et qu'il ne pouvait être maîtrisé, ses conséquences peuvent être indemnisées au titre de la solidarité nationale si elles remplissent les conditions susrappelées au II de l'article L. 1142-1 du code de la santé publique, sans qu'il y ait lieu, pour se prononcer sur le caractère anormal du dommage, de prendre en compte la fréquence du risque de complication lié au geste médical en cause* »²⁰.

Le Conseil d'État semble également exprimer sa volonté d'aller dans le même sens dans deux décisions du 30 mars 2011²¹. Dans l'arrêt Hautreux, il a ainsi été fait droit à une demande de prise en charge par la solidarité nationale alors même que les juges avaient constaté l'existence « *d'un risque inhérent à l'intervention chirurgicale* ». Dans l'arrêt Joncour, la haute juridiction a aussi admis une indemnisation par l'Oniam alors pourtant que le risque réalisé avait été qualifié de « *classique* » par les experts de la Commission de Conciliation et d'Indemnisation des accidents médicaux.

13. Le délaissement du critère de prévisibilité peut sembler idéal en ce qu'il permettrait de faire bénéficier plus de victimes du dispositif de solidarité. On peut cependant craindre que cette solution extrême ne compromette la viabilité du système, la multiplication des cas de prise en charge étant économiquement dangereuse au regard de l'état des comptes publics.

20 - CAA Paris, 20 octobre 2011, n° 09PA05437, AJDA 2011, p. 2366, rapport de Anne Seulin.

21 - En ce sens : CE, 30 mars 2011, Oniam/ Epoux Hautreux, req. n° 327669, AJDA 2011, p. 709, note R. Grand ; RTDciv. 2011, p. 550, obs. P. Jourdain ; CE même date, arrêt Joncour, req. n° 320581.

Abandonner toute référence à la prévisibilité du risque conduirait par ailleurs à permettre la prise en charge de personnes qui, en connaissance de cause, auraient accepté de se soumettre à un risque fréquent, ce qui n'est pas conforme à l'esprit de la loi de 2002.

Par ailleurs, la suppression du critère de prévisibilité risquerait de réduire l'exigence d'anormalité des conséquences à celle de leur gravité, alors pourtant que l'article L. 1142-1 du Code de la santé publique envisage ces deux conditions de manière autonome.

14. Pour ces différentes raisons, il s'avère préférable de maintenir le critère de la prévalence du risque mais en faisant usage d'un taux plus élevé et en prévoyant, comme dit précédemment, une mention explicite de celui-ci.

À titre dérogatoire, il serait cependant envisageable d'autoriser une prise en charge des conséquences des risques prévisibles lorsque leur réalisation occasionne des conséquences anormales.

Si l'on peut dès lors être satisfait de voir la Cour de cassation continuer de faire usage du critère de prévisibilité dans l'arrêt du 2 juillet 2014, sa mise en œuvre est cependant sujette à caution. L'invocation en l'espèce du caractère indispensable de l'intervention s'avère encore plus contestable.

II. L'invocation du caractère indispensable de l'intervention

15. Dans la décision commentée, les juges ont pris le soin d'indiquer « *qu'à défaut d'intervention, même si l'hémiplégie n'était pas inéluctable, l'accroissement lent et régulier du kyste... laissait présager pour (la victime) de graves difficultés médicales, l'évolution d'une hypertension artérielle constituant un risque mortel* ».

Bien que l'existence et l'intensité de la pression artérielle soient discutées par les parties, il semble en effet que, même éventuellement retardée, l'intervention aurait été un jour ou l'autre nécessaire. Forts de ce constat, les juges affirment que la victime avait dû subir une « intervention indispensable » et que cet état de fait ôtait, selon eux, tout caractère anormal aux conséquences dommageables.

16. Leur raisonnement apparaît cependant discutable.

On peut tout d'abord noter que l'article L. 1142-1 du Code de la santé publique ne fait aucunement référence à ce critère d'appréciation.

Il est vrai que la question de la nécessité du recours à l'intervention doit être discutée, la mission d'expertise exigeant de « *tenir compte des possibilités que (la victime) avait de se soustraire à l'acte effectué...* ». La réponse à cette interrogation n'est cependant essentielle que dans le cadre de l'appréciation de la perte de chance, en cas de manquement à l'obligation d'information du profes-

sionnel de santé²². De jurisprudence constante²³, il est en effet admis que si le juge estime que, même bien informé sur les risques des soins entrepris, le patient s'y serait néanmoins soumis, ce dernier ne peut prétendre à une quelconque indemnisation au titre de la perte de chance.

17. La discussion relative au caractère indispensable de l'intervention n'a pas lieu d'intervenir hors de ce contexte et ne doit donc pas interférer dans l'appréciation du caractère anormal des conséquences de l'accident médical.

Il apparaît erroné de considérer, comme les juges semblent l'avoir fait en l'espèce, qu'il n'est pas anormal que le dommage se réalise lorsque l'intervention est indispensable.

Ces deux questions sont pourtant sans rapport. En quoi le besoin de se soumettre à une intervention serait-il de nature à rendre normales les conséquences de la survenance d'un accident médical ?

Si par exemple, du fait d'insupportables douleurs, l'extraction d'une dent abimée s'avère indispensable, il serait faux d'en déduire que la survenance non fautive d'une paralysie de l'appareil mandicateur, occasionnée par l'intervention, ne doit être indemnisée. Le soin était nécessaire mais les conséquences dommageables n'en restent pas moins anormales.

Le caractère indispensable de l'opération engagée doit être sans incidence sur la possibilité d'une prise en charge par la solidarité nationale. Le contraire serait inquiétant, toute personne ne pouvant se soustraire à un soin se voyant alors privée d'indemnisation en cas de réalisation d'un aléa médical.

18. Le caractère indispensable de l'intervention peut être légitimement invoqué dans la seule hypothèse où les conséquences dommageables de l'opération ont été causées pour éviter un préjudice plus grave. Tel serait le cas d'une intervention chirurgicale qui, réalisée pour exciser une tumeur, aurait rendu nécessaire le délabrement d'un tissu nerveux à l'origine d'une hémiplégie. Le juge est ici tenu de refuser une prise en charge par la solidarité car il n'est plus question d'accident médical, l'atteinte ayant été en quelque sorte volontaire.

Ce cas de figure est dès lors parfaitement distinct des espèces susmentionnées qui invoquent à tort la nécessité de l'opération.

19. Les circonstances de l'arrêt du 2 juillet 2014 auraient pu permettre de valider la décision des juges de refuser l'indemnisation. Les experts ont

22 - Ce point a été discuté dans l'affaire. Si des divergences d'opinions existent, il semble qu'aucun manquement ne puisse être en l'espèce constaté. Un consentement éclairé a été signé et la victime a reconnu avoir reçu une information sur les risques de l'intervention.

23 - On rappelle que le débat sur l'indemnisation d'un préjudice autonome, connu sous le nom de préjudice d'impréparation est étranger à cette problématique. Pour illustration : Cass., 1^{ère} civ., 27 novembre 2013, n° 12-27961, JDSAM 2014, n° 1, p. 89, obs. Lydia Morlet-Haidara.

en effet soutenu qu'en l'absence de soins l'état de la victime aurait pu évoluer vers le même résultat et donc vers une hémiplégié. Ce constat était en mesure de justifier l'absence de reconnaissance du caractère anormal des conséquences dommageables puisque l'article L. 1142-1 du Code de la santé publique impose de tenir compte de l'évolution prévisible de l'état de santé.

Il ne semble pas cependant que ce soit cet état de fait qui ait motivé la décision de rejet, les juges ayant affirmé que « *l'hémiplégié n'était pas inéluctable* ». Ils se sont plus spécialement appuyés sur « *le risque mortel* » que faisait courir l'évolution de l'hypertension artérielle. C'est donc bien le caractère indispensable de l'intervention qui induisait, selon eux, la normalité des conséquences dommageables.

20. On regrette que cette logique ait été immédiatement reproduite dans l'arrêt de la première chambre civile du 10 juillet 2014²⁴.

Si on se félicite habituellement de l'alignement des jurisprudences civiles et administratives, on déplore une utilisation ponctuelle de ce fallacieux argument par le Conseil d'État. Dans un arrêt du 16 décembre 2013²⁵, la haute juridiction administrative a ainsi fondé une décision de rejet sur le fait que le patient devait subir « *une intervention indispensable présentant des risques importants liés à sa pathologie* ».

21. Dans ces différentes espèces l'état antérieur du patient rendait effectivement nécessaire le recours à une intervention chirurgicale, mais c'est alors le constat des prédispositions de la victime, augmentant considérablement les risques de dommage, qui devait être invoqué pour rejeter la prise en charge et non le caractère indispensable de l'intervention.

Ainsi, dans l'espèce précitée du Conseil d'État du 16 décembre 2013, c'est bien la fragilité importante des tissus, induite par la très grande proximité de la tumeur et des zones cardio-vasculaires, qui augmentait le risque d'hémorragie. Ne devait donc pas être pris en compte le fait que cette fragilité tissulaire interdisait tout autre mode interventionnel et rendait la chirurgie indispensable.

Si l'état antérieur peut donc, dans certaines circonstances²⁶, justifier un refus de prise en charge par la solidarité nationale, tel ne doit pas être le cas du seul critère de la nécessité de l'intervention.

22. Face à son manque de légitimité, il serait dès lors préférable d'abandonner cette référence à la nécessité de l'acte de soins pour apprécier le caractère anormal des conséquences dommageables. Il

.....

24 - Réf. préc.

25 - Réf. préc.

26 - La portée de l'état antérieur doit rester limitée : la Cour de cassation a en effet affirmé, dans un arrêt du 28 janvier 2010 (n° 08-205571), que « le droit de la victime d'obtenir l'indemnisation de son préjudice corporel ne saurait être réduit à raison d'une prédisposition pathologique lorsque l'affection qui en est issue n'a été provoquée ou révélée que par le fait dommageable ».

importe en effet de clarifier au maximum le raisonnement afin de rendre plus compréhensibles les solutions dégagées et ainsi préserver la sécurité juridique. La loi Kouchner a permis la mise en place d'un formidable outil indemnitaire répondant aux besoins cruciaux des victimes d'aléas thérapeutiques les plus graves. Il ne faudrait pas que, probablement guidés par des considérations budgétaires, les juges limitent l'effectivité de ce dispositif indemnitaire.

Lydia Morlet-Haidara

Le recours subrogatoire de l'ONIAM après substitution : la sanction civile de l'assureur

Civ. 1^{ère}, 10 septembre 2014, n° 13-33535

1. Cet arrêt de la Cour de cassation vient préciser le contour du recours subrogatoire de l'ONIAM tel qu'il est prévu à l'article L. 1142-15 du code de la santé publique.

2. Il sera rappelé que le dispositif d'indemnisation des victimes d'accidents médicaux issus de la Loi du 4 mars 2002, s'inspirant pour partie de celui institué par la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 en matière d'accidents de la route, a privilégié une indemnisation amiable des accidents médicaux fautifs ou non fautifs.

Si la loi de 1985 a mis en place un système transactionnel dans lequel les parties - assureur de responsabilité et victime- règlent directement les conséquences des accidents, la loi du 4 mars 2002 a confié à un tiers, la commission de conciliation et d'indemnisation, la tâche de faciliter ce règlement amiable par l'émission d'un avis sur l'éventuelle prise en charge des préjudices, qu'il s'agisse de l'ONIAM au titre de la solidarité nationale, ou de l'assureur de responsabilité civile du professionnel de santé mis en cause.

Les articles L. 1142-14 et L. 1142-15 du code de la santé publique fixent les modalités d'indemnisation dans le cas où l'avis de la commission conclut à l'existence d'une responsabilité.

L'assureur de la personne responsable doit faire une offre d'indemnisation dans un délai de 4 mois à compter de la réception de l'avis de la commission, qui, conformément aux règles de responsabilité civile, doit viser la réparation intégrale des préjudices subis. L'acceptation de la victime vaut transaction.

Si les CCI, commissions de nature administrative dont la saisine est dépourvue de caractère obligatoire, ne sont pas des juridictions et émettent des avis dénués de caractère décisif et sans caractère contraignant, ce point est partiellement corrigé par le double recours subrogatoire mis en place après indemnisation de la victime suite à un avis retenant la responsabilité : d'une part, si l'assureur a transigé avec la victime en estimant cependant que le dommage n'engage pas la responsabilité de son assuré, il dispose d'une action subrogatoire contre le tiers responsable ou contre l'ONIAM ; d'autre part, en cas de silence ou de refus de l'assureur de faire une offre, l'ONIAM est substitué à l'assureur.

Cette substitution de l'ONIAM est limitée aux situations suivantes :

- en cas de silence ou de refus explicite de l'assureur de faire une offre d'indemnisation à la victime pendant le délai de 4 mois précité,
- lorsque le responsable des dommages n'est pas assuré ou lorsque la couverture d'assurance prévue à l'article L. 1142-22 du code de la santé publique est épuisée.

3. L'ONIAM ne peut se substituer en cas d'offre par l'assureur et il ne lui appartient pas d'apprécier le caractère suffisant ou insuffisant de l'offre d'un assureur. Cependant, sur ce point, la Cour de cassation, par arrêt du 7 juillet 2011²⁷, a pu préciser que le caractère dérisoire du montant des indemnités proposées par l'assureur équivaut à une absence d'offre au sens de l'article L. 1142-15 du code de la santé publique.

4. L'enjeu de la substitution par l'ONIAM en cas de refus d'offre ou d'absence d'offre, en est, au-delà de l'indemnisation rapide des victimes, l'application possible par le juge de la pénalité prévue à ce même article : « une somme au plus égale à 15 % de l'indemnité qu'il alloue »²⁸.

Instituée comme une incitation des compagnies d'assurance à jouer le jeu du dispositif amiable d'indemnisation, elle est garante de l'équilibre des intérêts parties en présence.

L'ONIAM lorsqu'il a indemnisé la victime en substitution et redevable des deniers publics engagés en lieu et place²⁹, montre une politique active de recours subrogatoires avec demande systématique de la condamnation à la pénalité de 15 % du montant de l'indemnisation versée à la victime.

Les débats opposant l'ONIAM avec les assureurs sur l'application de cette pénalité ont pu porter tant sur son principe que sur quantum.

5. Une question prioritaire de constitutionnalité, posée par le chirurgien et son assureur, condamnés solidairement par la Cour d'appel, a ainsi pu porter sur l'atteinte excessive ou disproportionnée alléguée au droit à un recours juridictionnel effectif, l'assureur étant obligé, sous la menace de la condamnation à une pénalité pouvant atteindre 15 % des sommes allouées, alors qu'il ne dispose d'aucun recours juridictionnel pour combattre l'avis de la CCI, à faire une offre d'indemnisation et le cas échéant à se lier définitivement dans les termes de

.....

27 - Cass. 1^{ère} civ. 7 juill. 2011, n° 10-19766.

28 - Les débats parlementaires de la loi du 4 mars 2002 montrent qu'avait été initialement prévue dans le projet de loi une pénalité civile pouvant atteindre 30%, l'amendement ayant permis le passage à 15 % ayant été justifié par la nécessité de retenir le même dispositif que celui mis en place par la Loi de 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation.

29 - L'article L. 1142-23 du code de la santé publique prévoit que les recettes de l'office sont notamment constituées par le produit des pénalités prévues aux articles L. 1142-14 et L. 1142-15.

cette offre si elle est acceptée, quand bien même il pourrait légitimement contester la responsabilité de son assureur.

La Cour de cassation dans son arrêt du 31 mars 2011³⁰ a cependant rappelé, pour dire n'y avoir lieu à saisir le conseil constitutionnel de la question posée, que l'assureur du professionnel de santé dispose de la possibilité de contester l'avis de la commission, soit par l'exercice de l'action subrogatoire contre le tiers responsable ou contre l'ONIAM, soit, en cas de silence ou de refus de sa part de faire une offre d'indemnisation, à l'occasion de l'invocation par l'ONIAM, qui lui est alors substitué, de la transaction conclue avec la victime ou à l'occasion de l'action subrogatoire de celui-ci. L'assureur est alors en mesure d'obtenir du juge, selon le cas, le recouvrement des sommes qu'il aura dû verser, soit l'exonération de tout paiement et, en tout cas, la modulation, voire l'exonération de la pénalité de 15 % de l'indemnité allouée à la victime, en fonction des circonstances de l'espèce.

La Cour en conclut que le législateur a réalisé un équilibre entre l'objectif d'intérêt général qu'il poursuit et la sauvegarde des intérêts financiers des personnes obligées à l'indemnisation, sans porter atteinte au droit à un recours juridictionnel effectif ni aux droits de la défense.

Le principe d'appréciation souveraine des juges, en fonction des circonstances de l'espèce, était ainsi affirmé sur la possible modulation – voire exonération – de la pénalité de 15 %.

6. La question de la qualité du débiteur de la pénalité ne s'était pas encore posée précisément devant la haute juridiction : assureur de responsabilité et/ou professionnel de santé responsable.

Pour mémoire, l'article L. 1142-14 du code de la santé publique qui prévoit les modalités de présentation de l'offre d'indemnisation par l'assureur et son action subrogatoire contre le tiers responsable ou l'office, indique « si le juge compétent, saisi par la victime qui refuse l'offre de l'assureur, estime que cette offre était manifestement insuffisante, il condamne l'assureur à verser à l'office une somme au plus égale à 15 % de l'indemnité qu'il alloue, sans préjudices des dommages et intérêts dus de ce fait à la victime ».

L'article L.114-15 du code de la santé publique qui prévoit la substitution de l'ONIAM en cas notamment de silence ou refus d'offre de la part de l'assureur, précise quant à lui « en cas de silence ou de refus explicite de la part de l'assureur de faire une offre, ou lorsque le responsable de dommages n'est pas assuré, le juge saisi dans le cadre de la subrogation, condamne, le cas échéant, l'assureur ou le responsable à verser à l'office une somme au plus égale à 15 % de l'indemnité qu'il alloue ».

L'indication « assureur ou responsable » pouvait permettre de s'interroger. Cette alternative était-elle liée à l'alternative précédente silence/refus de l'assureur ou non assurance du responsable, explici-

tée par la mention « le cas échéant » ? L'arrêt de la cour de cassation du 6 octobre 2011³¹ a explicité la mention « le cas échéant » comme ouvrant la possibilité pour le juge d'écarter la pénalité en cas de motif légitime pour l'assureur de passer outre à l'avis de la Commission en refusant de faire une œuvre d'indemnisation.

Il pouvait subsister un doute sur le débiteur de la pénalité, la condamnation solidaire de l'assureur et de son assuré pouvant permettre de demander à l'un ou à l'autre le paiement, comme le prévoit l'article L. 1142-15.

Le pourvoi à l'origine de l'arrêt du 10 septembre 2014, faisait valoir dans son deuxième moyen (subsidaire) qu'il résultait de l'article L. 1142-15 que seul l'assureur est tenu de faire une offre d'indemnisation et seul peut être condamné à une majoration d'indemnisation à défaut d'avoir présenté l'offre à laquelle il était tenu et qu'ainsi la Cour d'appel ne pouvait condamner le médecin solidairement avec son assureur à payer cette majoration.

La Cour de cassation relève l'existence de deux hypothèses différentes dans l'article L. 1142-15 alinéa 5 et précise que « dans la première de ces hypothèses, le législateur a entendu sanctionner l'assureur qui s'est abstenu, par négligence ou délibérément, d'exécuter les obligations auxquelles il était tenu par le contrat ».

C'est de façon somme toute logique que la Cour de cassation est venue préciser ce point. L'assureur est seul tenu de faire une offre d'indemnisation en application de l'article L. 1142-15. C'est le sens de la clause de direction du procès contenue dans les contrats d'assurance. Si l'erreur d'appréciation de l'assureur dans la gestion du sinistre conduit à l'application par le juge de cette pénalité, qui selon les cas, peut s'avérer lourde, l'exclusion de ce montant du calcul de la franchise ou de la statistique de sinistralité de l'assuré qui ne pourra être condamné à ce montant, pourrait être légitime.

Sylvie Welsch

30 - Cass. 1^{ère} civ., 31 mars 2011, n° 10-24547.

31 - Cass. civ. 1^{ère}, 6 oct. 2011, n° 10-21212.