



HAL
open science

Faute médicale et perte de chance : quelle place pour l'indemnisation par l'ONIAM ?

Mireille Bacache, Clémentine Lequillier, Lydia Morlet-Haidara, Sylvie Welsch

► To cite this version:

Mireille Bacache, Clémentine Lequillier, Lydia Morlet-Haidara, Sylvie Welsch. Faute médicale et perte de chance : quelle place pour l'indemnisation par l'ONIAM ?. *Journal de droit de la santé et de l'assurance maladie*, 2023, 17. hal-04200311

HAL Id: hal-04200311

<https://hal.science/hal-04200311>

Submitted on 8 Sep 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Mireille Bacache

Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Sorbonne Assurance (IRJS), Directeur de l'Institut des Assurances de Paris 1 (IAP-Paris 1)

Clémentine Lequillier

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

Lydia Morlet-Haïdara

Maître de conférences HDR 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

Faute médicale et perte de chance : quelle place pour l'indemnisation par l'ONIAM ?

Commentaire de l'arrêt de la première chambre civile du 16 novembre 2016 n° 15-20611

L'articulation entre la responsabilité civile des professionnels de santé et l'indemnisation par la solidarité nationale continue de soulever des difficultés, comme en témoigne un arrêt du 16 novembre 2016.

En l'espèce, un patient qui souffrait d'une hernie discale dorsale a subi une laminectomie à l'issue de laquelle il a présenté une paraplégie. Il assigne en responsabilité et en indemnisation le praticien qui a réalisé l'intervention ainsi que l'Office national d'indemnisation des victimes d'accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales (ONIAM). La cour d'appel retient la responsabilité du praticien et le condamne à la réparation de l'entier dommage corporel, ce dernier ayant commis une faute dans le choix, non conforme au regard de l'état des connaissances médicales, de recourir à une laminectomie en raison de ses risques accrus de paraplégie postopératoire ainsi qu'une faute dans l'information préalable sur les risques inhérents à une laminectomie.

Le pourvoi principal du médecin qui contestait l'étendue de la réparation mise à sa charge est accueilli, justifiant la cassation partielle de l'arrêt. Selon la Cour, la cour d'appel qui n'a pas répondu aux conclusions du praticien, fondées sur le rapport d'expertise, « faisant valoir qu'il existe pour toute

exérèse d'une hernie discale, lorsque les conditions de la prise en charge sont optimales, un risque de complication neurologique, seulement accru en recourant à une laminectomie, et que ses fautes n'avaient entraîné pour M. X... qu'une perte de chance d'éviter la complication survenue », a méconnu les exigences de l'article 455 du code de procédure civile. En revanche, le pourvoi incident formé par la victime contre l'arrêt ayant mis hors de cause l'ONIAM est rejeté. Selon la Cour, « en vertu de l'article L. 1142-1, I, alinéa 1er, du code de la santé publique, les professionnels de santé, les établissements, services ou organismes dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins ne sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute ; que, selon le II du même texte, ouvrent droit à réparation des préjudices au titre de la solidarité nationale certains dommages graves, lorsque la responsabilité d'un professionnel, d'un établissement, service ou organisme mentionné au I n'est pas engagée ; qu'il en résulte que lorsqu'une faute a été commise lors de la réalisation de l'acte médical qui est à l'origine du dommage, cette faute est exclusive d'une indemnisation au titre de la solidarité nationale, fondée sur les risques que comportait cet acte ; que, dès lors que la responsabilité du praticien est engagée notamment au titre d'une telle faute, il lui incombe d'assurer la réparation de ses conséquences sur le fondement de l'article L. 1142-1, I, alinéa 1er, du code précité ; qu'il s'ensuit que la cassation à intervenir sur le premier moyen du pourvoi principal, pris en sa première branche, n'emporte pas la cassation, par voie de conséquence, du chef du dispositif relatif au rejet des demandes de M. X... contre l'ONIAM qui n'en est ni la suite, ni l'application, ni ne s'y rattache par un lien de dépendance nécessaire ».

L'arrêt est intéressant à un double titre. S'il confirme la jurisprudence relative au domaine de la perte de chance et à l'étendue de la réparation en présence de certaines fautes médicales, il affine, en revanche, celle-ci s'agissant du domaine de l'intervention de l'ONIAM et des rapports qu'entretient la responsabilité médicale avec la solidarité nationale.

I- Faute médicale et perte de chance

Rappelons que le préjudice de perte de chance est particulier en ce qu'il répond à un doute préalable sur le lien de causalité entre une faute et un dommage. Face à l'incertitude du lien de causalité entre le dommage final et la faute commise, la jurisprudence a très tôt fait appel à un autre dommage de substitution, distinct du dommage final, à savoir la perte de chance d'éviter celui-ci. La chance représentant en soi une valeur, sa perte peut être analysée comme un dommage. Selon la Cour de cassation, « l'élément de préjudice constitué par la perte de chance peut présenter en lui-même un caractère direct et certain chaque fois qu'est constatée la disparition, par l'effet d'un délit, de la possibilité

d'un événement favorable, encore que par définition, la réalisation d'une chance ne soit jamais certaine »¹.

La jurisprudence a eu l'occasion d'appliquer ce principe dans de nombreuses hypothèses. Elle a ainsi admis la réparation de la perte d'une chance de mener à bien une procédure et de gagner un procès provoquée par la faute d'un auxiliaire de justice², de participer à une course ou de gagner une compétition³, de se présenter à un examen ou de réussir une carrière professionnelle⁴. C'est surtout dans le domaine médical que la théorie de la perte de chance est utilisée par les tribunaux. Il en est ainsi de la perte de chance de guérison ou de survie à la suite d'une erreur de diagnostic⁵. Le Conseil d'État s'est d'ailleurs sur ce point, plus récemment, aligné sur la jurisprudence judiciaire en cassant un arrêt ayant réparé l'entier dommage corporel au motif que l'erreur de diagnostic et le retard de traitement qui en est résulté avait seulement fait perdre au patient une chance d'éviter la cécité⁶. Il en va de même en cas de faute d'information sur les risques liées aux interventions ou aux traitements. Le principe de la réparation de la perte de chance est dans ce cas clairement affirmé depuis un arrêt de la première chambre civile du 7 février 1990 selon lequel le médecin «qui manque à son obligation d'éclairer son patient sur les conséquences éventuelles du choix de celui-ci d'accepter l'opération qu'il lui propose, prive seulement l'intéressé d'une chance d'échapper, par une décision peut-être plus judicieuse, au risque qui s'est finalement réalisé, perte qui constitue un préjudice distinct des atteintes corporelles résultant de ladite opération»⁷. Ce principe désormais constant en jurisprudence⁸, est également appliqué par le Conseil d'État depuis un arrêt du 5 janvier 2000⁹.

Pour autant, aussi louable que soit le recours à la théorie de la perte de chance, il ne peut aboutir, tout au plus, qu'à une réparation partielle du dommage corporel. En effet, le préjudice réparable au titre de la perte de chance n'est pas le dommage corporel dont souffre le patient mais la seule perte de chance de l'éviter si la faute n'avait pas été commise.

Ce préjudice spécifique correspond à un pourcentage du dommage final¹⁰ et ne représente ainsi qu'une fraction des différents chefs de préjudice effectivement subis par le patient¹¹. Le principe de la réparation intégrale est néanmoins respecté puisque la perte de chance, seul préjudice indemnisable, est intégralement réparée. Notamment, le préjudice né du défaut d'information consiste simplement dans la perte d'une chance qu'aurait eue le patient de ne pas subir de dommages en refusant l'intervention ou les soins s'il avait été correctement informé¹². Par conséquent, l'indemnité accordée en réparation d'une perte de chance ne peut jamais équivaloir au préjudice final¹³. L'indemnisation de la perte de chance « doit être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée »¹⁴.

C'est précisément ce principe que rappelle en l'espèce la Cour de cassation. La Cour d'appel avait condamné le praticien à réparer l'intégralité du dommage corporel subi par le patient alors qu'il résultait du rapport d'expertise que la faute dans le choix de la technique opératoire n'avait fait qu'augmenter les risques de complications de sorte que le patient a, tout au plus, perdu une chance d'éviter sa réalisation si une autre technique avait été choisie par le praticien. C'est pour n'avoir pas répondu à cette argumentation que l'arrêt d'appel est cassé pour défaut de réponses à conclusions. L'arrêt a le mérite de rappeler que le préjudice de perte de chance ne se limite pas aux fautes d'information mais s'étend à certaines fautes techniques, qu'il s'agisse de la faute de diagnostic ou, comme en l'espèce, de la faute dans le choix de la technique opératoire.

Le dommage corporel n'étant alors que partiellement réparé la question se pose de savoir si le patient peut obtenir un complément d'indemnisation en s'adressant à l'ONIAM.

II- Responsabilité médicale et ONIAM

La victime indemnisée par le médecin au seul titre de la perte de chance peut-elle réclamer à l'ONIAM un complément d'indemnisation de façon à compenser l'intégralité de son dommage corporel ?

Le recours à l'ONIAM se heurte *a priori* à l'obstacle de l'article L.1142-1 II du Code de la santé publique. En effet, la compétence de ce fonds dans l'indemnisation des accidents médicaux est soumise à une condition négative puisqu'elle

1 - V. notamment : Crim. 6 juin 1990, *Bull. crim.* n° 224 ; 4 décembre 1996, *Bull. crim.* n° 445.

2 - Req. 17 juillet 1889, *S.* 1891, I, p. 399 ; Civ. 1^{re}, 8 juillet 1997, *B I* n° 234, *RCA* 1997, comm. n° 338 ; 16 juillet 1998, *JCP* 1998. II. 10143, note R. Martin ; 8 juillet 2003, *B I* n° 164 ; Civ. 1^{re}, 19 septembre 2007, n° 05-15139 ; Civ. 1^{re}, 14 janvier 2010, n°08-16760, *JCP* 2010 413, note L. Raschel, *RTD civ.* 2010, 332, obs. P. Jourdain, *JCP* 2010, doct. 1015, C Bloch

3 - Civ. 2^e, 25 janvier 1973, *D.* 1974, p. 230, note P. Porcher, *JCP* 1974. II. 17641, note A. Bénabent, *RTD civ.* 1973, p. 572, obs. G. Durry ; Crim. 6 juin 1990, *Bull. crim.* n° 224.

4 - Crim. 3 novembre 1983, *JCP* 1985. II. 20360, note Y. Chartier ; Civ. 1^{re}, 22 juillet 1985, *B I* n° 232 ; Civ. 2^e, 15 mai 1992, *B II* n° 143 ; 20 septembre 2005, *B II* n° 225.

5 - Civ. 1^{re}, 14 octobre 2010, n°09-69195, *D.* 2010, 2682, note, P. Sargos, *D.* 2011, 35, obs. O. Gout, *RTD civ.* 2011, 128, obs. P. Jourdain.

6 - CE 21 déc. 2007, *AIDA* 2008 n°3 p.135, même sens : CE 21 mars 2008, n° 266157 ; 15 mars 2013, n°337496 ; 6 février 2013, n° 344188

7 - Cass. 1^{re} civ., 7 févr. 1990, *D.* 1991, som. 183, obs. J. Penneau, *RTD civ.* 1990, 109, obs. P. Jourdain.

8 - Cass. 1^{re} civ., 8 juill. 1997, *JCP* 1997 II 22921, rapp. P. Sargos ; 27 févr. 2002, *RCA* 2002, com. 223.

9 - CE 5 janvier 2000, (arrêt *Telle*), *Rec. CE* p. 5, *JCP* 2000. II. 10271, note J. Moreau, *RCA* 2002, chr. 4 ; CE 2 février 2011 n° 323970

10 - Civ. 1^{re}, 4 février 1997, *RCA* 1997, comm. n° 113, note G. Courtieu, *D.* 1998, somm. 50, obs. H. Groutel

11 - Civ. 1^{re}, 18 juillet 2000, *B I* n° 224, *D.* 2000, p. 853, note Y. Chartier, *RCA* 2000, comm. n° 373, obs. H. Groutel, *Deffrénois* 2000, p. 1385, note J.-L. Aubert.

12 - Civ. 1^{re}, 8 juillet 1997, *B I* n° 238 et 239 ; *JCP* 1997. II. 22921, rapp. P. Sargos ; dans le même sens : Civ. 1^{re}, 27 février 2002, *JCP* 2002. IV. 3050, *RCA* 2002, comm. n° 223 ; CE 5 janvier 2000, précité.

13 - Com. 20 octobre 2009, n° 08-20274, *D.* 2009, p. 2971, note D. Houtciff, *JCP* 2009, 482, note S. Piédelièvre, *JCP* 2010, 456, obs. Ph. Stoffel-Munck

14 - Civ. 2^e, 17 février 2011, n° 10-17179 ; Com. 4 février 2014 n°13-10630 ; Civ. 2^e 13 janvier 2012, n°11-11703.

n'intervient que « lorsque la responsabilité d'un professionnel, d'un établissement, service ou organismes mentionné au I ou d'un producteur de produit n'est pas engagée ». Cette condition négative attribuée à la compétence de l'ONIAM a un caractère subsidiaire par rapport à la responsabilité. En raison de ce caractère subsidiaire, la responsabilité civile et la solidarité nationale n'interviennent que de façon alternative. La victime est indemnisée soit par le responsable, soit par le fonds. Or la responsabilité du médecin est bien engagée à l'égard du patient puisqu'il est tenu de réparer la perte de chance qu'a subie ce dernier d'éviter le dommage en raison de la faute commise.

Pourtant, la Cour de cassation ne s'est pas arrêtée à cet obstacle textuel. Elle a accepté d'élargir la compétence de l'ONIAM dans un cas bien particulier, celui de la faute d'information portant sur les risques d'accident médical. Dans un arrêt du 11 mars 2010, elle n'a pas hésité à casser partiellement l'arrêt d'appel qui avait écarté la demande complémentaire de la victime en se fondant sur le caractère subsidiaire de la compétence de l'office¹⁵. Aux termes d'un attendu de principe, la Cour énonce, au double visa des articles L.1142-1 et L.1142-18 du Code de la santé publique, qu'« il résulte du rapprochement de ces textes que ne peuvent être exclus du bénéfice de la réparation au titre de la solidarité nationale les préjudices, non indemnisés, ayant pour seule origine un accident non fautif ». Le Conseil d'État a même été plus loin dans la consécration de la complémentarité, dans un arrêt du 30 mars 2011, en admettant le cumul de la responsabilité des professionnels de santé et de l'indemnisation par l'ONIAM dans l'hypothèse d'un accident médical suivi d'une faute dans la prise en charge de cet accident ayant fait perdre au patient une chance de se soustraire à ses conséquences¹⁶.

Or l'arrêt commenté semble se situer à contre courant de cette jurisprudence. En effet, selon la Cour, la cassation de l'arrêt pour avoir réparé l'intégralité du préjudice corporel et non la seule perte de chance de l'éviter n'entraîne pas la cassation par voie de conséquence de la décision mettant hors de cause l'ONIAM. « *La cassation à intervenir sur le premier moyen du pourvoi principal, pris en sa première branche, n'emporte pas la cassation, par voie de conséquence, du chef du dispositif relatif au rejet des demandes de M. X... contre l'ONIAM qui n'en est ni la suite, ni l'application, ni ne s'y rattache par un lien de dépendance nécessaire* ». Autrement dit, la limitation de la réparation à la seule perte de chance ne permet pas en l'espèce au patient de réclamer un complément d'indemnisation à l'ONIAM. Est-on dès lors en présence d'un revirement de jurisprudence ?

Il ne le semble pas. A défaut d'opérer un revirement,

l'arrêt permet d'affiner le domaine de la complémentarité de la solidarité nationale par rapport à la responsabilité du praticien. La clé d'interprétation résulte de l'attendu même de la Cour de cassation selon lequel « lorsqu'une faute a été commise lors de la réalisation de l'acte médical qui est à l'origine du dommage, cette faute est exclusive d'une indemnisation au titre de la solidarité nationale, fondée sur les *risques* que comportait cet acte ». Autrement dit, l'intervention de l'ONIAM n'est légitime que lorsque le dommage résulte de la réalisation des « risques » que comportait l'acte médical, c'est-à-dire en présence d'un accident médical. Or il est des cas où la faute commise par le professionnel de santé se combine avec la réalisation d'un risque que comporte l'acte médical. C'est le cas en présence d'une faute d'information sur les risques de l'accident. La faute d'humanisme s'ajoute à l'accident médical et ne le supprime pas. C'est également le cas lorsque l'accident médical a été suivi d'une faute dans sa prise en charge ayant empêché d'en limiter les conséquences. Dans ces deux cas, les fautes médicales s'ajoutent à l'accident médical et ne l'excluent pas. Elles lui sont, soit préalables (faute d'information sur les risques), soit postérieures (faute dans la prise en charge du risque réalisé). Cela explique pourquoi la responsabilité du professionnel de santé, tenu de réparer le seul préjudice de perte de chance, peut se combiner avec la solidarité nationale, pour permettre au patient d'obtenir la réparation de l'entier dommage corporel résultant de la réalisation du risque. En revanche, ce n'est pas le cas dans l'arrêt commenté. En effet, la faute dans le choix de la technique opératoire est bien à l'origine du dommage, de sorte qu'elle exclut l'accident médical. Quant à la faute d'information dont il est fait référence en l'espèce, elle est particulière en ce qu'elle n'est que l'accessoire de la faute thérapeutique : les risques dont le médecin n'a pas informé le patient résultent de la technique opératoire dont le choix est fautif. C'est la faute technique principale qui exclut l'intervention de la solidarité nationale.

Par conséquent, seules les fautes « à l'origine du dommage » sont exclusives d'une indemnisation par l'ONIAM. L'équilibre voulu par le législateur est ainsi respecté : si le dommage a pour origine une faute, seule la responsabilité du professionnel de santé est engagée. Si le dommage résulte de la réalisation d'un risque inhérent à l'acte, il peut être pris en charge par l'ONIAM totalement ou partiellement, à titre exclusif ou complémentaire. La solution peut être approuvée dans la mesure où elle permet de redonner à la subsidiarité son véritable sens, en la limitant aux hypothèses de fautes techniques à l'origine du dommage. En revanche, la subsidiarité n'a pas lieu de jouer en présence d'un accident médical, c'est-à-dire lorsque les risques inhérents à l'acte se réalisent, peu importe si une faute médicale s'ajoute à l'accident, qu'il s'agisse d'une faute d'information sur l'existence du risque ou d'une faute postérieure à sa réalisation.

Mireille Bacache

15 - Civ. 1^{ère}, 11 mars 2010 n° 09-11.270, *JCP* 2010, 379 note P. Jourdain, *D.* 2010, p. 1119, note M. Bacache, *RDC* 2010, 855, obs. G. Viney, *D.* 2011, 35, obs. O. Gout ; *adde* : S. Hocquet Berg « La place du défaut d'information dans le mécanisme d'indemnisation des accidents médicaux », *RCA* 2010, ét. 5.

16 - CE 30 mars 2011 n° 327669, *RTDciv.* 2011, 550, obs. P. Jourdain : 80 % perte de chance et 20 % solidarité nationale