

Précisions sur le possible partage entre responsabilité et indemnisation par l'ONIAM.



Une décision du Conseil d'Etat consacre une hypothèse particulière de partage de l'indemnisation entre l'assureur du fautif et l'ONIAM. Si la faute a aggravé le risque de réalisation de l'accident médical non fautif, l'assureur devra indemniser cette part de perte de chance et le reliquat incombera au fonds (CE, 10 juin 2020, n° 418166, publié).

Depuis les débuts de la Loi Kouchner il est acquis que l'ONIAM est un débiteur subsidiaire. Autrement dit, en présence d'une faute à l'origine de l'accident médical, le fonds ne peut être débiteur de l'indemnisation y compris lorsque cet accident a eu des conséquences anormales et que le seuil de gravité est atteint. Ce principe de subsidiarité figure clairement à l'article L. 1142-1 II du Code de la santé publique qui réserve la prise en charge des accidents médicaux par la solidarité nationale aux hypothèses dans lesquelles « *la responsabilité d'un professionnel, d'un établissement, service ou organisme mentionné au I ou d'un producteur de produits n'est pas engagée* ».

Le principe est finalement assez simple. En présence d'une faute technique suivie d'un aléa thérapeutique, par exemple une indication opératoire erronée, la faute absorbe toute la causalité et l'assureur du fautif doit indemniser l'intégralité du préjudice subi. En réalité, en matière de faute technique, il convient le plus souvent d'appliquer un critère chronologique. Prenons, par exemple, l'hypothèse d'une perforation gastrique fautive elle-même à l'origine d'une complication rarissime. Sans la perforation, il n'y aurait pas eu la complication, la faute absorbe alors toute la causalité et seul l'assureur du responsable doit indemniser le patient. A l'inverse, si l'aléa précède la faute, le partage est à nouveau possible. Par exemple, un hématome compressif (aléa) non correctement pris en charge.

Très vite, l'ONIAM a essayé de tirer le maximum de ce principe de subsidiarité y compris en présence d'un manquement à l'obligation d'information. Le raisonnement était le suivant : le patient n'a pas été correctement informé, s'il l'avait été il aurait pu refuser l'intervention et par conséquent l'aléa, dont il a été victime, ne se serait pas réalisé. En l'absence de certitude sur la décision du patient, ce type de situation s'inscrit dans une logique de perte de chance. Par exemple, correctement informé, le patient avait 6 chances sur 10 de refuser l'intervention.

L'assureur du responsable doit alors indemniser 60 % des conséquences dommageables de l'aléa thérapeutique. L'ONIAM, quant à lui, estimait qu'il ne lui revenait pas d'indemniser les 40 % manquants au motif qu'une faute était à l'origine de l'intervention et par conséquent de l'aléa. Un tel raisonnement a été condamné par la jurisprudence, ouvrant alors pour le patient un droit à réparation intégrale en cumulant deux débiteurs (Cass. 1^{ère} civ., 11 mars 2010, n° 09-11270, FS P+B+R+I).

En réalité, le principe de subsidiarité se trouve cantonné aux hypothèses de faute technique mais il doit être écarté en présence d'un manquement à l'obligation d'information.

La présente décision du Conseil d'Etat ouvre une brèche dans cette approche chronologique. A la suite d'un accident de la route, la victime est placée dans un caisson hyperbare. Malgré des signes d'hypovolémie artérielle qui aurait dû alerter les soignants, le patient est maintenu dans le caisson puis, 10 mn après sa sortie de l'appareil, il est victime d'un arrêt cardio-respiratoire qui sera à l'origine de lourdes séquelles neurologiques. Ce type de complications graves et anormales peut toujours se produire, malgré l'absence de signes cliniques indiquant ce risque. En cela, le patient a été victime d'un aléa thérapeutique. Toutefois, et c'est sur ce point que la décision est intéressante, si l'équipe soignante avait tenu compte des paramètres hémodynamiques du patient et avait été plus réactive, le risque de réalisation de cet aléa aurait été plus faible. Autrement dit, la faute a fait perdre une chance au patient d'éviter la réalisation du risque. En l'espèce, cette perte de chance est évaluée à 55 %. De la sorte, l'assureur de l'hôpital devra indemniser les conséquences de cet aléa à hauteur de 55 % et l'ONIAM prendra à sa charge les 45 % manquants. Cette décision met en lumière que l'antériorité de la faute n'implique pas toujours une prise en charge à 100% par l'assureur du responsable.

Dans une décision précédente (CE, 12 Décembre 2014, n° 355052, publié), ce raisonnement avait déjà pu apparaître mais de manière moins claire. Le considérant de principe portait déjà en son sein la solution de 2020 mais, en l'espèce, la faute était postérieure à l'aléa. Il s'agissait d'un patient souffrant d'une hernie discale cervicale C4-C5 entraînant des douleurs, un déficit modéré du bras droit et une gêne à la marche, et qui, à son réveil de l'intervention chirurgicale pratiquée afin de réduire cette hernie, était atteint d'un déficit moteur des quatre membres, entraînant une DFP évalué à 60 %. Si l'accident médical non fautif est reconnu, le Conseil d'Etat avait admis en parallèle une responsabilité pour faute pour une reprise chirurgicale trop tardive. Ce retard avait aggravé les conséquences dommageables de l'aléa et partant la faute était à l'origine d'une perte de chance d'éviter les conséquences aussi dommageables de l'aléa.

Au regard de ces décisions, il conviendra d'être particulièrement vigilant au stade de l'expertise sur l'analyse retenue. La perte de chance d'éviter la réalisation ou l'aggravation des conséquences d'un aléa est désormais clairement retenue. Une fois celle-ci admise en son principe, l'assureur et l'ONIAM devront batailler sur le pourcentage de celle-ci, car ce qui n'est pas attribué à l'un, le sera à l'autre. Précisons toutefois qu'en l'espèce une condamnation *in solidum* n'est pas envisageable, l'ONIAM étant peut-être débiteur mais certainement pas responsable.

ACTUALITE JURISPRUDENTIELLE

Autonomie de la responsabilité disciplinaire par rapport à la responsabilité civile (Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} juillet 2020, n°19-17.173, F-D).

Une patiente, après avoir été opérée en 2009 d'une double valvulopathie, a présenté, à partir de novembre 2013, une fibrillation auriculaire et a subi, le 2 avril 2014, une ablation du foyer arythmogène réalisée par un rythmologue à l'hôpital Saint-Joseph à Marseille. Elle a été, ensuite, suivie par un autre cardiologue qui, lors d'une consultation post-opératoire le 7 mai 2014, lui a fixé un rendez-vous le 2 juillet 2014 pour la pose d'un Holter ECG. Le 3 juin 2014, ayant constaté un essoufflement, une arythmie et une fatigue anormale, la patiente a pris contact par téléphone avec le cabinet du cardiologue en vue d'un rendez-vous anticipé. Avisé par son secrétariat de cet appel et de sa teneur, le cardiologue a estimé qu'il n'y avait pas lieu d'avancer le rendez-vous, dès lors que son état était normal et n'appelait pas d'inquiétudes. Le 17 juin 2014, la patiente était retrouvée sans vie à son domicile. Les ayants droit ont saisi une CCIAM dont l'avis met hors de cause le cardiologue. La chambre disciplinaire nationale, saisie par la suite, inflige une sanction au cardiologue au motif qu'il avait établi un diagnostic sans avoir interrogé et informé sa patiente. Fort de cette sanction disciplinaire, les demandeurs saisissent une juridiction civile en vue d'obtenir des dommages et intérêts. La Cour d'appel, dont la décision n'est pas remise en cause par la Cour de cassation, juge, à l'instar de l'avis de la CCIAM, que la faute imputée au cardiologue n'a pas été à l'origine d'une perte de chance de survie de la patiente dès lors que la responsabilité de celui-ci n'était pas engagée.

Cette décision rappelle, en réalité, que la faute déontologique se suffit à elle-même pour justifier une sanction disciplinaire. En matière de responsabilité, il faut non seulement une faute mais il faut également que celle-ci soit à l'origine d'un dommage. Or, en l'espèce, la cause du décès étant incertaine, rien n'indique qu'une prise en charge plus précoce aurait changé le cours de choses. De la sorte, la totale incertitude interdit la reconnaissance d'une perte de chance, seul préjudice éventuellement indemnisable ici.

Précisions sur les modalités de calcul de la perte de chance en cas de défaut d'information, (CE, 8 juill. 2020, n°425229, publié).

Un patient, souffrant de la maladie de Dupuytren, a subi, le 23 février 2010, dans un centre hospitalier, une intervention chirurgicale. Une gêne fonctionnelle s'est rapidement installée s'aggravant jusqu'à prendre la forme d'une algodystrophie conduisant quasiment à la perte de l'usage de la main droite. Le caractère anormal et grave du dommage est retenu, conduisant à une indemnisation à la charge de l'ONIAM. Toutefois, en présence d'un manquement à l'obligation d'information à l'origine d'une perte de chance, ainsi que d'une faute technique ayant aggravé le risque de réalisation d'une algodystrophie, il convient de répartir la charge indemnitaire entre l'ONIAM et l'assureur de l'établissement. A ce stade, la solution est devenue désormais acquise (V. *supra*. CE, 10 juin 2020, n°418166). Elle devient intéressante lorsqu'il s'agit de calculer cette répartition.

Pour le Conseil d'Etat, il incombe au juge d'additionner « *pour fixer le taux de la perte de chance subie par l'intéressé, d'une part le taux de sa perte de chance de se soustraire à l'opération, (...), et d'autre part, le taux de sa perte de chance résultant des fautes médicales commises lors de l'opération, ce taux étant multiplié par la probabilité qu'il ait accepté l'opération s'il avait été informé du risque qu'elle comportait* ».

En détail, le calcul est donc le suivant. La perte de chance relative au défaut d'information a été fixée à 25 %. La perte de chance d'éviter l'aléa par la faute technique est fixée également à 25 %. Il convient alors de poser le calcul suivant : $25 \% + (25 \% \times 75 \%) = 43,75 \%$. Ceci permet de calculer la perte de chance globale.

Les 46,25 % restants devraient être logiquement mis à la charge de l'ONIAM.

La jurisprudence « CZABAJ » ne s'applique pas aux offres ou refus d'offre de l'ONIAM (CE, 8 Juillet 2020, n° 426049).

La jurisprudence CZABAJ est redoutable en droit administratif. Elle implique que le demandeur, dans l'hypothèse où il n'a pas fait courir le délai de 2 mois, agisse tout de même dans un délai raisonnable contre l'administration (CE, 13 Juillet 2016, n°387763), en règle générale et sauf circonstances particulières, dans un délai d'un an. Dans un arrêt du 17 Juin 2019 (CE, 17 Juin 2019, n° 413097 : Lettre RC Med n° 12), le Conseil d'Etat avait, toutefois, jugé que le contentieux indemnitaire n'était pas dans le champ d'application de la jurisprudence CZABAJ. Pour le Conseil d'Etat, dans ce domaine, la prise en compte de la sécurité juridique est suffisamment garantie par l'article L. 1142-28 du Code de la santé publique. La victime qui n'avait pas provoqué de décision administrative pouvait donc agir dans les 10 ans suivant la consolidation de son dommage corporel.

La question pouvait toutefois demeurer dans les hypothèses où, après un avis de CCIAM concluant à un accident médical non fautif, la charge de l'indemnisation incombait à l'ONIAM. Le Conseil d'Etat précise qu'en vertu du premier alinéa de l'article L. 1142-20 du CSP, la victime ou ses ayants droit disposent d'un droit d'action en justice contre l'office si aucune offre ne leur a été présentée ou s'ils n'ont pas accepté l'offre qui leur a été faite. Il s'agit ici du délai de 2 mois prévu par l'article R. 421-1 du Code de justice administrative.

Les offres partielles constituent une décision qui lie le contentieux indemnitaire devant le juge administratif pour les préjudices sur lesquels l'Office s'est prononcé. Le délai de recours de cette action indemnitaire ne court alors qu'à compter de la notification de l'ultime proposition de l'ONIAM ou de sa décision de rejet d'indemnisation pour les postes de préjudices restants. Enfin, pour en venir à la jurisprudence CZABAJ, le Conseil d'Etat précise que celle-ci ne s'applique pas dans le cadre des recours indemnitaires engagés par les victimes d'un dommage imputable à une activité de prévention, de diagnostic ou de soins, ou à leurs ayants droit, auxquels l'ONIAM a adressé ou refusé une offre d'indemnisation, que ce soit à titre partiel ou à titre global et définitif. Les choses sont désormais claires et le délai raisonnable n'est applicable à aucune étape de la procédure.

- AUTEUR

Laurent BLOCH
Professeur à l'Université de Bordeaux

— RESPONSABLE DE LA PUBLICATION

Annie BERLAND
aberland@racine.eu