

Obligation d'information et présomption de perte de chance ?



Le Conseil d'Etat est revenu sur le contenu de l'obligation d'information en réitérant une approche large de celui-ci mais à l'occasion de cette décision, il semble admettre une forme de présomption de perte de chance (CE, sect., 20 nov. 2020, req. n° 419778, publié).

En présence d'un manquement à l'obligation d'information, depuis une dizaine d'années, un préjudice d'impréparation est envisageable. Rappelons que ce dernier est présumé, du moins dans sa dimension extra-patrimoniale et qu'il est autonome (CE 10 oct. 2012, n° 350426 ; Cass. 1^{ère} civ. 1^{re}, 23 janv. 2014, n° 12-22.123; CE 16 juin 2016, n° 382479, pour une confirmation récente, Cass. 1^{ère} civ, 9 déc. 2020, n° 19-22.055).

Ce préjudice d'impréparation n'exclut pas l'indemnisation d'une perte de chance. Cependant, contrairement au préjudice d'impréparation, cette dernière doit être démontrée par le demandeur et elle conduit à la réparation d'un pourcentage de chaque poste de préjudice. En 2012, par exemple, le Conseil d'État a précisé qu'un manquement à l'obligation d'information engage la responsabilité de l'hôpital dans la mesure où il a privé le patient d'une chance de se soustraire au risque lié à l'intervention en refusant qu'elle soit pratiquée. De la sorte, toute perte de chance doit être écartée «dans le cas où l'intervention était impérieusement requise, en sorte que le patient ne disposait d'aucune possibilité raisonnable de refus» (CE 10 oct. 2012, n° 350426 : préc.).

Dans la décision de novembre 2020, le Conseil d'Etat précise qu'en présence d'un manquement à l'obligation d'information une perte de chance doit être admise et ajoutée (c'est sans doute ce passage qui est important dans la décision) : « Il n'en va autrement que s'il résulte de l'instruction, compte tenu de ce qu'était l'état de santé du patient et son évolution prévisible en l'absence de réalisation de l'acte, des alternatives thérapeutiques qui pouvaient lui être proposées ainsi que de tous autres éléments de nature à révéler le choix qu'il aurait fait, qu'informé de la nature et de l'importance de ce risque, il aurait consenti à l'acte en question ». Une telle rédaction semble impliquer qu'en l'absence de certitude sur le fait que le patient, malgré le défaut d'information, aurait consenti, une perte de chance doit être admise.

Pour la Haute juridiction administrative, la perte de chance semble se construire à l'envers, elle ne peut être exclue que par une certitude contraire. Une telle analyse est bien évidemment favorable au demandeur car finalement le doute sur sa décision va lui profiter. Certes, les magistrats ne vont pas se contenter des déclarations du patient et il conviendra de contextualiser tout cela, mais il n'en demeure pas moins que la charge probatoire quant au préjudice semble bien s'alléger. La formule employée par la haute juridiction administrative «il en va autrement que s'il résulte de l'instruction» sous-entend une forme de présomption de perte de chance.

Cette évolution de la détermination de la perte de chance n'est pas inédite. La Cour de cassation a pu, par exemple, admettre un même type de raisonnement en matière de faute technique. Elle a ainsi jugé que dès lors que la faute prive le patient d'une éventualité favorable, il y a nécessairement une perte de chance. Autrement dit, cette perte de chance est admise dès lors que l'on ne peut pas exclure l'existence d'une éventualité favorable (Cass. 1^{ère} civ., 24 oct. 2019, n° 18-19.459).

Faut-il en déduire pour autant que l'indemnisation sera automatique comme elle l'est actuellement pour la composante extra-patrimoniale du préjudice d'impréparation ? La décision de novembre vient démontrer le contraire. En l'espèce, l'instruction a en effet révélé qu'il était certain que la patiente qui souffrait d'importantes douleurs et de grandes difficultés à se déplacer, aurait, compte tenu de l'absence d'alternative thérapeutique à l'intervention chirurgicale qui lui était proposée, consenti à cette opération si elle avait été informée des risques d'atteinte au nerf fibulaire qu'elle comportait. Aussi, le Conseil d'Etat valide le raisonnement de la cour administrative d'appel qui avait jugé que le manquement de l'établissement à son devoir d'information n'avait privé la patiente d'aucune chance de se soustraire à ce risque en renonçant à l'opération.

L'exclusion de la perte de chance repose donc sur des éléments objectifs extérieurs aux dires du patient. Le rapport bénéfice-risque et l'existence d'alternatives thérapeutiques seront sans doute les indices principaux dans la caractérisation d'une perte de chance.

Il faut souligner qu'en ce qui concerne le contenu de l'obligation d'information, le Conseil d'Etat a confirmé à l'occasion de cette décision sa volonté d'exiger une information sur les risques exceptionnels dès lors qu'ils sont graves, s'éloignant ainsi de l'article L. 1111-2 du Code de la santé publique (*en ce sens déjà* : CE, 5^e et 4^e ss-sect., 24 sept. 2012, n° 339285 – CE, 10 oct. 2012, n° 350426 - CE 19 oct. 2016, n° 391538). Il est bien difficile de ne pas relever ici une solution *contra legem*. Il est, en effet, bien ardu de concilier l'article L. 1111-2 qui vise à uniquement les risques graves lorsqu'ils sont prévisibles et l'analyse du Conseil d'Etat qui exige une information sur les risques graves, quelle que soit leur fréquence (*la Cour de cassation suit d'ailleurs la même voie que celle du juge administratif* : Cass. 1^{ère} civ., 12 oct. 2016, n° 15-16.894).

Cette expansion du domaine de l'information va nécessairement conduire à faciliter la caractérisation des manquements mais pas nécessairement la caractérisation d'un préjudice. En effet, pour apprécier l'existence d'un préjudice, le juge devra nécessairement apprécier le rapport bénéfice-risque. Or, il est certain que ce que le patient gagne sur le contenu de l'obligation d'information (les risques exceptionnels), il pourrait le perdre sur le préjudice. Si le risque est tout à fait exceptionnel, le rapport bénéfice-risque est très favorable et il est alors bien difficile de penser que la décision du patient aurait été différente s'il avait été correctement informé.

Aussi, finalement, si la décision de 2020 peut conduire à l'admission de pertes de chance très faibles, là où auparavant elles auraient été rejetées car insuffisamment constituées, nous pouvons penser que l'obligation d'informer sur les risques exceptionnels a surtout des conséquences importantes sur la reconnaissance d'un préjudice d'impréparation.

ACTUALITE JURISPRUDENTIELLE

Application dans le temps de l'exclusion de la chirurgie esthétique du champ de la solidarité nationale : Cass. 1^{ère} civ., 9 décembre 2020, n° 19-10.114, FS-P.

Les victimes d'accidents médicaux dans le cadre d'acte de chirurgie esthétique sont exclues de la procédure de règlement amiable devant les CCIAM et également, en cas d'aléas thérapeutiques, de toutes prises en charge par l'ONIAM. Dans cette hypothèse, toute finalité thérapeutique est absente au sens de l'article L. 1143-3-1, I du Code de la santé publique. Il faut se souvenir que malgré cette absence de finalité thérapeutique, la Cour de cassation avait pourtant considéré qu'un accident médical non fautif survenu au cours d'une intervention à finalité esthétique relevait du régime d'indemnisation de l'article L. 1142-1, II (Cass. 1^{ère} civ., 5 févr. 2014, n° 12-29.140). Cette solution avait été fortement critiquée par l'ONIAM et le législateur était rapidement intervenu pour mettre un terme à cette conception extensive de la notion d'acte de soins. C'est ainsi qu'un nouvel article L. 1142-3-1 (L. n° 2014-1554, 22 déc. 2014) est venu préciser, que sont exclus du champ de l'indemnisation par l'ONIAM les

“dommages imputables à des actes dépourvus de finalité préventive, diagnostique, thérapeutique ou reconstructrice”. La rédaction malencontreuse du texte interdisait alors à une femme victime d'un aléa lors d'une interruption de grossesse de demander à la solidarité nationale une indemnisation. La loi qui voulait exclure la chirurgie esthétique avait vu trop grand... Aussi, conscient de l'imperfection rédactionnelle, le législateur a revu le texte (*L. n° 2016-41 du 26 janvier 2016*). La rédaction de l'article L. 1142-3-1 a ainsi été modifiée en ajoutant que les actes à finalité contraceptive ou abortive pourraient relever de la solidarité nationale.

Dans sa décision du 9 décembre, la Cour de cassation revient sur l'application dans le temps de la loi de 2014. L'article 70, II, de ce texte a prévu que l'article L. 1142-3-1, I s'applique aux demandes d'indemnisation postérieures au 31 décembre 2014. Dans cette affaire, une femme est décédée des suites d'une infection nosocomiale contractée dans les locaux d'une clinique où elle a subi une chirurgie à visée esthétique. Ses ayants droit, après avoir sollicité une expertise en référé en juin 2013, ont, par acte du 20 juillet 2015, assigné au fond la clinique et l'ONIAM. Faute d'instance en cours au 1^{er} janvier 2015 (le juge des référés ayant vidé sa saisine en juillet 2013), l'indemnisation ne peut incomber à l'ONIAM. Bien qu'il s'agisse d'une infection nosocomiale, celle-ci ayant été contractée lors d'une opération de chirurgie esthétique, toute indemnisation par la solidarité nationale doit être écartée. *Dura lex, sed lex...*

Un établissement de soins doit vérifier qu'un médecin libéral satisfait à son obligation d'assurance : Cass., 1^{ère} civ. 1^{ère}, 25 Novembre 2020, n°19-20.748, inédit.

Dans cette affaire, suite de la réalisation, le 19 avril 2006 lors d'un accouchement, d'une rachi-anesthésie au centre médico-chirurgical de Parly II, exploité par un l'hôpital privé, la parturiente a présenté des complications neurologiques. La victime et son époux ont assigné l'hôpital privé et M. I..., médecin anesthésiste remplaçant ayant pratiqué la rachi-anesthésie. L'hôpital privé a appelé en garantie M. K..., médecin anesthésiste titulaire. La responsabilité de M. I... a été retenue au titre d'une faute médicale lors de la réalisation de la rachi-anesthésie et celle de M. K... a été écartée. Au titre d'un défaut d'organisation, l'hôpital privé est condamné in solidum avec M. I... à répondre à hauteur de 80 % des préjudices.

Le défaut d'organisation prend une dimension particulière dans cette affaire. La cour d'appel a, en effet, relevé que l'établissement avait commis une faute d'organisation en s'abstenant de s'assurer de la continuité des soins dispensés à la parturiente. Pour l'établissement, sa responsabilité ne pouvait être engagée car la clinique avait organisé le service pour permettre à la parturiente de bénéficier d'un médecin anesthésiste agréé par la clinique. Les seuls responsables étaient les médecins libéraux, titulaires et remplaçants, puisque le médecin remplaçant n'avait pu intervenir qu'en méconnaissance des obligations imposées à chacun des médecins anesthésiste liés avec l'hôpital privé par un contrat d'exercice libéral. De plus, la cour d'appel reproche à l'établissement de ne pas avoir vérifié que le médecin remplaçant disposait des qualifications professionnelles pour assurer le remplacement.

La Cour de cassation valide la décision des juges du fond et rappelle, que dans le cadre du nécessaire agrément du médecin, il incombe non seulement à l'établissement de vérifier les compétences du praticien remplaçant mais également de vérifier que ce dernier a bien souscrit l'assurance de responsabilité civile obligatoire prévue par l'article L. 1142-2. Dans cette affaire l'établissement avait connaissance des interventions ponctuelles de ce médecin et il devait s'assurer qu'il remplissait les conditions pour être agréé. Ceci n'ayant pas été fait, la défaillance de l'hôpital privé est avérée.

Le préjudice économique de l'aidant empêché : CE, 5^{ème} chambre, 31 déc. 2020, n° 428835, Inédit.

Une femme a été victime d'un accident médical non fautif ouvrant droit à réparation par l'ONIAM au titre de la solidarité nationale. Avant l'accident, la victime assurait une assistance quotidienne à son conjoint handicapé et l'accident médical a momentanément empêché cette assistance. La victime a alors dû, à ses frais, financer un aidant, au bénéfice de son mari. La CAA rejette la prise en charge par l'ONIAM de ces frais considérant que ceux-ci constituaient bien des préjudices mais pour son mari. Or, en présence d'un aléa thérapeutique rappelons que les victimes par ricochet ne peuvent être indemnisées (*CSP, art. L. 1142-1 II*). Le Conseil d'Etat censure la décision car pour lui, il s'agit bien d'un préjudice économique de la demanderesse. En effet, bien que liés à des soins apportés à un tiers, ces dépenses étaient propres à la requérante et en lien direct avec l'accident médical dont elle avait été victime.

- AUTEUR

Laurent BLOCH
Professeur à l'Université de Bordeaux

— RESPONSABLE DE LA PUBLICATION

Annie BERLAND
aberland@racine.eu