

L'ONIAM et les assureurs : derniers développements.



Des décisions récentes viennent préciser l'articulation entre une éventuelle prise en charge par l'assureur du responsable et une indemnisation par l'ONIAM.

La Loi Kouchner du 4 mars 2002 a permis une prise en charge par l'ONIAM des victimes des accidents médicaux les plus graves aux conséquences anormales au regard de leur état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci. Ainsi, en présence d'un aléa thérapeutique répondant aux critères de l'article L. 1142-1 II du Code de la santé publique l'indemnisation incombe à l'ONIAM. Toutefois si une faute technique a permis la réalisation de cet aléa, l'indemnisation incombe à l'assureur du fautif, la faute apparaissant alors comme la cause adéquate de l'aléa. L'ONIAM peut invoquer le caractère subsidiaire de sa prise en charge pour refuser toute indemnisation. Il en ira autrement si l'enchaînement causal est inverse. Ainsi, si le patient est d'abord victime d'un aléa thérapeutique (*par exemple un hématome compressif après une chirurgie*) puis qu'un retard de diagnostic ou de prise en charge subséquent est relevé, alors la jurisprudence opère un partage entre l'ONIAM et l'assureur de responsabilité. De même, en cas de manquement à l'obligation d'information, l'assureur du fautif devra indemniser les conséquences préjudiciables de celui-ci (*par exemple une perte de chance*) et l'ONIAM devra verser la différence afin d'aboutir à une indemnisation intégrale (*Cass. 1^{ère} civ., 11 mars 2010, n°09-11.270 et CE 30 mars 2011, n°327669*). Sur l'ensemble de ces questions la jurisprudence est désormais stable.

En matière d'infections nosocomiales non fautives, il faut se souvenir que depuis la loi About du 30 décembre 2002, le taux d'AIPP détermine le payeur (*CSP, art. L. 1142-1-1*). Si l'AIPP est strictement inférieure à 26 % l'indemnisation incombe à l'assureur de l'établissement, alors que si celle-ci est supérieure ou égale, l'ONIAM devra indemniser. L'ONIAM dispose d'un recours contre l'établissement fautif. Il faut ajouter que la jurisprudence a jugé qu'en présence d'une faute, la victime pouvait *ab initio* agir contre le fautif (*Cass. 1^{ère} civ., 28 sept. 2016, n° 15-16.117*). L'ONIAM est alors mis hors de cause immédiatement et n'a pas besoin d'exercer un recours. Enfin, si l'infection a été contractée hors d'un établissement de santé, il convient en toutes hypothèses de démontrer une faute des praticiens en cause (*Cass. 1^{ère} civ., 12 octobre 2016, n°15-16.894*).

Plus récemment deux décisions sont venues clarifier de nouvelles hypothèses. La première est relative à l'absence d'assureur de responsabilité civile professionnelle (*Cass. 1^{ère} civ., 29 mars 2017, n°16-13.247*). Dans cette affaire, le praticien n'était pas assuré et l'avocat de la victime, en dehors de la procédure de règlement amiable se déroulant devant les CCIAM, a demandé au juge d'ordonner à l'ONIAM de se substituer. Il est vrai que la rédaction de l'article L. 1142-15 du CSP en vigueur à l'époque envisageait l'hypothèse d'une prise en charge par l'ONIAM en cas d'absence d'assureur. Toutefois, de manière fort logique, la Cour de cassation rappelle que si l'ONIAM a effectivement la possibilité de se substituer, c'est uniquement dans l'hypothèse de la procédure de règlement amiable. Dans la phase contentieuse, l'ONIAM ne peut être le débiteur en présence d'un responsable fautif. Depuis un fonds ad hoc a d'ailleurs été créé lorsque le plafond de garantie est atteint ou bien que celle-ci ne peut être acquise pour une question de garantie dans le temps (*C. assur., art. L. 426-1*). Ce fonds ne bénéficie toutefois qu'aux professionnels de santé, à l'exclusion donc des établissements, et bien évidemment ne fonctionne pas en cas de défaut de souscription, d'exclusion de garantie ou encore de nullité du contrat.

Dans une seconde affaire, il s'agissait de la question délicate du contentieux de la transfusion sanguine (*Cass. 1^{ère} civ. 20 sept. 2017, n°16-23.451*). La loi du 17 décembre 2008 a, en son article 67, confié à l'ONIAM la mission d'indemniser les victimes de contaminations transfusionnelles par le virus de l'hépatite. Ce même texte a institué une procédure de règlement amiable prévue par l'article L. 1221-14 du code de la santé publique, en précisant que l'office recherche les circonstances de la contamination, notamment dans les conditions prévues à l'article 102 (*en cas de contestation relative à l'imputabilité d'une contamination par le virus de l'hépatite C, antérieure à la date d'entrée en vigueur de la loi, à une transfusion de produits sanguins labiles ou une injection de médicaments dérivés du sang, le demandeur apporte des éléments qui permettent de présumer que cette contamination a une telle origine ; qu'au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que cette transfusion ou cette injection n'est pas à l'origine de la contamination*). De plus, la loi a réservé, sous certaines conditions, la possibilité d'une action subrogatoire de l'ONIAM contre la personne responsable du dommage ainsi que contre les personnes tenues à un titre quelconque d'en assurer la réparation totale ou partielle et dans son article 72, la loi du 17 décembre 2012 a conféré à l'ONIAM le droit d'être garanti des sommes versées aux victimes de dommages par les assureurs des structures reprises par l'EFS, que le dommage subi par la victime soit ou non imputable à une faute. Dans le cadre de recours l'article L. 1221-14 dispose que la transaction intervenue entre l'ONIAM et la victime, ou ses ayants droit, est opposable à l'assureur. Dans cette affaire un patient avait contracté une hépatite C suite à une transfusion et à ce titre avait été indemnisé par l'ONIAM. L'Office souhaitait se retourner contre l'établissement et demander le bénéfice de la garantie de l'assureur dans le cadre de son recours. La garantie est en effet due à l'ONIAM hors les hypothèses dans lesquelles la couverture d'assurance est épuisée, le délai de validité de la couverture est expiré ou les assureurs peuvent se prévaloir de la prescription. Il suffit donc que l'origine transfusionnelle d'une contamination soit admise et que l'établissement de transfusion sanguine assuré ait fourni au moins un produit administré à la victime et enfin que la preuve que ce produit n'était pas contaminé n'ait pu être rapportée. Or, dans cette affaire, sur les treize produits transfusés à la victime, cinq n'avaient pas pu être contrôlés, dont un provenant du CDTS en cause. La preuve de la contamination du produit fourni par celui-ci n'étant pas faite, les conditions de sa responsabilité n'étaient pas réunies. L'ONIAM n'était donc pas en mesure de réclamer à l'assureur du CDTS sa garantie. Rompant avec sa jurisprudence antérieure (*Cass. 2^{ème} civ, 17 juin 2010, nos 09-10.786 et 09-65.190*), la Cour de cassation étend le bénéfice de l'article 102 à l'ONIAM.

La présomption simple d'imputabilité qui avait été édictée au profit de la victime par l'article 102 de la loi du 4 mars 2002 peut en effet désormais profiter à l'ONIAM. A l'évidence, les actions de l'ONIAM sont grandement facilitées et les assureurs vont être exposés à des recours dont les chances de succès sont désormais bien plus grandes.

ACTUALITE JURISPRUDENTIELLE

—

Le refus de traitement implique l'absence de consolidation : CE, 25 octobre 2017 n°400.950.

Dans cette affaire, une patiente a obtenu devant le TA la condamnation de l'EFS, celui-ci étant responsable de sa contamination par le virus de l'hépatite C à la suite d'une transfusion. L'ONIAM, substitué à l'EFS, doit verser à la requérante la somme de 30 000 euros en réparation de ses préjudices. La décision est intéressante sur la question des préjudices futurs. La cour administrative d'appel qui avait été saisie à la demande de la victime a jugé que « *que l'état de l'intéressée, qui n'était que stabilisé et non consolidé, n'était pas insusceptible d'évoluer dans un sens favorable du fait de l'existence de nouveaux traitements offrant une chance très sérieuse*

d'éradication définitive du virus dans son organisme ». De la sorte, les postes de préjudices déjà acquis sont indemnisables mais les préjudices futurs ne peuvent pas être fixés, leur certitude fait défaut, la victime refusant un traitement. Il faut en effet souligner que l'existence depuis quelques années d'un nouveau traitement permettant de guérir les patients pose question lorsqu'il s'agit d'évaluer le préjudice futur. Ne pas l'indemniser reviendrait à imposer à la victime de suivre le traitement. L'indemniser reviendrait à imputer au payeur un préjudice qui n'est pas certain...Le problème semble inextricable car le droit de refuser un traitement est constamment réaffirmé, tout comme le principe de la réparation intégrale qui interdit à la victime d'obtenir plus que le préjudice subi.

Le Conseil d'Etat propose une solution originale qui a le grand mérite de ménager ces deux impératifs. Il juge en effet que tant que la victime ne suit pas le traitement en question, son état ne peut être considéré comme consolidé. Aussi, les préjudices matériels et personnels déjà subis sont indemnisables, ceux dont il est d'ores et déjà certain qu'ils seront réalisés à l'avenir le sont également mais tous les autres ne le sont pas. Ainsi, la victime devra solliciter une indemnisation pour chaque nouvelle période ouvrant droit à réparation. Concrètement, elle se verra allouer une rente provisionnelle sous la condition de la production régulière de certificats attestant de la persistance du préjudice indemnisé.

Accouchement difficile et césarienne tardive : vers une présomption de perte de chance ? : Cass. 2ème civ., 22 juin 2017, F-P+B, n° 16-18.975.

Cette décision a été rendue par la Cour de cassation dans le cadre d'un second pourvoi. Dans cette affaire, les parents d'une petite fille ont agi pour demander réparation des conséquences dommageables d'une césarienne, selon eux, trop tardive. La victime est née en état d'hypoxie avancée. Dans sa première décision de 2012 (Cass. 1ère, 13 décembre 2012, n°11-27.347), la question centrale était de déterminer le caractère tardif ou non de la prise de décision de pratiquer une césarienne. Un accouchement par voie basse était en principe prévu mais compte tenu des anomalies du rythme cardiaque du fœtus, la décision d'un accouchement par césarienne aurait pu être prise plus tôt. L'établissement en cause était dans l'impossibilité de fournir un relevé du tracé du rythme cardiaque pendant une période possiblement critique pour l'enfant. Pour la Cour de cassation, ce « vide » dans le dossier venait corroborer les dires des parents selon lesquels la clinique avait commis une faute de surveillance. De la sorte, les pièces manquantes dans le dossier peuvent servir de soutien à la prétention du demandeur. La Cour de cassation sur ce motif devait casser la décision de la cour d'appel. Cette décision était importante en pratique en imposant aux établissements la plus grande vigilance dans la tenue des dossiers.

Toutefois, la cour d'appel de renvoi risquait de se trouver dans une impasse quant au caractère préjudiciable du manquement au regard de la rapidité avec laquelle la césarienne avait été pratiquée. Aussi, la question était alors la suivante : en admettant la faute de la clinique, cette faute est-elle en rapport causal avec l'hypoxie, sachant qu'une prise de décision antérieure n'aurait guère permis la réalisation plus rapide d'une césarienne. La Cour d'appel de renvoi, retint la faute mais jugea qu'aucune perte de chance ne pouvait être démontrée aux motifs que *«seule constitue une perte de chance réparable la disparition actuelle et certaine d'une éventualité»*. Le doute était trop fort, dans le cas présent, un premier expert avait exclu la possibilité d'une diminution des séquelles (par une césarienne plus précoce) puis un collègue d'experts, désigné ultérieurement, a retenu que *« théoriquement, les séquelles auraient pu être atténuées »* mais sans donner plus d'éléments. A ce stade, la solution est parfaitement classique. L'arrêt de la cour d'appel de renvoi fait l'objet d'un pourvoi précisément sur la question de la perte de chance. Alors que la Cour de cassation aurait pu se réfugier derrière l'appréciation souveraine des juges du fond, elle rend une décision très importante comportant l'attendu de principe suivant : *« une perte de chance présente un caractère direct et certain chaque fois qu'est constatée la disparition d'une éventualité favorable, de sorte que sa réparation ne peut être écartée que s'il peut être tenu pour certain que la faute n'a pas eu de conséquence sur l'état de santé du patient »*. La construction est ainsi renversée, l'existence d'un doute implique une perte de chance, la probabilité existe dès que son absence n'est pas certaine...La solution peut sembler bien sévère dans le domaine médical où le doute est souvent présent. De plus, le risque est alors d'inviter les demandeurs à des actions opportunistes au prétexte que si la prise en charge avait été différente, le dommage ne serait peut-être pas survenu. En un mot, le risque n'est-il pas alors d'utiliser une perte de chance infime pour caractériser une faute ? De plus, en appliquant la présomption de perte de chance aux manquements à l'obligation d'information, la boîte de Pandore est alors grande ouverte. La possibilité de refuser une intervention existe toujours... il s'agit même d'un droit absolu pour le patient. En cela la solution peut sembler bien excessive.

AUTEUR

Laurent BLOCH
Professeur à l'Université de Pau et des pays de
l'Adour

RESPONSABLE DE LA PUBLICATION

Annie BERLAND
aberland@racine.eu