



HAL
open science

Le contentieux de la solidarité

Caroline Lantero

► **To cite this version:**

Caroline Lantero. Le contentieux de la solidarité. Actualité juridique Droit administratif, 2016, 07, pp.368. halshs-02220608

HAL Id: halshs-02220608

<https://shs.hal.science/halshs-02220608>

Submitted on 12 May 2020

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.

Le contentieux de la solidarité

AJDA 2016, p. 368.

Caroline Lantero, Maître de Conférences en droit public à l'Université d'Auvergne, Centre Michel de l'Hospital, EA 4232

L'un des objectifs majeurs de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, dite « Kouchner », était d'unifier et de stabiliser le régime de responsabilité médicale, ainsi que trouver un mécanisme satisfaisant de réparation des accidents présentant un caractère non fautif.

D'une part, la faute a été replacée au centre du régime de responsabilité médicale afin de le stabiliser. Très schématiquement, les dispositions de l'article L. 1142-1 du code de la santé publique consacrent un régime de responsabilité pour faute, avec des exceptions majeures toutefois s'agissant des produits de santé (v. sur ce point **CE 9 juillet 2003, AP-HP c. Marzouk, n° 220437, Leb. p. 338, AJDA 2003. 1946, note M. Deguegue; D. 2003. IR 2341 ; CJUE 21 décembre 2011, CHU de Besançon, n° C-495/10, D. 2012, note Borghetti, Dr. Adm. 2012, Comm. 42, note C. Lantero ; et CE 12 mars 2012, CHU de Besançon, n° 327449, Leb. p. 84 ; CE 25 juillet 2013, Falempin, n° 339922, Leb. p. 226**) et des infections nosocomiales, qui relèvent pour partie d'un régime de responsabilité « de plein droit » (v. **CE 6 mars 2015, centre hospitalier de Roanne, n° 368520, AJDA 2015, 1379, note C. Lantero**).

D'autre part, l'« aléa thérapeutique » était au cœur de divergences devenues trop fortes entre un juge judiciaire pour qui « *la réparation des conséquences de l'aléa thérapeutique* » n'entraîne « *pas dans le champ des obligations dont un médecin est contractuellement tenu à l'égard de son patient* » (**Cass. Civ. 8 novembre 2000, Destandau c. Tourneur et MSA, n° 99-11735, Bull. 2000 I, 287**) et un juge administratif qui admettait la responsabilité sans faute des établissements (**CE, Ass., 9 avril 1993, Bianchi, n° 69336, Leb. p. 127, concl. S. Dael**). Les travaux parlementaires ont souligné ces disparités et ont tendu vers la recherche d'un mécanisme d'indemnisation fondé sur la solidarité nationale, s'inscrivant dans ce mouvement continu de « socialisation du risque » (**Conseil d'État, Responsabilité et socialisation du risque, EDCE, n° 56, 2005, La Doc. française, p. 242**), la solidarité représentant un devoir d'assistance qui peut être regardé comme préexistant à la responsabilité (**A. Frank, Quelle place pour la solidarité nationale ? RDSS 2015, p. 68**). C'est pourquoi le II de l'article L. 1142-1 énonce que lorsque la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement n'est pas engagée, la survenance d'un accident médical, d'une affection iatrogène ou d'une infection nosocomiale ouvre droit à la réparation des préjudices au titre de la solidarité nationale lorsque ces préjudices atteignent un certain seuil de gravité et d'anormalité. Cette indemnisation de l'aléa médical fondée sur la solidarité nationale sera l'objet de la présente contribution.

L'Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales (ONIAM), institué par la loi Kouchner (article L. 1142-22 du code de la santé publique) a été désigné comme l'organisme payeur au titre de la solidarité nationale. Il n'intervient pas seulement dans ce cadre puisque ses missions ont été considérablement étendues depuis. La loi n° 2002-1577 du 30 décembre 2002 relative à la responsabilité civile l'a très rapidement désigné comme interlocuteur unique lorsque les dommages issus d'une infection

nosocomiale atteignent un certain seuil de gravité (article L. 1142-1-1 du code de la santé publique), et lui a également confié la charge d'indemniser les dommages résultant de l'utilisation des hormones de croissance (L. 1142-22). La loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique lui a transféré la charge des dommages résultant de vaccinations obligatoires (article L. 3111-9) et du VIH transfusionnel (article L. 3122-1), ainsi que les dommages issus de la recherche biomédicale lorsque la responsabilité du promoteur ne peut pas être engagée (art. L. 1121-10). La loi n° 2007-294 du 5 mars 2007 relative à la préparation du système de santé à des menaces sanitaires de grande ampleur lui a confié l'indemnisation des accidents résultant de mesures sanitaires d'urgence (art. L. 1142-22). La loi n° 2008-1330 du 17 décembre 2008 de financement pour la sécurité sociale l'a substitué à l'EFS pour les dommages résultant de contamination transfusionnelle par le virus de l'hépatite B (art. L. 1142-22). La loi n° 2012-1404 du 17 décembre 2012 de financement de la sécurité sociale pour 2013 a élargi le bénéfice de la solidarité nationale aux victimes de contaminations transfusionnelles du virus de l'hépatite B et T-Lymphotropique humain (article L. 1142-22). Enfin, la loi n° 2011-900 du 29 juillet 2011 de finances rectificatives pour 2011 lui a confié la charge d'indemniser les victimes du Benfluorex (Médiator®). Au sein de ces missions, l'Office intervient soit comme simple débiteur d'indemnité, soit comme fonds de garantie, avec la possibilité d'exercer une action récursoire contre le responsable ou son assureur. L'Office intervient également comme fonds de garantie en cas de faute médicale, lorsqu'à l'issue d'une procédure amiable devant la Commission de Conciliation et d'indemnisation (les « CRCI » sont devenues des « CCI » en 2012), un établissement de santé est désigné comme responsable, mais que son assureur ne donne pas de suites indemnitaires. Dans cette situation, l'Office est subrogé dans les droits de la victime (art. L. 1142-15). S'il indemnise un dommage que la CCI aura considéré comme entrant dans le champ d'application de la solidarité nationale, mais qu'il estime être imputable à un manquement de l'établissement de santé, il dispose alors d'une action récursoire contre celui-ci (art. 1142-17). On pouvait d'ailleurs légitimement s'attendre à ce que l'Office devienne très vigilant sur l'étendue de ses obligations, compte tenu notamment des difficultés budgétaires classiques que rencontrent les établissements publics administratifs et de l'augmentation de ses missions.

Eu égard aux régimes énoncés, se fondant sur une stabilisation du régime et non sur sa clarté, il n'est guère étonnant qu'un véritable contentieux de la solidarité se soit développé. Les développements qui suivent se concentrent sur l'indemnisation des seuls accidents médicaux et des infections nosocomiales prévue par les dispositions de l'article L. 1142-1 du code de la santé publique, et seulement, donc, lorsque l'ONIAM intervient comme fonds d'indemnisation, non comme fonds de garantie. Même avec cette limite, l'ONIAM se retrouve régulièrement devant le juge, soit parce que la solidarité doit être au centre des débats (I), soit parce qu'il entend réduire l'intervention de la solidarité (II). Les développements qui suivent font un bilan de ces rencontres à la lumière des jurisprudences récentes.

I) La solidarité au centre

A) Le juge convoque la solidarité

En premier lieu, lorsque la solidarité n'intervient pas spontanément, il faut inviter l'ONIAM. L'article L. 1142-21 du code de la santé publique prévoit depuis 2002 que lorsque la juridiction, saisie d'une demande d'indemnisation, estime que les dommages sont indemnisables au titre de la solidarité nationale, « l'office est appelé en la cause s'il ne l'avait pas été initialement ». Il appartient au juge d'appeler en cause l'ONIAM, au besoin d'office, et nécessairement après avoir recherché si la réparation du dommage relève de l'indemnisation par l'ONIAM (CE 30 mars 2011,

n° 320581, *Mme Joncour*, **Leb. 145 ; AJDA 2011. 711**). Malgré la clarté de cette rédaction il a fallu attendre un arrêt de 2014 pour que la règle soit stabilisée, y compris au sein d'une procédure en référé provision (**CE 5 février 2014, centre hospitalier de Cambrai, n°362351, Leb. T. ; AJDA 2014. 313 ; D. 2014. 2021, obs. A. Laude**). Dans les procédures de référé expertise (art. 532-1 du code de justice administrative) où, en toute logique, l'étendue du dommage n'est pas encore connue, le juge ne le fait toujours pas et pourrait d'ailleurs préjudicier au fond en évaluant si tôt la gravité des dommages. Il appartient aux parties de penser à solliciter l'appel en cause de l'ONIAM. En outre, cela permet d'éviter le moyen systématiquement opposé au fond par l'ONIAM au terme duquel l'expertise judiciaire prescrite ne lui est pas opposable, car elle n'a pas été ordonnée et réalisée à son contradictoire. Même si le juge du fond écarte bien souvent ce moyen dès lors que le rapport d'expertise est communiqué à l'ONIAM qui est ainsi « mis en mesure de présenter ses observations sur ledit rapport » et que « la circonstance que l'expertise se soit déroulée au seul contradictoire des parties initialement présentes dans la procédure n'est pas de nature à faire obstacle à l'application des dispositions de l'article L. 1142-21 » (par ex. **CAA Marseille, 4 juin 2015, C., n°13MA03405**), il relève d'une bonne administration élémentaire de la justice d'inviter l'ONIAM dans l'instruction dès les premières étapes.

En second lieu, lorsque le fondement de l'indemnisation par la solidarité nationale n'est pas soulevé, le juge doit le faire. Si dans un arrêt du 6 mars 2015 le Conseil d'État a estimé que le régime de responsabilité de plein droit des établissements au titre des infections nosocomiales était d'ordre public (**CE 6 mars 2015, Centre Hospitalier de Roanne, préc.**) et que l'on a pu s'interroger sur la justification d'un tel caractère d'ordre public, celui de l'intervention de la solidarité nationale pose moins de difficulté. Conséquence logique de l'obligation légale d'appeler l'ONIAM en cause lorsque le champ d'intervention de la solidarité nationale semble être ouvert, le moyen tiré de ce que les dommages sont indemnifiables par celle-ci est d'ordre public et le juge doit si nécessaire le relever d'office même si aucune conclusion n'a été présentée en ce sens. En pratique, le juge ne devrait pas avoir à soulever d'office un tel moyen puisqu'il est tenu, en application des dispositions de l'article L. 1142-21 du code de la santé publique d'attirer l'ONIAM en la cause lorsque l'affaire met en évidence un accident non fautif ou une infection nosocomiale dont les dommages atteignent le seuil de gravité requis. Un seul arrêt de cour administrative d'appel, ainsi qu'un jugement isolé du tribunal administratif d'Amiens mettent en relief l'utilisation du « MOP » tiré de ce que les dommages sont susceptibles d'être indemnisés au titre de la solidarité nationale (**CAA Marseille, 4 juin 2015, C., n°13MA03405 ; TA Amiens, 24 février 2012, H. et S., n° 0901403**).

B) La solidarité chasse la responsabilité

Le caractère subsidiaire du régime d'indemnisation au titre de la solidarité nationale n'a jamais fait débat. Les termes de la loi sont très clairs sur ce point : « *Lorsque la responsabilité (...) n'est pas engagée, un accident médical, une affection iatrogène ou une infection nosocomiale ouvre droit à la réparation des préjudices (...) au titre de la solidarité nationale* ».

Pourtant, le juge a parfois inversé le principe. Une première fois parce que la loi le permet – à tout le moins temporairement – avec les dispositions de l'article L. 1142-1-1 du code de la santé publique issues de la loi du 30 décembre 2002, mais qui ont dû attendre l'éclairage du Conseil d'État pour recevoir pleine application (**CE, ord., 21 mars 2011, CH de Saintes, n° 334501, Leb. p. 132 ; AJDA 2011. 594 ; RFDA 2001. 329, étude C. Alonso, Gaz. Pal. 2011. N°216, p. 11 note C. Lantero**). En ce qui concerne les infections nosocomiales et dès lors que les dommages atteignent le seuil de gravité fixé par les textes (le plus souvent 24% d'atteinte à l'intégrité physique et psychique, mais voir l'art. D. 1142-1 du code de la santé publique pour les autres seuils prévus), l'ONIAM est tenu d'assurer la réparation au titre de la solidarité nationale et ne peut

s'exonérer de cette obligation en évoquant une éventuelle faute à l'origine du dommage. Encore moins peut-il invoquer, comme il le faisait jusqu'alors, l'absence de cause étrangère susceptible d'engager la responsabilité de plein droit de l'établissement de santé prévue à l'article L. 1142-1. Tout au plus peut-il engager (même dans le cadre d'une procédure en référé) une action subrogatoire sur le fondement des dispositions de l'article L. 1142-17 ou une action récursoire sur le fondement des dispositions de l'article L. 1142-21, et seulement en cas de « manquement caractérisé » de l'établissement « aux obligations posées par la réglementation en matière de lutte contre les infections nosocomiales » (sur la mutation du régime de responsabilité en fonction de la gravité du dommage v. **C. Lantero, Que reste-t-il des fondements de la responsabilité sans faute des établissements publics de santé ?, RDSS, 2015, p. 37**). Dans cette affaire l'opposant au centre hospitalier de Saintes dans le cadre d'un référé provision, l'ONIAM a d'ailleurs introduit une action récursoire, qui fut rejetée par le juge du fond (**CAA Bordeaux, 18 décembre 2012, ONIAM c. centre hospitalier de Saintes, n° 11BX02376**).

Et c'est précisément en cassation de cet arrêt de la cour bordelaise que le Conseil d'État a aménagé une seconde inversion du principe de subsidiarité en écartant un autre fondement de responsabilité au profit de la solidarité (**CE 28 novembre 2014, ONIAM, n°366154, au Leb., AJDA 2014. 2333 ; RTD Civ. 2015. 154, note P. Jourdain**). Il a d'abord précisé que l'action récursoire ouverte à l'ONIAM en vertu des dispositions de l'article L. 1142-21 du code de la santé publique n'était pas limitée à la démonstration d'un « *manquement caractérisé aux obligations posées par la réglementation en matière de lutte contre les infections nosocomiales* », mais à toute « *faute établie à l'origine du dommage* », en ce compris une faute ayant fait perdre une chance d'éviter l'infection nosocomiale, en l'espèce, le défaut d'information. Conséquence classique du développement de la théorie de la perte de chance, une faute qui ne provoque pas nécessairement le dommage, mais qui fait perdre une chance de l'éviter est considérée comme une « faute à l'origine » dudit dommage. En droit de la responsabilité hospitalière, les deux manquements susceptibles de faire perdre une chance de se soustraire à un dommage sont le retard de diagnostic et le défaut d'information. Le Conseil d'État élargit donc considérablement la fenêtre récursoire de l'ONIAM, limitée jusqu'à présent dans les affaires jugées aux seuls manquements aux règles d'hygiène et d'asepsie. Dans l'affaire soumise à la juridiction, le manquement soulevé par l'ONIAM portait sur le défaut d'information quant au risque d'infection nosocomiale. Il était à prévoir que ce moyen soit un jour soulevé, tant le défaut d'information est devenu une branche phare (pour ne pas dire l'argument balai) du moyen tiré de la responsabilité fautive des professionnels et établissements de santé (**voir dans ce dossier la contribution d'A. Minet**). La réponse de la Haute Juridiction administrative a été d'écarter le défaut d'information comme faute susceptible de fonder l'action récursoire de l'ONIAM. Non pas, comme l'avait fait la Cour, en disqualifiant le manquement comme ne pouvant pas être la cause directe de l'infection nosocomiale, mais seulement à l'origine d'une perte de chance, mais parce que, selon le Conseil d'État, qui a opéré une substitution de motif, « le législateur n'a pas entendu permettre à l'office, dans le cadre de son action récursoire (...), de se prévaloir de la méconnaissance du droit » des patients à être informés des risques. Cette réponse a probablement rassuré les professionnels et établissements de santé, et apporté une limite pragmatique au développement exponentiel des sanctions du défaut d'information tout en neutralisant finalement l'élargissement du champ de l'action récursoire de l'ONIAM opéré par le même arrêt. Pour autant, la solution du Conseil d'État n'emporte pas totalement la conviction tant la démonstration confine au comminatoire : « *le législateur n'a pas entendu* ». Certes, la lecture des travaux parlementaires de la loi n° 2002-1577 du 30 décembre 2002 relative à la responsabilité civile qui a mis en place le dispositif de l'article L. 1142-1-1 et, par voie de conséquence, précisé le champ des actions subrogatoire (Art. L1142-17) et récursoire (L1142-21), éclaire assez nettement sur la volonté du législateur de rassurer les assureurs en raison du risque nosocomial : « *Le dispositif (...) répartit de manière plus équilibrée la*

charge financière que représente cette indemnisation » ; sans totalement déresponsabiliser les établissements de santé : « *Le risque serait que le transfert à la charge de la solidarité nationale de l'indemnisation des dommages graves provoqués par les infections nosocomiales contribue à déresponsabiliser les établissements de santé (...). La lutte contre les infections nosocomiales est un enjeu essentiel de santé publique* » (Proposition de loi n°33 de N. About). La sanction du défaut d'information n'apparaît effectivement pas au nombre des objectifs visant à maintenir la « responsabilisation » des établissements de santé. Pour autant, la solution du Conseil d'État conduit à écarter plus généralement la méconnaissance d'un droit du patient, en tant que droit personnel dont l'ONIAM ne peut se prévaloir dans le cadre d'une action récursoire (mais qu'il pourrait invoquer dans le cadre d'une action subrogatoire ?). La Cour de cassation a concomitamment jugé *exactement* (c'en est presque troublant) la même chose dans un arrêt du 18 décembre 2014, en procédant à la même substitution de motif et en disqualifiant de manière identique le droit personnel à l'information comme fondement de l'action récursoire de l'ONIAM (Cass. 1^e civ, 18 décembre 2014, Oniam c/ Dr Y., n° 13-21.019, publié au Bull.). Ce raisonnement, au demeurant assez déresponsabilisant (ce que n'avait certainement pas entendu admettre le législateur) peine à convaincre (voir A. Guégan-Lécuyer, *Articulation responsabilité/solidarité*, Gaz. Pal., 2015, n°15, p. 16 ; J. Knetsh, *Précisions sur l'étendue des actions récursoires de l'ONIAM*, JCP G 2015. 217), et la solidarité chasse la faute.

II) La solidarité à la marge

A) La réduction du champ d'intervention aux seuls malades

Sauf en matière d'infection nosocomiale grave où l'ONIAM paye d'abord et réfléchit ensuite sur l'éventuelle responsabilité de l'établissement, le principe de subsidiarité domine. La solidarité nationale n'intervient que si les établissements et professionnels n'ont pas commis de faute. Cela suppose toutefois que les dommages soient consécutifs à « *un acte de prévention, de diagnostic ou de soins* » (article L. 1142-1 I), que ces conséquences soient « anormales » et graves (article L. 1142-1 II) et que les situations dans lesquelles interviennent à la fois une faute et un accident ne compliquent pas trop l'équation, le juge administratif étant de plus en plus attiré par la théorie de l'équivalence des conditions.

La condition tenant à ce que le dommage soit imputable à un acte de prévention, de diagnostic ou de soins ne semblait pas devoir soulever de difficulté. Elle est d'ailleurs plus souple que la condition exigée sous l'empire du régime de responsabilité sans faute issu de la jurisprudence Bianchi aux termes de laquelle les dommages devaient être la conséquence d'un acte « *nécessaire au diagnostic ou au traitement* » du malade (CE, Ass. Bianchi, 9 avril 1993, n°69936, Leb. p. 137, concl. S. Dael, RFDA 1993. 573), et qui avait d'ailleurs été assouplie puisque le champ d'application de la responsabilité sans faute a été étendu au « patient » et non plus au seul « malade », afin de ne pas exclure du bénéfice de l'indemnisation de l'aléa thérapeutique les femmes enceintes ou les personnes sollicitant une intervention chirurgicale de convenance (CE 3 novembre 1997, Hôpital Joseph-Imbert d'Arles, n° 153686, Leb. p. 412, RFDA 1998, p. 410, concl. V. Péresse). Et pourtant, la porte de l'indemnisation vient de se refermer pour les patients qui ne sont pas malades. Ainsi, et alors que curieusement la question n'avait pas encore été soumise à la juridiction administrative, mais que la Cour de cassation venait de reconnaître le bénéfice de l'indemnisation par la solidarité nationale aux patients de la chirurgie esthétique (Cass. Civ. 1^e, 5 février 2014, n° 12-29.140, Bull. 2014, I, n°21), les « *dommages imputables à des actes dépourvus de finalité préventive, diagnostique, thérapeutique ou reconstructrice* » ont été exclus du champ de l'indemnisation au titre de la solidarité nationale par la loi de financement

pour la sécurité sociale pour 2015 avec l'insertion d'un nouvel article L. 1142-3-1 au sein du code de la santé publique. Le législateur ne se cache pas de réagir à l'arrêt de la Cour de cassation dont la solution est « *contraire à la position constante de l'ONIAM* » (sic !) (**Rapport n° 83 fait au nom de la commission des affaires sociales. V. L. Bloch, Quand l'ONIAM guide la plume du législateur pour briser une jurisprudence...**, *Resp. civ. et assur.* 2014, alerte 33). Une telle réduction du champ d'intervention de la solidarité n'était pas prévue lors de l'élaboration de la loi Kouchner (mais certes, l'ONIAM n'existait pas encore pour faire entendre sa voix) qui ne prévoyait d'écarter du mécanisme que les accidents de la vie hospitalière relatifs à l'entretien, à l'hôtellerie ou aux « soins non médicaux » (**Rapport n° 3263 Tome III fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociale sur le projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé**). En outre, on comprend difficilement la dichotomie qui permet de qualifier la chirurgie comme acte de soin dans le cadre du régime de responsabilité (CAA Bordeaux, 8 janvier 2013, M. n° 11BX02884 ; TA Nice, 20 avril 2012, B., n° 1000426) et de l'exclure de la qualification dans le cadre de l'indemnisation par la solidarité nationale. De plus, cette exclusion ne manquera pas de soulever des questions éthiques et médico-légales vis-à-vis desquelles le juriste est vite désarmé s'agissant par exemple de la fonction thérapeutique de la chirurgie *a priori* « purement » esthétique. Enfin et surtout, compte tenu de la rédaction plutôt elliptique de la loi qui ne vise pas spécifiquement la chirurgie esthétique, cette dernière sera-t-elle la seule exclue du champ d'intervention de la solidarité nationale en cas de dommages accidentels ? A terme, et parce qu'on les regardera comme des « *actes de pure convenance personnelle* » (termes utilisés dans les études d'impact du PLFSS pour 2015), va-t-on exclure les IVG non thérapeutiques, les poses d'implant contraceptif (CAA Versailles, 8 novembre 2011, K., n° 10VE04027), les circoncisions rituelles ? Et alors qu'il n'existe pas ou peu de jurisprudences d'espèce portant sur ces questions (tant au regard de la faute qu'au regard de l'accident médical), fallait-il vraiment légiférer pour fermer cette porte et en ouvrir une autre sur le vide ?

Autre exclusion, peut-être moins empreinte de jugement de valeur ou d'un écho à une « *position constante de l'ONIAM* », et moins limitée à la seule solidarité nationale, l'exclusion de l'accouchement « normal » en tant qu'acte de soin. Principale cause d'hospitalisation en France, l'accouchement par voie basse n'est pas considéré par l'ONIAM comme un acte médical, mais comme un acte naturel (que le lecteur se prépare, la nature n'est pas toujours bien faite) comportant certes des risques, mais qui ne peuvent engager la responsabilité ou la solidarité. Les juges du fond écartent régulièrement les moyens tirés du défaut d'information relatifs aux risques présentés par un accouchement (CAA Douai, 30 mai 2006, V., n° 05DA00239 ; CAA Douai, 3 juillet 2007, C., n° 06DA01178). Évidemment, dès qu'une intervention est nécessaire, par exemple une anesthésie péridurale, une césarienne, une épisiotomie ou des manœuvres effectuées par une sage-femme, qui sont des actes de soin, les dispositions de l'article L. 1142-1 trouvent à s'appliquer sur le fondement de la responsabilité fautive comme sur le fondement de l'indemnisation par la solidarité nationale (CAA Marseille, 5 juillet 2011, S., n° 09MA01455 ; CAA Marseille, 19 juin 2014, S. n° 13MA04142). Reste la question des accouchements lors desquels l'équipe n'intervient pas médicalement et qui connaissent des « complications », naturelles, mais potentiellement importantes et invalidantes (rupture du sphincter anal : CAA Douai, 30 mai 2006, V., n° 05DA00239 ; hémorragie : CAA Nantes, 31 mars 2011, M., n° 10NT00884) ou dramatiques (décès de l'enfant resté bloqué dans le bassin : CAA Douai, 3 juillet 2007, C., n° 06DA01178). Lorsque ces complications auraient pu être évitées par une attitude thérapeutique (le choix de pratiquer une césarienne ou de ne pas le faire est une décision médicale), la responsabilité de l'établissement peut être engagée (CAA Lyon, 9 juillet 2015, Z., n° 14LY01483) ...mais la solidarité nationale ne peut pas être convoquée (CAA Bordeaux, 12 janvier 2016, F., n° 14BX01085). Le Conseil d'État n'a pas encore eu l'occasion d'arbitrer ce point, mais la position des juges du fond (et de l'ONIAM) tendant à disqualifier systématiquement

l'accouchement en tant qu'acte de soin peine à convaincre (voir en ce sens la note de **S. Porchy-Simon** sous Cass. Civ., 1^e, 5 février 2014, n° 12-29140, D., 2014, p. 701). Plus discutable encore paraît la solution du juge qui estime qu'une rupture utérine est un accident de naissance sans lien avec un acte de soin, alors pourtant que des inducteurs de contractions (qui facilitent grandement ce type d'accident) ont été administrés (CAA Marseille, 4 juin 2015, n° 13MA01401, Gaz. Pal. 2015, n°288, p. 15, concl. C. Chamot). Nous ne pouvons que souscrire aux propos de Fabienne Lambolez dans ses conclusions sur l'arrêt *Oniam* du 12 mars 2014 et pour qui il paraît « *difficilement contestable, qu'un accouchement dans un établissement de soins, même par les voies naturelles, donne lieu à des actes médicaux ; au minimum l'enregistrement du rythme cardiaque du fœtus, les examens internes pratiqués sur la mère, les soins de la délivrance, qui sont effectués de manière systématique* » (Concl. sur CE 12 mars 2014, *Oniam* c. B., n° 359471, Leb. T.).

B) La très spéciale anormalité du préjudice

Si le législateur a été très précis s'agissant du seuil de **gravité du dommage** à partir duquel la solidarité nationale intervient et qui se mesure à la lumière d'un taux d'atteinte à l'intégrité physique ou psychique (également encore appelé déficit fonctionnel permanent) supérieur à 24% (taux fixé par décret, article D. 1142-1 du code de la santé publique), il l'a été beaucoup moins sur le **critère de l'anormalité**, et le Conseil d'État en a récemment fixé les contours qui, à notre sens, limitent encore davantage le champ d'intervention de la solidarité nationale. Sous l'empire de la jurisprudence *Bianchi*, le dommage devait être « *sans rapport avec l'état initial* », ce qui avait soulevé des difficultés d'interprétation entre une conception maximaliste exigeant qu'il n'y ait strictement aucun rapport entre l'état initial et le dommage, et une conception « proportionnaliste » exigeant que le dommage soit simplement hors de proportion avec l'état initial. Les conclusions du commissaire du gouvernement sur l'arrêt fondateur invitaient à retenir le second (**S. Dael**, Concl sur CE, Ass., 13 nov. 1993, *Bianchi*, préc.), mais la question se posait toutefois encore par la suite (**D. Chauvaux**, concl. sur CE 14 octobre 2002, *M^{me} F. et autres*, n° 210627, AJDA 2003. 255). Si la juridiction administrative a globalement fait application du critère de disproportion « éclatante » (**S. Dael**, Concl. préc.), ou de l'« anormalité flagrante » (**D. Chauvaux**, Concl. préc.), ou du « décalage massif » (**T. Olson**, Concl. sur CE 25 juillet 2007, *M^{me} R. et autres*, n° 293793, Leb. T. p. 106), c'était sans grille de lecture véritablement claire et avec la tentation de convoquer également la spécialité du préjudice dans l'appréciation des conditions d'engagement de la responsabilité sans faute.

La loi exige désormais que les conséquences du dommage soient, pour la victime, « *anormales au regard de son état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci* ». On pouvait penser que la grille de lecture allait s'affiner, que le critère de la probabilité du risque avait disparu et que l'exigence de spécialité du dommage allait être assouplie (**V. F. Langrognet**, *L'errance diagnostique du juge administratif*, RFDA 2012. 319). Tel n'est pas le cas à la lumière des récentes jurisprudences du Conseil d'État. Après avoir estimé que l'anormalité du dommage s'appréciait en tenant compte de l'exposition particulière du patient au risque et du caractère indispensable de l'intervention (CE 16 décembre 2013, *Audy*, req n° 354268, Leb. T. p. 806, AJDA 2014, p. 1014) et ainsi cédé à l'attraction de la rigoureuse jurisprudence *Bianchi*, la Haute juridiction administrative a proposé une nouvelle méthode d'évaluation de l'anormalité du dommage par deux arrêts du 12 décembre 2014 (CE 12 décembre 2014, *ONIAM* c. *Bondoni*, req n° 355052 et CE 12 décembre 2014, *M^{me} Bourgeois*, req n° 365211 ; AJDA 2015. 769, note **C. Lantero**, RDSS 2015. 279, Concl. **F. Lambolez**). Écartant de manière heureuse toute considération relative au caractère indispensable de l'intervention (qui ne doit intervenir que dans le régime de responsabilité fautive pour mesurer une éventuelle perte de chance de se soustraire à une intervention), le Conseil d'État propose une évaluation de l'anormalité fondée sur un critère principal de pure comparaison de l'état de santé et sur un critère subsidiaire lorsque le premier n'est pas rempli. La « *condition d'anormalité du dommage (...) doit toujours être regardée*

comme remplie lorsque l'acte médical a entraîné des conséquences notablement plus graves que celles auxquelles le patient était exposé de manière suffisamment probable en l'absence de traitement ». Ce rapport de comparaison doit être établi à la lumière de la distinction entre l'état de santé auquel le patient était exposé sans l'intervention thérapeutique et l'état de santé résultant de l'accident médical. Ce critère intègre explicitement les termes de la loi quant à l'appréciation de l'évolution prévisible de l'état initial. Le juge administratif ne doit donc plus comparer l'état initial et l'état postérieur à l'accident, ni même comparer l'état escompté et l'état postérieur à l'accident. Il aura désormais la tâche de devoir mesurer cette « évolution prévisible » alors qu'elle n'a précisément pas eu lieu. De sérieuses difficultés vont émerger, d'autant que l'ONIAM ne manquera pas de tenter de démontrer, dans ses écritures contentieuses, que l'évolution prévisible de l'état de santé de la victime était délétère. Ce n'est d'ailleurs jamais totalement faux. Sauf à se soumettre à un acte ou un traitement qui n'a aucune visée thérapeutique (auquel cas, la solidarité nationale n'intervient de toute façon plus), subir une intervention tend généralement à éviter une évolution prévisible défavorable de son état de santé. Sur les dix arrêts de cours administratives d'appel recensés à la suite des arrêts du Conseil d'État, une seule affaire a permis de regarder la condition d'anormalité comme remplie grâce au seul critère comparatif. En l'espèce, la patiente avait été hospitalisée pour un kyste ovarien et a été victime d'une lésion accidentelle lui ayant causé de grandes douleurs chroniques et une incapacité de travail de plus de 6 mois (CAA Marseille, 4 juin 2015, Mme C. c. centre hospitalier de Grasse et Oniam, n° 1303405, Gaz. Pal., 2015. 330, p. 12, concl. C. Chamot). Si ce critère est rempli en revanche, nul besoin de s'intéresser au deuxième (en ce sens CAA Marseille, 4 juin 2015, Mme C. préc.).

Lorsque ce critère purement comparatif n'est pas rempli, le Conseil d'État propose de regarder si « dans les conditions où l'acte a été accompli, la survenance du dommage présentait une probabilité faible » (CE 12 décembre 2014, Mme Bourgeois, préc. ; CE 15 avril 2015, Mme Hauet Lelarge, n° 370309), ce qui n'est pas le cas lorsque la gravité de l'état du patient « conduit à pratiquer un acte comportant des risques élevés dont la réalisation est à l'origine du dommage » (CE 12 décembre 2014, Mme Bourgeois, préc.). La Haute juridiction réintroduit ainsi deux des conditions drastiques de la jurisprudence *Bianchi* avec la prise en compte de l'exposition particulière du patient au risque et la probabilité statistique de réalisation du risque. Sur ce dernier point, les commentaires n'ont jamais été aussi unanimes pour dénoncer ici la tentation du retour à la jurisprudence *Bianchi*, là le rétrécissement du champ d'intervention de la solidarité nationale, voire l'appréciation *contra legem* à laquelle s'est livré le juge (V. P. Jourdain, Conséquences anormales de l'acte médical : le Conseil d'État précise les critères de l'anormalité, RTD civ. 2015. 401 ; J. Mahmouti, L'anormalité des conséquences d'un acte médical, RFDA 2015. 565 ; C. Lantero, Précisions sur l'anormalité du préjudice, AJDA 2015. 769 ; S. Hocquet-Berg, La solidarité nationale réduite à peau de chagrin, Resp. Civ. et assur., février 2015, étude n°2 ; M. Bacache, Accidents médicaux : conditions d'indemnisation par l'ONIAM, JCPA 2015, 193 ; V. Vioujas, Précisions sur les critères d'anormalité du dommage médical permettant la prise en charge par l'ONIAM, JCPA 2015, 2136 ; ainsi que l'analyse d'anticipation proposée par F. Langrognet, L'errance diagnostique du juge administratif, préc.). La critique était d'autant plus empreinte d'inquiétude que si le Conseil d'État évoque une « probabilité faible », sans préciser ce qu'il entend par faible, on se souvient encore de sa façon d'apprécier le caractère « exceptionnel » du risque sous l'empire de la jurisprudence *Bianchi*, lequel n'était pas considéré comme rempli lorsque l'occurrence du risque était de 2% (CE 15 janvier 2001, AP-HP, req. n° 195774, Leb. T. ; voire de « 1 à 2% » : CAA Nancy, 16 juin 2005, Conte, n° 02NC00788).

L'arrêt Tonnelier du 29 avril 2015 (CE 25 avril 2015, Tonnelier c. ONIAM, n° 369473, AJDA 2015. 901 ; RDSS 2015. Obs. D. Cristol ; au Lebon) confirme que la faible probabilité de survenance du dommage sera difficile à établir et que ce n'est pas la probabilité intrinsèque du

risque qui doit être prise en compte, mais la probabilité que survienne le dommage compte tenu des conditions dans lesquelles l'acte a été accompli. Dans cette affaire, le critère principal d'anormalité n'était pas rempli (la patiente est décédée, mais avait été prise en charge à l'hôpital dans un état gravissime suite à un accident de la circulation) et le juge a dû rechercher si le critère alternatif l'était, au regard de la probabilité que le risque (en l'espèce une complication cardiovasculaire) se réalise. Le risque a été évalué à 35%, ce qui – sans surprise – n'est pas une probabilité faible (voir également pour un risque considéré comme élevé à 15% : **CAA Nantes, 21 janvier 2016, E., n° 15NT01276**, et pour un risque estimé à 0.5% à 0.8% et logiquement validé comme faible **CAA Lyon, 5 novembre 2015, H. n° 14LY01478**). Mais pour aboutir à cette appréciation, le Conseil d'État valide une appréciation globale des facteurs ayant concouru au dommage, au nombre desquels l'exposition au risque. En l'espèce, il y a eu un déplacement non fautif du cathéter, mais la patiente présentait une exposition particulière en raison de polyfractures graves résultant de l'accident de la route et d'une pathologie cardiovasculaire. En réalité, le juge n'a pas recherché la probabilité intrinsèque du risque (qui semble être, d'après la littérature scientifique disponible, de l'ordre de 6% s'agissant des déplacements de cathéter veineux centraux sous-claviers), mais la probabilité que le risque se réalise compte tenu de l'état initial de la patiente (un polytraumatisme grave et un antécédent). En pratique, la probabilité que le *dommage* (arrêt circulatoire) se réalise s'est substituée à la probabilité que le *risque* propre à l'acte médical se réalise (déplacement du cathéter). Invitant la théorie de l'équivalence des conditions dans l'équation, le Conseil d'État confirme que le critère d'anormalité du risque s'est considérablement durci.

*

En somme, l'ONIAM tient la plume du législateur et est particulièrement pugnace dans le contentieux de la solidarité. Dans une certaine mesure, il pilote même les montants de l'indemnisation au titre de la solidarité nationale et au titre de toute la responsabilité hospitalière puisque son « référentiel indicatif d'indemnisation » est utilisé de manière constante (**C. Maugué et J.-P. Thiellay, *La responsabilité du service public hospitalier*, LGDJ système, 2010, p. 145**. V. aussi **CE 28 mai 2014, AP-HP, n° 351237**, faisant une application rigoureuse de ce référentiel), alors qu'il est unanimement critiqué par les praticiens comme très en deçà des référentiels utilisés par les juridictions de l'ordre judiciaire. La loi Kouchner n'a donc pas créé une « machine à indemniser » comme le soulignaient les premières critiques (**S. Hocquet-Berg et F. Vialla, *Morceaux choisis sur les premiers grincements de la « machine à indemniser » les accidents médicaux*, JCP Cahiers droit de l'entreprise, 2004, 18**). A tout le moins, l'ONIAM n'est certainement pas une telle machine. Si on peut souscrire aux limites du « tout indemnisable » et au fait que « *derrière la référence consacrée à la solidarité nationale se dissimule en réalité de l'argent public* » (**V. Vioujas, *Précisions sur les critères d'anormalité du dommage médical permettant la prise en charge par l'ONIAM*, JCP A 2015. 2136**), on comprend plus difficilement que l'ONIAM se ménage un fonds de roulement à faire pâlir les autres établissements publics. Depuis 2002, les dépenses de l'ONIAM sont toujours très en deçà de ses recettes et, depuis 2004, le législateur s'interroge tous les ans sur la question de sa dotation. Malgré des baisses régulières, et pour certaines années, des suppressions de dotation (2006 et 2007), le fonds de roulement de l'ONIAM s'élevait à 136 millions d'euros en 2003, 197 millions en 2004, 165 millions en 2006, 98 millions en 2007, 76 millions en 2008, 120 millions en 2009, 70 millions pour 2010, et 126 millions en 2011. Après une baisse due à la suppression de la dotation par l'EFS et « réduisant » le fonds de roulement à 44 millions en 2012, ce dernier s'est vite reconstitué, atteignant 74 millions en 2013 et en 2014. Ce fonds est encore jugé trop élevé en 2015 (60 millions), et l'article 85 la loi n° 2015-1702 du 22 décembre 2015 de financement de la sécurité sociale pour 2016 a cette fois réduit de près de 30 millions la dotation de l'assurance maladie. On ne peut que s'interroger, avec d'autres (**O. Gout, *L'ONIAM, un établissement à multiples facettes*, Gazette du Palais,**

16 juin 2012 n° 168, p. 37), sur la volonté de thésauriser ainsi un budget attribué à l'indemnisation des victimes.