

Le préjudice d'impréparation dans tous ses états.



La jurisprudence, d'abord judiciaire, puis administrative ensuite, a créé le préjudice d'impréparation il y a quelques années. Si cette question semblait relativement stable, des décisions récentes, étendant le domaine de l'obligation d'information, risquent de multiplier les hypothèses de préjudices d'impréparation.

Pendant très longtemps en présence d'un manquement à l'obligation d'information, le seul préjudice éventuellement imputable était une perte de chance. Puis, suite à une décision de 2010, la situation a évolué avec la découverte d'un préjudice autonome (*Cass. 1^{ère} civ., 3 juin 2010, n° 09-13.59*). Le Conseil d'Etat, dès 2012, va préciser certains points (*CE, 10 oct. 2012, n° 350426*). Le préjudice devait être qualifié de préjudice d'impréparation, il pouvait se cumuler avec une éventuelle perte de chance et enfin, et surtout, il n'est indemnisable que si le risque fautivement non mentionné, s'est effectivement réalisé. La Cour de cassation va faire sien le raisonnement du Conseil d'Etat (*Cass. 1^{ère} civ., 23 janv. 2014, n° 12-22.123*). Si désormais le manquement à l'obligation d'information suppose *a minima* la réparation d'un préjudice d'impréparation dans sa composante extra-patrimoniale (*CE, 16 juin 2016, n° 382479 ; Cass. 1^{ère} 25 janv. 2017, n° 15-27.898*), encore faut-il qu'il y ait manquement à l'obligation d'information.

La question a pu se poser en ce qui concerne les risques liés à un accouchement par voie basse. L'article L. 1111-2 du CSP est venu préciser que l'information n'est due qu'en présence d'un acte de soin, de diagnostic ou de prévention. Or l'accouchement par voie basse est un acte naturel conduisant à l'expulsion de l'enfant et non à proprement parlé un acte de soin (bien que celui-ci ait généralement lieu dans un environnement médicalisé). En réalité, la médecine n'est qu'au soutien d'un processus naturel lorsque celui-ci présente des difficultés. En 2011, une parturiente a donné naissance par voie basse à son enfant suite à un accouchement déclenché. L'enfant a conservé des séquelles liées à une atteinte du plexus brachial. Sur la question du défaut d'information, pour les juges du fond, seule était légalement due à la parturiente une information sur les modalités du déclenchement de l'accouchement (en l'espèce un accouchement provoqué) et non sur les risques liés à l'accouchement lui-même (acte naturel). La Cour de cassation a une lecture différente (*Cass. 1^{ère} civ., 23 janv. 2019, FS-P+B, n° 18-10.706*). Pour cette dernière, la circonstance que l'accouchement par voie basse constitue un événement naturel, et non un acte médical, ne dispense pas le professionnel de santé 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. Aussi, en particulier en présence d'une pathologie de la mère ou de l'enfant à naître ou d'antécédents médicaux entraînant un risque connu en cas d'accouchement par voie basse, l'intéressée doit être informée de ce risque ainsi que de la possibilité de procéder à une césarienne et des risques inhérents à une telle intervention.

Il ne faut toutefois pas penser que cette obligation d'information est systématique en présence d'un accouchement par voie basse. En l'espèce, elle était due car le médecin aurait dû expliquer les risques d'un accouchement naturel au regard du poids du fœtus (enfant macrosomique de 4kg). Il faut donc en conclure que lorsque ni la mère et ni l'enfant ne sont exposés à des risques particuliers, l'information n'est pas due car les éventuels risques ne seraient liés qu'à un événement naturel. En réalité, il ne faut pas informer sur les événements imputables à l'accouchement lorsque celui-ci, au regard des données dont dispose l'équipe médicale, se présente normalement.

Une décision du Conseil d'Etat offre également un second exemple de cette expansion d'une forme de devoir d'information et partant d'un éventuel préjudice d'impréparation (*CE 12 mars 2019, n°417038*). Une personne, alors âgée de 83 ans, a été admise au service des urgences, le 14 novembre 2009 à 23h30 pour des difficultés respiratoires. Son décès a été constaté par une infirmière le lendemain, à 7h45. Le décès, survenu dans la nuit du 14 au 15 novembre 2009, n'a été annoncé à la famille que le 15 novembre 2009, en début d'après-midi, lorsque le fils du défunt s'est rendu sur place pour lui rendre visite. Il faut bien réaliser que la famille pouvait légitimement penser que le patient était vivant toute la matinée du 15 novembre, puisqu'aucune information n'avait filtré et que, pensant rendre visite à son père, le fils découvre que celui-ci est mort depuis plusieurs heures. Pour la Haute juridiction administrative, l'épouse du défunt ainsi que ses deux fils avaient nécessairement éprouvé, du fait du manque d'empathie de l'établissement et du caractère tardif de cette annonce, une souffrance morale distincte de leur préjudice d'affection. De la sorte, à l'instar ce qui a pu être jugé pour le préjudice d'impréparation, la dimension extra-patrimoniale est présumée. S'il est certain que ce type de décisions vient sanctionner une certaine forme de déshumanisation de la relation de soin, il n'est en revanche pas certain, que la responsabilité civile soit l'outil adéquat. De plus, il sera aussi bien difficile de lutter contre des demandes d'indemnisation qui pourraient être purement opportunistes.

ACTUALITE JURISPRUDENTIELLE

Saisine d'une CCIAM et prescription de l'action publique : Cass. crim. 8 janv. 2019, F-P+B, n° 18-82.235

Dans cette affaire, une personne est hospitalisée le 16 décembre 2008 pour une affection diagnostiquée comme étant une gastro-entérite et décédera le lendemain. En avril 2010, ses proches saisissent une CRCI (désormais CCIAM) dont l'avis rendu en janvier 2011 concluait à une faute dans la prise en charge de la victime par les différents professionnels de santé. Sur la base des conclusions du rapport d'expertise et confortés par l'avis de la commission, les proches de la victime déposent plainte en septembre 2011 du chef d'homicide involontaire auprès du procureur de la République. Ce dernier ouvre une enquête préliminaire le 5 avril 2012 et adresse un soit-transmis aux enquêteurs. Par la suite, une information judiciaire est ouverte en mars 2015 et la famille se constitue partie civile le 8 décembre 2016. Au terme de son instruction, le juge d'instruction rend une ordonnance de non-lieu le 9 mai 2017 pour cause de prescription des faits, pour lui la prescription étant acquise au 17 décembre 2011, soit 3 ans après le décès et le soit transmis du parquet, premier acte interruptif, est postérieur à cette date. La famille interjette appel de ladite ordonnance. La prescription est confirmée, les juges estimant qu'aucun acte interruptif de prescription n'était intervenu dans les trois années suivant le décès de la victime, c'est-à-dire entre le 17 décembre 2008 et le 17 décembre 2011. Un pourvoi est alors formé. Sur un moyen relevé d'office, la Cour de cassation va censurer la décision en motivant sa décision sur la généralité de l'article L. 1142-7, alinéa 4, du Code de la santé publique. Ce texte dispose, en effet, que « La saisine de la commission suspend les délais de prescription et de recours contentieux jusqu'au terme de la procédure prévue par le présent chapitre ». Appliqué à l'espèce, le point de départ du délai est le 17 décembre 2008, lendemain du décès. La commission est saisie en avril 2010. A cet instant le délai de prescription est suspendu. La commission rend son avis, 8 mois plus tard, en janvier 2011. A cet instant, le délai reprend son cours, pour s'achever le 17 août 2012. Le soit transmis du parquet à la gendarmerie est effectué le 5 avril 2012. A cet instant, en tenant compte de la suspension durant la procédure de règlement amiable, l'action publique n'est donc pas prescrite. Si, notamment le Conseil d'Etat, s'était déjà prononcé sur les interactions entre la procédure de règlement amiable et les procédures contentieuses administratives dans l'hypothèse d'une décision administrative provoquée (*CE, avis 17 septembre 2012, n° 360280*), c'est la première fois que la question de l'action publique était posée.

Accidents médicaux non fautifs à la charge de l'ONIAM, appréciation de l'anormalité du risque au regard de sa fréquence de réalisation: CE, 5e et 6e ch., 4 févr. 2019, n° 413247.

Le droit à indemnisation de la victime d'un accident médical non fautif est clairement affirmée à l'article L. 1142-1 II du Code de la santé publique. Ce droit à indemnisation est toutefois strictement conditionné. Relèvent du champ de la solidarité nationale uniquement les actes réalisés postérieurement au 4 septembre 2001 et il faut que le dommage imputable soit grave et anormal. Le critère de gravité est identique à celui qui permet la saisine des CCIAM. Le dommage doit atteindre un seuil de gravité prévu par l'article D. 1142-1 du Code de la santé publique. Il existe en la matière plusieurs critères alternatifs : soit le dommage imputable à l'accident médical doit être supérieur à 24% d'AIPP ou de DFP ; soit la victime doit présenter 6 mois d'arrêt de travail continu ou discontinu sur une période de 12 mois, ou bien, si elle ne travaille pas, un DFT d'une durée identique, étant précisé que le DFTP de 50 % peut pris en compte ; soit être définitivement inapte à l'exercice de son activité professionnelle antérieure ; soit, enfin, présenter des troubles particulièrement graves dans les conditions d'existence, y compris d'ordre économique. En ce qui concerne l'anormalité, un dommage sera considéré comme anormal dans deux hypothèses (CE, 12 déc. 2014, n° 36521 ; CE, 12 déc. 2014, n° 355052 ; Cass. 1re civ., 15 juin 2016, n° 15-16.824 ; Cass. 1re civ., 22 sept. 2016, n° 15-22.409). Dans un premier cas, le dommage est anormal si le patient est dans un état notablement plus grave que celui qui aurait été probablement le sien en cas d'abstention thérapeutique. Le marqueur de l'anormalité est donc ici la gravité inattendue de l'état du patient et le décalage entre cet état et celui qui aurait été le sien si aucun acte n'avait été pratiqué. Dans un second cas, c'est-à-dire dans l'hypothèse où l'état du patient n'est pas notablement plus grave que celui qui aurait été le sien en cas d'abstention thérapeutique, le droit à indemnisation est conditionné par la fréquence du risque. Si la probabilité de réalisation du risque est faible, le dommage est alors anormal. Le marqueur de l'anormalité est donc plutôt la rareté du risque.

Dans l'affaire ici évoquée, une fois la question de l'absence de faute tranchée, il est précisément question de la fréquence du risque pour permettre une prise en charge par l'ONIAM. En l'espèce, un patient a subi le 28 janvier 2011 au CHU de Caen une intervention en vue de remplacer le défibrillateur cardiaque implantable dont il était porteur. Après son retour à son domicile, il a été victime d'un accident vasculaire cérébral. A la suite de cet AVC, Il est resté atteint d'une hémiplegie droite massive, d'un déficit facial droit, d'aphasie et de troubles de la compréhension entraînant un déficit fonctionnel permanent évalué à 90 %. Pour rejeter les conclusions tendant à l'indemnisation par l'ONIAM au titre de la solidarité nationale, la CAA avait retenu que la survenance du dommage subi par le patient ne présentait pas une probabilité faible. Elle s'appuyait bien évidemment sur le rapport d'expertise dont il résultait que le risque d'un AVC lors du remplacement d'un défibrillateur chez un patient en fibrillation auriculaire non anti-coagulé, comme c'était le cas de l'intéressé, était de l'ordre de 3 %. Un pourcentage trop élevé pour la cour d'appel mais pas pour le Conseil d'Etat qui, quant à lui, estime qu'une telle probabilité est une probabilité faible de nature à justifier la mise en œuvre de la solidarité nationale. Le chiffre de 3 % marquerait donc la frontière entre le normal et l'anormal.

ONIAM et titres exécutoires, oui mais... Avis CE, 9 mai 2019, n° 426321.

La question posée au Conseil d'Etat était la suivante : « L'ONIAM, lorsqu'il est subrogé dans les droits de la victime sur le fondement de l'article L1142-15 du Code de la santé publique, peut-il émettre un titre exécutoire à l'encontre de l'hôpital public ou de son assureur à concurrence des sommes qu'il a versées à la victime ? ».

Le Conseil apporte une réponse positive mais conditionnée. Il précise ainsi que par principe les dispositions de l'article L. 1142-15 de ce code ne font pas obstacle à ce que l'ONIAM émette un tel titre à l'encontre du responsable, de son assureur ou du fonds institué à l'article L. 426-1 du Code des assurances afin de recouvrer les sommes versées à la victime, aux droits de laquelle il est subrogé. La Haute juridiction précise toutefois que pour la pénalité prévue par l'article L. 1142-15 en cas de silence ou de refus de l'assureur de faire une offre, l'ONIAM ne peut émettre de titre. Cette pénalité est en effet de l'office exclusif du juge. Il appartiendra donc au fonds de saisir la juridiction compétente d'une demande tendant au prononcé de la pénalité. De plus, sur l'articulation du recours au titre exécutoire et de la saisine du juge administratif, le Conseil d'Etat ajoute que lorsque le fonds cherche à recouvrer les sommes versées aux victimes en application de la transaction conclue avec ces dernières, l'ONIAM peut soit émettre un titre exécutoire à l'encontre de la personne responsable du dommage, de son assureur ou du fonds institué à l'article L. 426-1 du Code des assurances, soit saisir la juridiction compétente d'une requête à cette fin. Cette saisine ne sera toutefois pas recevable si le fonds a, préalablement à cette saisine, émis un titre exécutoire en vue de recouvrer la somme en litige. Réciproquement, il

ne peut légalement émettre un titre exécutoire en vue du recouvrement forcé de sa créance s'il a déjà saisi le juge ou s'il le saisit concomitamment à l'émission du titre. En clair, le fonds devra choisir sa voie et ne pourra pas jouer sur plusieurs tableaux.

Les assureurs ne manqueront pas de contester ces titres et la stratégie de l'ONIAM qui consiste à réduire le contentieux peut sembler bien hasardeuse. Les débiteurs peuvent, en effet, introduire contre un titre exécutoire, devant la juridiction compétente, un recours qui présente un caractère suspensif (Décret du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique). En réalité, ce type de recours ouvre la porte à un procès classique puisque le recours du débiteur tendant à la décharge de la somme oblige le juge administratif à se prononcer sur la responsabilité du débiteur à l'égard de la victime. Enfin, lorsque le débiteur a formé une opposition contre le titre exécutoire devant la juridiction compétente, l'ONIAM ne peut poursuivre le recouvrement de la pénalité prévue à l'article L.1142-15 du Code de la santé publique qu'en présentant une demande reconventionnelle devant la juridiction saisie de cette opposition. Il n'est donc pas recevable, dans cette hypothèse, à saisir ultérieurement la juridiction d'une nouvelle requête tendant à la condamnation du débiteur au paiement de cette pénalité.

Dans ces conditions, chacun aura compris que l'émission de titres exécutoires ne va en rien simplifier ou faciliter le recouvrement par l'ONIAM de ses créances....

AUTEUR

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

RESPONSABLE DE LA PUBLICATION

Annie BERLAND
aberland@racine.eu