

Les vicissitudes de la perte de chance dans le droit de la responsabilité hospitalière

Sabine **Boussard**, Professeur de droit public à l'Université Paris Est - Faculté de droit de Paris 12

Par un arrêt du 21 décembre 2007, *Centre hospitalier de Vienne c/ M. Joncart* , la Section du contentieux du Conseil d'Etat a transposé le régime propre au droit privé de la perte de chance de guérison ou de survie (1). Est ainsi achevé le processus engagé avec les arrêts du 5 janvier 2000, *Assistance Publique - Hôpitaux de Paris c/ M. Guilbot et Consorts Telle*, par lesquels elle avait appliqué le régime judiciaire de la perte de chance de se soustraire à la réalisation d'un risque pour sanctionner le manquement à l'obligation d'information sur les risques, même exceptionnels, d'une intervention (2).

Jusqu'à présent, le juge administratif acceptait de façon parcimonieuse d'indemniser intégralement le préjudice corporel lorsqu'une faute de l'hôpital avait compromis les chances de guérison ou de survie d'un usager (3). Le juge judiciaire, au contraire, analysait la perte de chance de guérison ou de survie comme un préjudice spécifique distinct du préjudice résultant du dommage corporel et évalué à une fraction des différents chefs de celui-ci (4).

En l'espèce, M. Joncart a été victime d'une erreur de diagnostic commise par le service des urgences du Centre hospitalier de Vienne ayant entraîné un retard dans le traitement d'une endophtalmie et la perte de vision de son oeil droit. Le tribunal administratif de Grenoble, par un jugement en date du 20 mars 2002, a condamné le centre hospitalier à verser à M. Joncart une indemnisation fixée « en proportion de la perte de chance » d'échapper à la cécité de l'oeil droit mais la cour administrative d'appel de Lyon, dans un arrêt du 22 novembre 2005, a infirmé le jugement, considérant que le centre hospitalier devait être condamné à réparer « l'entier préjudice subi par M. Joncart » et correspondant à la perte de vision de l'oeil (5).

Toutefois le Conseil d'Etat a cassé l'arrêt de la cour administrative d'appel de Lyon après avoir caractérisé le préjudice : la perte de chance d'éviter une amélioration de l'état de santé ou d'échapper à une aggravation et non pas le dommage corporel constaté - ce qui permet de consacrer le nouveau régime de réparation : celle-ci est « évaluée à une fraction du dommage corporel déterminée en fonction de l'ampleur de la chance perdue ».

En définitive, le Conseil d'Etat emprunte dans ce considérant général la « théorie » (6) judiciaire de la perte de chance en matière médicale, marquant ainsi sa volonté d'aligner sa jurisprudence sur celle de son homologue judiciaire. La transposition était sans doute inévitable en raison de l'adoption de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé qui insère un nouveau titre 1er dans le livre 1er du code de la santé publique : « Les droits des personnes malades et des usagers du système de santé ». Le concept d'usager du système de santé vise toutes les personnes malades, que celles-ci soient soignées à l'hôpital public ou dans une structure relevant de la médecine libérale. Il participe de la « démocratie sanitaire » (7), laquelle commande une égalité d'accès et une égalité de traitement de toutes les personnes malades au nom du droit fondamental à la protection de la santé garanti par le premier article du code de la santé publique, l'article L. 1110-1. La volonté d'obtenir une « égalité de traitement en droit aussi grande que possible entre les malades » constitue le fil directeur des conclusions prononcées par le commissaire du gouvernement Terry Olson dans l'affaire *Centre hospitalier de Vienne* (8). La référence à la loi du 4 mars 2002 le conduit également à invoquer le célèbre « dialogue des juges » pour plaider le rapprochement, sinon l'uniformisation, des conditions d'engagement de la responsabilité médicale et hospitalière.

En effet, le titre IV de la loi du 4 mars 2002 met en place un dispositif inédit de réparation des

conséquences des risques sanitaires qui repose sur une définition unique du contentieux de la responsabilité médicale et hospitalière. L'article L. 1142-1 du code de la santé publique pose le principe de la responsabilité pour faute des professionnels et des établissements de santé pour réparer les conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins. S'il subsiste quelques régimes spéciaux de responsabilité sans faute, le second paragraphe définit le nouveau dispositif d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales qui provoquent des dommages particulièrement graves dont la réparation incombe à la solidarité nationale. Le législateur a ainsi ostensiblement manifesté sa volonté de clarifier le régime contentieux des accidents consécutifs à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins : la responsabilité pour la faute et la solidarité pour l'aléa thérapeutique (9). Or la clarification des règles d'engagement de la responsabilité médicale et hospitalière passe par l'harmonisation de ces règles en attendant, le cas échéant, une unification du contentieux juridictionnel (10).

Jusqu'à l'arrêt *Centre hospitalier de Vienne c/ M. Joncart*, le juge administratif n'avait jamais formellement consacré la notion de perte de chance de guérison ou de survie (11). Celle-ci était demeurée spécifique à la responsabilité médicale et devait être distinguée de la perte de chance telle qu'elle est née dans le droit de la responsabilité civile à la fin du XIXe siècle (12). Replacée dans la théorie générale du préjudice, la perte de chance est une forme de préjudice futur réparable dès lors qu'elle est certaine. Elle implique toujours l'existence d'un aléa (13). En principe, seul le préjudice certain peut faire l'objet d'une indemnisation, ce qui exclut le préjudice purement éventuel ou simplement hypothétique. Néanmoins, la perte de chance constitue un préjudice réparable dès lors qu'elle est réelle et sérieuse : elle constitue alors un préjudice certain, nonobstant l'aléa puisque celui-ci concerne la chance et non la perte qui est certaine. L'aléa ou l'incertitude n'affecte que le premier préjudice que la doctrine civiliste qualifie de préjudice final par opposition au préjudice intermédiaire qui consiste en la disparition de la chance de voir se réaliser un événement favorable ou d'éviter la survenance d'un dommage (14). Seul le préjudice intermédiaire peut faire l'objet d'une indemnisation dès l'instant que son caractère réel et sérieux est établi : l'évaluation de la chance perdue est ainsi fonction de son degré de certitude et résulte d'un calcul de probabilités (15).

En droit administratif, la référence à la perte de chance remonte à un arrêt *Bacon* du 3 août 1928, à propos d'un fonctionnaire qui avait été irrégulièrement privé « des chances d'avancement sur lesquelles il pouvait légitimement compter » (16). Outre le droit de la fonction publique où la notion est utilisée fréquemment (17), elle s'est également développée dans d'autres domaines comme la conclusion d'un contrat administratif ou d'un marché public, le contentieux électoral, l'obtention d'un acte administratif ou d'une décision juridictionnelle (18).

Dans le droit de la responsabilité médicale et hospitalière, la perte de chance fait son apparition dans le courant des années 1960. En 1964, un arrêt du Conseil d'Etat admettait l'entière responsabilité d'un hôpital pour avoir compromis les chances d'un patient d'éviter l'amputation d'une jambe en raison d'un défaut de surveillance au lendemain d'une intervention chirurgicale (19). Un an plus tard, la Cour de cassation reconnaissait, quant à elle, qu'une erreur de diagnostic avait privé un malade des « chances de guérison » (20).

La notion de perte de chance de guérison ou de survie allait progressivement se développer au sein des juridictions judiciaires (21) : le juge considère ainsi que lorsqu'un médecin a commis une faute qui a privé son patient d'une chance de guérison ou de survie, celui-ci a droit à être indemnisé de cette perte de chance dont l'évaluation correspond à une fraction du préjudice final - aggravation de l'état de santé ou décès. L'utilisation de la perte de chance sera cependant critiquée par la doctrine civiliste en raison du caractère intrinsèquement risqué de l'activité médicale (22).

La doctrine déplore ainsi un « dévoiement de la théorie de la perte de chance » (23), qui confine à une « fausse théorie de la perte de chance » (24) : elle reproche au juge d'utiliser la perte de chance à seule fin de masquer l'incertitude sur le lien causal et, partant, d'indemniser partiellement les conséquences dommageables d'un accident dû en partie à « l'aléa lié à l'évolution propre de la situation pathologique » (25).

Les critiques vont redoubler lorsque la Cour de cassation acceptera d'indemniser la perte de chance de se soustraire à la réalisation d'un risque dans le cas où le médecin n'avait pas informé son patient de tous les risques - même exceptionnels - d'une intervention (26). Dans cette hypothèse, l'accident relève du risque médical mais le médecin peut voir sa responsabilité engagée s'il apparaît que, dûment informé, le patient aurait renoncé à l'intervention, ce qui lui aurait permis d'échapper au risque qui s'est réalisé. À propos de ce nouveau mouvement jurisprudentiel, le dernier rapport de la Cour de cassation fait d'ailleurs état d'une « évolution hétérodoxe par rapport à la théorie générale de la perte de chance » (27).

De son côté, le Conseil d'Etat sanctionne, lui aussi, la perte de chance de se soustraire à la réalisation d'un risque en cas de manquement à l'obligation d'information sur les risques connus de décès ou d'invalidité même exceptionnels (28). Toutefois, et contrairement à la position de certaines juridictions du fond (29), il a souhaité conserver l'autonomie de la perte de chance lorsqu'une faute de l'hôpital avait compromis les chances de guérison ou de survie d'un usager (30), ce qui permettait d'indemniser intégralement le préjudice final et de garantir les intérêts financiers des victimes. Le commissaire du gouvernement Didier Chauvaux craignait ainsi « une régression des droits du malade » (31) s'il était mis fin à l'autonomie de la perte de chance en droit hospitalier.

Mais la réforme des recours subrogatoires des caisses de sécurité sociale contre le tiers responsable décidée par la loi de financement de la sécurité sociale du 21 décembre 2006 qui oblige un exercice « poste par poste » (32) de ces recours préserve les garanties financières des victimes des dommages corporels. Le Conseil d'Etat a pu ainsi appliquer le régime judiciaire de la perte de chance de guérison ou de survie tout en garantissant le droit à réparation des victimes (33) et faire prévaloir l'égalité de traitement entre tous les usagers du système de santé. Si le revirement répond à la logique unificatrice de la loi du 4 mars 2002, fallait-il pour autant transposer un régime tant contesté par la doctrine civiliste elle-même ? Dans la mise en oeuvre du nouveau dispositif d'indemnisation des accidents médicaux, les commissions régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales ont également recours à la notion de perte de chance pour permettre d'alléger la charge incombant à la solidarité nationale, comme l'atteste le dernier rapport de la Commission nationale des accidents médicaux (34). L'analyse de la fin de l'autonomie de la perte de chance en droit de la responsabilité hospitalière conduit ainsi à s'interroger sur l'avenir de cette notion dans le dispositif législatif de réparation des conséquences des risques sanitaires.

La fin de l'autonomie de la perte de chance en droit de la responsabilité hospitalière
L'autonomie de la perte de chance pour sanctionner les fautes commises à l'hôpital à l'exception de la faute d'humanisme (35) constituée par le manquement à l'obligation d'information s'inscrit dans le cadre classique de la politique jurisprudentielle dégagée par le Conseil d'Etat en matière de responsabilité hospitalière depuis les années 1960. La haute juridiction administrative a manifesté sa volonté « de favoriser la réparation d'un préjudice corporel résultant d'un fonctionnement anormal du service hospitalier à l'égard de l'usager qui n'a pas reçu toutes les garanties qu'il était en droit d'attendre » (36). En indemnisant seulement une fraction du préjudice final, l'arrêt du 21 décembre 2007, *Centre hospitalier de Vienne c/ M. Joncart* rompt avec cette politique jurisprudentielle au nom de l'uniformisation du régime de la perte de chance.

La politique jurisprudentielle antérieure

Depuis son apparition dans les années 1960, le recours à la perte de chance participe de la politique jurisprudentielle par laquelle le juge administratif met en oeuvre un raisonnement finaliste qui fait dépendre l'indemnisation de la gravité des conséquences du dysfonctionnement survenu au sein de la structure hospitalière (37). Plus précisément, le juge procède au rapprochement entre la gravité de la faute et la gravité du dommage subi par la victime : la gravité de la faute reflète un dysfonctionnement anormal intervenu soit dans

l'organisation du service, soit au cours de l'activité médicale. L'anormalité du dysfonctionnement provient d'une erreur que le juge va estimer inexcusable ou inadmissible. Et, parallèlement, il constate l'existence d'un préjudice anormalement grave qui n'aurait pas dû se produire ¹(38). Mais il ne lui est pas possible d'établir de façon certaine le caractère direct du lien de causalité. Pourtant, des considérations d'équité militent en faveur d'une indemnisation de la victime. Aussi le juge administratif recourt-il à la notion de perte de chance afin de masquer l'incertitude de la relation causale. Il estime que l'erreur fautive, en raison de son caractère inadmissible, a très certainement privé le patient de la chance d'éviter la réalisation de ce dommage d'une particulière gravité.

En d'autres termes, la perte de chance telle que l'utilise le juge administratif dans la responsabilité hospitalière permet de sanctionner, sous la forme d'une réparation intégrale du préjudice d'une particulière gravité supporté par la victime, la faute inadmissible ou inexcusable. Dès lors, et contrairement au droit privé, il n'est pas question de faire « abstraction du dommage concret (le décès ou l'aggravation de l'état du malade) » pour lui substituer « un diminutif abstrait de ce préjudice (la perte d'une chance de ne pas mourir ou de guérir) » ²(39).

À la différence de son homologue judiciaire, et jusqu'en 2007, le juge administratif ne procède donc pas à l'évaluation de la chance perdue. Celle-ci est établie dès lors qu'il existait une relation - et peu importe son degré de certitude - entre une faute inadmissible et un préjudice anormalement grave. L'incertitude du lien causal n'a pas d'incidence sur l'étendue du droit à réparation : le caractère inadmissible de la faute et l'ampleur des conséquences dommageables suffisent à ouvrir droit à une indemnisation intégrale du préjudice corporel. Il faut ajouter que cette faute inadmissible est indépendante de l'ancienne qualification de faute lourde. En effet, avant l'abandon de ce régime de responsabilité en 1992 ³(40), le juge administratif avait eu recours à la perte de chance pour engager la responsabilité de l'administration sur le fondement tant de la faute simple que de la faute lourde.

Tout d'abord, la perte de chance a été utilisée dans des cas de responsabilité pour faute dans l'organisation et le fonctionnement du service public hospitalier. L'arrêt inaugural introduisant la notion de perte de chance en matière de responsabilité médicale en est une illustration. En raison de la mauvaise surveillance du personnel médical au lendemain d'une intervention chirurgicale - le chirurgien n'ayant pas été alerté - le patient a dû être amputé d'une jambe et l'arrêt décide « que ces faits qui ont compromis les chances qu'avait le sieur Richard d'éviter l'amputation révèlent un mauvais fonctionnement du service public » ⁴(41). De même, le Conseil d'Etat a jugé que « le retard dans la mise en oeuvre d'une thérapeutique appropriée [...] qui a compromis les chances qu'avait l'intéressé d'éviter la cécité totale de l'oeil droit révèle un mauvais fonctionnement dans l'organisation du service public » ⁵(42). Dans le même esprit, la cour administrative d'appel de Bordeaux a jugé que le fonctionnement défectueux du respirateur a entraîné l'inefficacité de la réanimation et compromis les chances de survie du patient qui souffrait initialement d'une fracture du nez. Elle en déduit « que ces circonstances révèlent une faute dans l'organisation et le fonctionnement du service » ⁶(43).

L'utilisation du verbe « révéler » manifeste le recours au mécanisme de la présomption de faute. Cela a de quoi surprendre. En effet, le juge administratif a établi un régime de présomption de faute en matière de responsabilité hospitalière lorsqu'un acte de soin produit des conséquences hors de proportion avec son caractère courant et bénin. Il considère ainsi que par leur ampleur, les conséquences dommageables « ne peuvent être regardées que comme révélant une faute dans l'organisation et le fonctionnement du service public hospitalier » ⁷(44). Mais dans cette hypothèse, il est impossible d'identifier la faute ⁸(45). Celle-ci demeure hypothétique puisque le juge se contente d'en présumer l'existence d'après le caractère disproportionné entre le caractère courant et bénin d'un acte de soin et la gravité des troubles constatés ⁹(46). En revanche, le lien de causalité doit être certain ¹⁰(47). Le mécanisme de la présomption de faute a seulement pour effet de renverser la charge de la preuve.

Or, dans les trois espèces relevées, les fautes ne sont pas hypothétiques puisque le dysfonctionnement est établi : mauvaise surveillance, retard dans la mise en oeuvre de la

thérapeutique appropriée, fonctionnement défectueux du respirateur. Les victimes ont subi un préjudice anormalement grave. Seul le lien de causalité demeure incertain. Le recours à la perte de chance a pour effet de dissimuler cette incertitude et permet au juge de qualifier la faute de nature à engager la responsabilité de l'hôpital. Le juge administratif applique le même type de raisonnement que pour « révéler » la faute à seule fin de renverser la charge de la preuve : l'ampleur des conséquences dommageables est déterminante dans cette démarche inductive.

Ensuite, la perte de chance a permis au juge de caractériser la faute médicale de nature à engager la responsabilité de l'hôpital lorsqu'une série de négligences et d'erreurs est associée à l'ampleur des conséquences dommageables : les négligences et les erreurs prennent alors un caractère inadmissible aux yeux du juge, qui retient la qualification de faute ayant compromis les chances de guérison ou de survie.

Avant 1992, un tel raisonnement a permis de qualifier de faute lourde certaines négligences de l'équipe médicale comme en témoigne l'arrêt *Boehrer* : « en négligeant de prescrire, après l'accident, la radiographie qui eût permis de découvrir la fracture non décelée et en compromettant les chances qu'avait Melle Boehrer de recouvrer un usage normal de sa jambe gauche, les médecins ont commis une faute lourde » (48). La même qualification avait été retenue à l'égard de l'action d'un chirurgien, « insuffisante, erronée ou inexistante », ayant privé le patient des chances qu'il avait d'éviter l'amputation de sa jambe (49), ou de soins « insuffisants et mal adaptés » prodigués à un nouveau-né sans tenir compte « des risques d'aggravation extrêmement rapides de l'affection » dont celui-ci était atteint (50). De même, « l'imprudence » (51) ayant consisté à décider du transfert d'un malade dans un autre hôpital en ambulance mais sans assistance médicale, ayant fait perdre au malade les chances qu'il avait de survivre à sa maladie, a été qualifiée de faute lourde. Dans ces décisions, il n'est pas certain que le régime de la faute lourde s'imposait car ces différentes erreurs et négligences résultaient davantage de l'organisation et du fonctionnement du service. Mais la qualification de faute lourde renforce le caractère inadmissible et choquant des dysfonctionnements eu égard à l'ampleur des conséquences dommageables (52).

Dans le même esprit enfin, la perte de chance a également facilité l'indemnisation des victimes d'erreurs ou de retards dans le diagnostic. Le code de déontologie médicale prévoit que « le médecin doit toujours élaborer son diagnostic avec le plus grand soin en y consacrant le temps nécessaire, en s'aidant dans toute la mesure du possible des méthodes scientifiques les mieux adaptées » (53). S'agissant d'un acte particulièrement délicat, la responsabilité en cette matière relève du régime de la faute médicale et, avant 1992, de la faute lourde.

Il est difficile d'établir avec certitude la relation causale entre une erreur de diagnostic et un dommage. La notion de perte de chance a justement permis au juge administratif de masquer l'incertitude sur le lien de causalité lorsque l'erreur de diagnostic est flagrante et que la victime a subi un préjudice d'une particulière gravité.

À cet égard, la rédaction des arrêts *Gojat* est significative. Un interne avait commis une erreur de diagnostic en renvoyant un blessé à son domicile sans pratiquer d'exams approfondis. Dès le lendemain, le patient fut hospitalisé ; il devait décéder quelques semaines plus tard. Le Conseil d'Etat, dans un premier arrêt, qualifie l'erreur de diagnostic de faute lourde en se fondant sur la méconnaissance flagrante des dispositions du code de déontologie. Mais il ordonne avant-dire droit une expertise afin d'étudier la question de « l'influence » (54) de cette erreur sur le décès du patient. Dans un second arrêt, le Conseil d'Etat tranche justement la question de la causalité en se référant à la perte de chance. Il commence par relever que « le retard apporté à l'hospitalisation du sieur Gojat a joué un rôle défavorable sur l'état pathologique complexe présenté par ce dernier et a été de nature à compromettre les chances qu'il pouvait y avoir pour le patient de se rétablir » (55). Puis il ajoute que « ce retard étant une conséquence directe de l'erreur de diagnostic [...], le décès du sieur Gojat doit être regardé comme ayant un lien de causalité direct et certain avec la faute lourde » (56). Le juge administratif se contente de présumer le lien de causalité entre le décès et la faute lourde. La référence à la perte de chance atteste le recours à la présomption de causalité.

Lorsque l'erreur de diagnostic consiste en des « négligences difficilement admissibles » (57), elle engage la responsabilité du service hospitalier - quand bien même le préjudice ne lui est pas entièrement imputable - parce qu'elle a fait perdre au patient une chance d'éviter une aggravation sensible de son état. C'est ainsi qu'un hôpital a été déclaré entièrement responsable de la cécité totale d'une patiente en raison d'une erreur de diagnostic alors même qu'il n'était pas certain que ladite patiente ne souffrait pas déjà de troubles ophtalmiques lors de son hospitalisation (58).

Depuis l'abandon de la faute lourde en matière médicale, la perte de chance de guérison ou de survie a essentiellement été utilisée par le juge administratif pour engager la responsabilité de l'hôpital public lorsqu'il relève, s'agissant d'un dommage particulièrement grave, une erreur flagrante de diagnostic et un retard dans la mise en oeuvre d'un traitement approprié.

L'arrêt du 19 mars 2003, *Centre hospitalier régional et universitaire de Caen* (59), illustre ce dernier mouvement jurisprudentiel à propos d'une erreur dans le diagnostic d'une hernie discale. Celle-ci n'a été décelée que deux jours après la première hospitalisation, aux urgences, d'un jeune homme de 23 ans se plaignant de violentes douleurs dorsales et qui restera atteint d'une paraplégie complète après l'échec de l'intervention chirurgicale. Le Conseil d'Etat valide le raisonnement des juges du fond qui ont retenu la responsabilité de l'hôpital en raison d'une série de dysfonctionnements : « erreur du médecin de garde qui n'a pas interprété correctement les symptômes du patient », « incapacité du service des urgences à retrouver les radiographies effectuées le matin même à l'occasion de la première hospitalisation », « défaut caractérisé de surveillance médicale » après la seconde hospitalisation et alors que le patient avait déjà ressenti un début de paralysie d'une jambe. La responsabilité de l'hôpital est engagée en raison du « retard de diagnostic [qui] a privé l'intéressé de chances réelles de rétablissement ou de récupération même partielle ». Le préjudice retenu consiste en une perte de chance comme l'explique très clairement le Conseil d'Etat : « eu égard au caractère extrêmement aigu de l'évolution des déficits neurologiques observés chez l'intéressé, ce dernier n'aurait eu que des chances réelles mais limitées de récupérer si le diagnostic avait été posé de manière plus précoce ». Mais une telle perte ouvre droit à une réparation intégrale du préjudice résultant de la paraplégie. À lire les conclusions du commissaire du gouvernement, ce qui a déterminé la solution juridictionnelle n'est pas tant la première erreur de diagnostic que l'absence d'intervention lors de la seconde hospitalisation et le fait d'avoir laissé le patient sans surveillance pendant toute une nuit, éléments qui revêtent, pour Didier Chauvaux, un « caractère gravement fautif » (60).

L'appréciation du juge administratif est ainsi très circonstanciée : toute erreur de diagnostic n'est pas fautive et n'engage pas la responsabilité de l'hôpital. L'erreur doit être flagrante ou persistante : la responsabilité de l'hôpital a ainsi été reconnue pour avoir privé un patient d'une chance d'éviter un infarctus du myocarde alors que « l'état du patient était caractéristique de la douleur angineuse » (61) ou pour avoir persisté dans le mauvais diagnostic et des tentatives de traitement qui ont fait perdre à un nouveau-né, atteint d'une thrombose, une chance d'éviter l'amputation d'une jambe (62). Plusieurs arrêts ont admis la responsabilité du service des urgences pour des erreurs de diagnostic répétées - le patient s'étant présenté deux ou trois fois en l'espace de quelques heures - associées à une insuffisante prise en compte de l'évolution des symptômes et à des négligences difficilement admissibles, l'interne de garde omettant, par exemple, de faire appel à un spécialiste (63).

Ces solutions s'inscrivent donc dans le prolongement de la jurisprudence inaugurée dans les années 1960 : seules les erreurs de diagnostic inadmissibles sont susceptibles d'engager la responsabilité de l'hôpital, le caractère scandaleux de l'erreur étant fonction de l'ampleur des conséquences dommageables. La gravité de l'erreur de diagnostic ouvre alors droit à une réparation intégrale du préjudice corporel. Comme l'explique Didier Chauvaux, à partir du moment où la responsabilité du service hospitalier ne peut être engagée que « si les médecins ont méconnu des signes clairs et ont manqué nettement aux exigences de leur profession » dans l'établissement du diagnostic, le juge considère « prétoriennement » que le dommage corporel du malade « qui avait des chances réelles de guérir s'il avait bénéficié d'une prise en charge normale, [...] peut être regardé comme la conséquence directe de la faute » et faire l'objet d'une réparation intégrale (64). Le 21 décembre 2007, le Conseil d'Etat a finalement

décidé de faire prévaloir la logique judiciaire de la perte de chance au nom de la cohérence de la notion qui commande l'application d'un régime uniforme.

L'uniformisation du régime de la perte de chance

La perte de chance en droit de la responsabilité hospitalière n'est plus un outil permettant de révéler le lien de causalité entre la faute de l'hôpital et l'aggravation de l'état de santé du patient ; elle constitue désormais un préjudice autonome, à l'instar de la perte de chance de se soustraire à la réalisation d'un risque.

Toutefois, l'autonomie du préjudice demeure relative puisque l'évaluation de celui-ci correspond à une fraction du préjudice final selon la méthode dégagée par la Cour de cassation dans un arrêt du 8 juillet 1997, *Rocq*, à propos d'un médecin ayant persisté dans une erreur de diagnostic : « dans le cas où la faute du médecin a fait perdre au malade la chance d'obtenir une amélioration de son état de santé ou d'échapper à une infirmité, le dommage qui résulte pour lui de cette perte de chance est fonction de la gravité de son état réel et de toutes les conséquences en découlant ».

La proposition suivante précise les rôles respectifs de la victime et du juge : il incombe à celle-là « de préciser à quel montant elle évalue ses différents préjudices » tandis que l'office de celui-ci consiste, après en avoir apprécié le bien fondé, « à déterminer la fraction de ces préjudices correspondant à la perte de chance de les éviter si le médecin n'avait pas commis de faute » (65).

L'évaluation de la perte de chance de se soustraire à la réalisation d'un risque procède donc d'un raisonnement en deux temps conformément au vade-mecum rédigé par Pierre Sargos dans cette affaire : les juges « doivent, dans un premier temps, raisonner comme si la faute du médecin avait causé l'entier dommage et évaluer en conséquence la totalité des divers préjudices de la victime [...] puis, dans un deuxième temps, ils doivent fixer la fraction du total de ces préjudices qu'ils attribuent à la perte de chance » (66).

Le considérant de principe de l'arrêt *Centre hospitalier de Vienne* s'inspire très largement de cette jurisprudence : « dans le cas où la faute commise lors de la prise en charge ou le traitement d'un patient dans un établissement public hospitalier a compromis ses chances d'obtenir une amélioration de son état de santé ou d'échapper à son aggravation, le préjudice résultant directement de la faute commise par l'établissement et qui doit être intégralement réparé n'est pas le dommage corporel constaté, mais la perte de chance d'éviter que ce dommage soit advenu ». Le Conseil d'Etat propose ensuite la même méthode d'évaluation : « la réparation qui incombe à l'hôpital doit alors être évaluée à une fraction du dommage corporel déterminée en fonction de l'ampleur de la chance perdue » (67).

La méthode n'est pas entièrement nouvelle puisqu'elle s'applique également à l'évaluation de la perte de chance de se soustraire à la réalisation d'un risque depuis les arrêts *Assistance Publique - Hôpitaux de Paris c/ Consorts Guilbot* et *Consorts Telle* (68). Dans la seconde espèce, le Conseil d'Etat - examinant le litige après cassation de l'arrêt de la cour administrative d'appel - infirme le jugement du tribunal administratif qui avait indemnisé intégralement les conséquences dommageables de l'accident en se fondant sur la faute résultant de l'absence d'information. Cependant, pour fixer le montant de la réparation, il commence par chiffrer le préjudice corporel et le préjudice d'agrément. Il précise ensuite que « la réparation du dommage résultant pour M. Telle de la perte de chance de se soustraire au risque qui s'est finalement réalisé doit être fixée à une fraction des différents chefs de préjudice », celle-ci étant déterminée « compte tenu du rapprochement entre, d'une part, les risques inhérents à l'intervention et, d'autre part, les risques [...] qui étaient encourus en cas de renoncement à ce traitement » (69).

La reconnaissance de la perte de chance comme préjudice autonome consacre l'unité de la notion en droit de la responsabilité hospitalière. Elle est justifiée par des considérations tenant à la logique juridique et à la cohérence des conditions d'engagement de la responsabilité, soit « une conception orthodoxe de la causalité » (70), comme le souligne le commissaire du

gouvernement Terry Olson (71) dont les explications ne sont pas sans rappeler la démonstration construite par Pierre Sargos en 1997.

Celui-ci cherchait à proposer une solution équitable pour résoudre les litiges dans lesquels il existe une incertitude sur le lien de causalité direct entre la faute du médecin et le préjudice du patient, qui « se double d'une certitude sur le fait qu'il est impossible d'exclure que sans la faute le dommage ne se serait pas produit » (72). D'où l'existence « d'un double risque d'iniquité [...] : soit on s'en tient à une conception stricte du lien de causalité et en ce cas le médecin, bien qu'il ait commis une faute, sera toujours exonéré. Soit on met en avant le second aspect et en ce cas le patient sera toujours indemnisé pour tout bien que la faute du médecin n'ait pas causé tout son dommage » (73).

Terry Olson dénonce précisément cette « logique du tout ou rien » à laquelle aboutissait la jurisprudence administrative. Or la conception judiciaire de la perte de chance « modifie l'objet du lien de causalité » (74) puisque « le lien direct entre la faute de l'hôpital et le dommage causé à la santé du malade ne peut être caractérisé qu'en ce qui concerne la part des dommages afférente à la perte de chance » (75). La logique du raisonnement est implacable : si des considérations d'équité militent en faveur de l'indemnisation de la victime, d'autres considérations imposent de ne faire supporter à l'hôpital que la part de la détérioration de l'état de santé qui est imputable à la faute que celui-ci a commise. Il suffit, pour s'en convaincre, de se référer à la jurisprudence *Mergui* - citée par le commissaire du gouvernement - qui pose le principe général du droit selon lequel « les personnes publiques ne peuvent jamais être condamnées à payer une somme qu'elles ne doivent pas » (76).

La conception judiciaire de la perte de chance préserve donc les finances de l'hôpital mais n'est-ce pas au détriment du droit à réparation de l'usager victime de dysfonctionnements anormaux survenus au sein de la structure hospitalière ? C'était la position défendue par le commissaire du gouvernement Didier Chauvaux pour convaincre le Conseil d'Etat de maintenir l'autonomie de la perte de chance en droit de la responsabilité hospitalière (77).

On l'aura compris, l'indemnisation de la perte de chance répare seulement une fraction du préjudice final. Mais la méthode d'évaluation retenue, qui consiste à appliquer un coefficient de perte de chance aux différents chefs de préjudice, permet aux organismes tiers payeurs, débiteurs des prestations indemnitaires en cas d'accident corporel, de récupérer la part de l'indemnisation correspondant au préjudice physique.

En effet, jusqu'en 2006, le troisième alinéa de l'article L. 376-1 du code de la sécurité sociale autorisait les caisses, dans l'hypothèse où un tiers était déclaré responsable d'un dommage, « à poursuivre le remboursement des prestations mises à sa charge à due concurrence de la part d'indemnité mise à la charge du tiers qui répare l'atteinte à l'intégrité physique de la victime, à l'exclusion de la part d'indemnité, de caractère personnel, correspondant aux souffrances physiques ou morales par elle endurées et au préjudice esthétique et d'agrément ».

Il en allait de même en cas de partage de responsabilité entre la victime et le tiers responsable, c'est-à-dire dans l'hypothèse où le tiers responsable n'était condamné qu'à indemniser partiellement le préjudice physique. Autrement dit, le partage de responsabilité était inopposable aux organismes de sécurité sociale et ces derniers bénéficiaient, en outre, d'un droit de priorité (78). Or la jurisprudence a inclus l'indemnisation au titre de la perte de chance dans l'hypothèse du partage de responsabilité. En témoigne la rédaction de l'arrêt *Meurice* rendu par la Cour de cassation le 8 juillet 1997. Après avoir rappelé que « les médecins étaient responsables, en raison de leur persistance dans un diagnostic erroné, d'une perte de chance pour M. Meurice de subir des séquelles moindres », la Cour de cassation reconnaît que « le recours des tiers payeurs s'exerce sur les sommes allouées à la victime en réparation d'une perte de chance d'éviter une atteinte à son intégrité physique, la part d'indemnité à caractère personnel étant seule exclue de ce recours » (79). C'est la raison pour laquelle elle valide le raisonnement des juges du fond qui ont déduit du montant de la réparation due à la victime la fraction des chefs de préjudice correspondant à l'atteinte à l'intégrité physique. (80).

En définitive, cette solution aboutit à un partage de responsabilité entre la victime et le tiers responsable, ce qui revient à nier la spécificité du préjudice constitué par la perte de chance de guérison ou de survie et ce qui conduit à relativiser d'autant plus l'autonomie de celui-ci par rapport au préjudice corporel (81). Elle apparaît donc très inéquitable pour les victimes qui ont droit au versement d'une indemnité dérisoire correspondant à une fraction de la réparation des préjudices personnels dont l'évaluation est toujours beaucoup plus faible que la part afférente à l'intégrité physique.

Cela ressort très clairement des jurisprudences civile et administrative en matière de perte de chance de se soustraire à la réalisation d'un risque. Dans l'arrêt *Consorts Telle*, par exemple, le Conseil d'Etat a admis l'exercice du recours de la caisse d'assurance maladie « sur les sommes allouées à la victime en réparation de la perte de d'une chance d'éviter un préjudice corporel, la part d'indemnité à caractère personnel étant seule exclue de ce recours ». Or, s'agissant d'un coefficient de perte de chance fixé au cinquième, la caisse a ainsi pu récupérer l'intégralité de la somme allouée au titre de la perte de chance d'éviter un préjudice corporel, soit 290 250 francs contre les 30 000 francs alloués au titre des dommages à caractère personnel - 1/5e du préjudice d'agrément, des souffrances physiques et du préjudice esthétique.

Les conditions d'exercice du droit au recours des caisses d'assurance maladies n'étaient donc pas satisfaisantes pour les victimes qui se trouvaient privées de la plus grande partie de l'indemnité : c'était un des arguments avancés par Didier Chauvaux pour maintenir la réparation intégrale du préjudice lorsque la faute de l'hôpital a compromis les chances de guérison ou de survie d'un patient (82). Parallèlement, l'Assemblée du contentieux du Conseil d'Etat a confirmé la solution dégagée dans l'arrêt *Consorts Telle* en matière de perte de chance de se soustraire à la réalisation d'un risque dans un arrêt du 19 mai 2004, *Caisse régionale d'assurance maladie d'Ile de France c/ Truskowski* (83). La spécificité d'un tel préjudice devait conduire, comme le préconisait le commissaire du gouvernement Terry Olson, à l'application d'un coefficient de perte de chance au recours des caisses de sécurité sociale : « en cas d'indemnisation pour perte de chance, le recours des caisses de sécurité sociale doit s'exercer sur la part d'indemnité allouée au titre de l'atteinte à l'intégrité physique à raison de la fraction de leurs débours correspondant à cette même perte de chance » (84). La proposition visait ainsi à « instaurer un meilleur équilibre dans l'exercice respectif des droits de la victime et des droits des caisses » (85).

Nonobstant, le Conseil d'Etat a maintenu l'exercice du recours des caisses sur l'intégralité de l'indemnité allouée au titre de la perte d'une chance d'éviter un préjudice corporel, laissant ainsi perdurer une situation d'autant plus inacceptable pour les victimes que l'indemnité réparant les atteintes à l'intégrité physique était évaluée selon une conception unitaire et globale (« en faisant masse des différents chefs de préjudice ») (86).

Cela avantageait ainsi les organismes tiers payeurs qui étaient en mesure d'exercer leur recours sur des sommes visant à réparer des préjudices n'ouvrant pas droit au versement d'une prestation sociale. Il en était ainsi, par exemple, de tout ce qui relevait de la catégorie des « troubles dans les conditions d'existence ». Selon une jurisprudence constante, le juge administratif incluait dans l'assiette du recours des caisses d'assurance maladie « l'indemnité allouée en réparation de troubles dans les conditions d'existence qui couvre les troubles physiologiques subis par la victime » (87), tandis que la Cour de cassation opérait une subtile distinction entre les troubles dans les conditions d'existence dans les actes essentiels de la vie courante - rattachés au préjudice corporel - et le préjudice d'agrément (troubles dans les activités affectives et familiales et les activités sportives), exclu de l'assiette des recours (88).

Le système aboutissait ainsi « à une véritable spoliation des droits de la victime » (89) ; la réforme du recours des organismes tiers payeurs était donc devenue inévitable (90). C'est la raison pour laquelle le garde des Sceaux a chargé deux groupes de travail présidés

respectivement par Yvonne Lambert-Faivre et Jean-Pierre Dintilhac de réfléchir à cette question : deux rapports ont été publiés en juin 2003 et en juillet 2005, le premier portant sur l'amélioration des conditions d'indemnisation du dommage corporel (91), le second contenant une nomenclature des préjudices corporels (92).

S'inspirant des rapports Lambert-Faivre et Dintilhac, l'article 25 de la loi du 21 décembre 2006 de financement de la sécurité sociale a introduit deux changements majeurs pour l'exercice des recours des organismes tiers payeurs (93). D'une part, ceux-ci s'exercent désormais « poste par poste sur les seules indemnités qui réparent des préjudices qu'elles ont pris en charge, à l'exclusion des préjudices à caractère personnel » (94). D'autre part, la victime bénéficie dorénavant d'un droit préférentiel par rapport aux caisses de sécurité sociale, ce qu'exprime le nouvel alinéa 4 de l'article L. 376-1 du code de la sécurité sociale : « l'assuré social peut exercer ses droits contre le responsable, par préférence à la caisse subrogée ».

La mise en oeuvre du nouveau dispositif législatif implique de préciser ce qu'il faut entendre par « poste de préjudice » puisque, pour obtenir le remboursement d'une prestation, les caisses de sécurité sociale devront identifier clairement le poste de préjudice correspondant à ladite prestation.

C'est l'objet de la circulaire du ministère de la justice du 22 février 2007 relative à l'amélioration des conditions d'exercice du recours subrogatoire des tiers payeurs en cas d'indemnisation du dommage corporel (95). Elle recommande aux juges de l'ordre judiciaire de se référer à la nomenclature figurant dans le rapport Dintilhac, ainsi qu'à la table des concordances entre postes de préjudice et prestations sociales disponible dans le rapport Lambert-Faivre.

Quant au juge administratif, le Conseil d'Etat a rendu un avis contentieux le 4 juin 2007 dans lequel sont précisées les notions de poste de préjudice et de droit préférentiel de la victime (96). Contrairement à la circulaire du ministère de la Justice, le Conseil d'Etat n'est pas favorable à l'application pure et simple de la nomenclature Dintilhac qui contient 29 postes de préjudice répartis selon une triple typologie : préjudices patrimoniaux/préjudices extra-patrimoniaux ; préjudices temporaires / préjudices permanents ; préjudices directs/préjudices indirects. Après avoir donné une définition de « prestation prenant en charge un préjudice » et de « préjudices à caractère personnel », il se contente « en l'absence de dispositions réglementaires définissant les postes de préjudice patrimoniaux » de dresser une liste non exhaustive contenant six postes de préjudice : dépenses de santé, frais liés au handicap, pertes de revenus, incidence professionnelle et scolaire du dommage corporel, autres dépenses liées au dommage corporel et préjudices personnels. La Cour de cassation a également rendu plusieurs avis contentieux pour préciser les modalités d'application du nouveau dispositif et, notamment, son application aux accidents du travail (97). En revanche, elle n'a pas pris position sur la notion de poste de préjudice.

Les divergences d'interprétation de la notion de poste de préjudice, déjà perceptibles, commandent une intervention du pouvoir réglementaire afin d'en préciser le contenu. Contrairement à ce que pensait le commissaire du gouvernement Luc Derepas, l'application de la loi est manifestement très difficile « en l'absence d'un décret en Conseil d'Etat définissant les postes de préjudice et les règles d'imputation des prestations sur ces postes ». Le contenu de l'avis contentieux atteste l'audace avec laquelle la haute juridiction administrative a considéré que la norme législative était directement applicable : une fois encore la mise en oeuvre de cette procédure tend à réveiller de vieux démons et rapproche l'office du juge administratif de l'arrêt de règlement (98).

En revanche, l'interprétation de la notion de priorité accordée à la victime dégagée par le Conseil d'Etat se concilie davantage avec l'office traditionnel du juge administratif dans l'exercice de sa fonction jurisprudentielle. Il envisage en effet l'hypothèse - que ne prévoit pas le nouveau texte - dans laquelle le tiers n'est déclaré responsable que d'une partie des conséquences dommageables de l'accident : dans ce cas, et en raison de la priorité accordée à la victime par la loi, « l'indemnité mise à la charge du tiers qui correspond à une partie des conséquences dommageables de l'accident, doit être allouée à la victime tant que le total des

prestations dont elle a bénéficié et de la somme qui lui est accordée par le juge ne répare pas l'intégralité du préjudice qu'elle a subi ». C'est seulement une fois que celui-ci est entièrement réparé que « le solde de l'indemnité doit, le cas échéant, être alloué à la caisse ».

Autrement dit, le nouveau dispositif produit les effets inverses à ceux de l'ancien : il avantage la victime au détriment des caisses d'assurance maladie ¹⁰⁰(99). Mais il a le mérite de préserver les garanties financières de la victime dans l'hypothèse où le tiers est un professionnel ou un établissement de santé et qu'il est responsable d'une perte de chance à l'égard d'un patient. Si les prestations sociales n'ont pas permis de couvrir l'intégralité du préjudice subi, la victime aura droit au versement de l'indemnité réparant la perte de chance.

Les nouvelles garanties offertes aux victimes d'accident corporel par l'article 25 de la loi du 21 décembre 2006 ont conduit au revirement de jurisprudence administrative et à l'harmonisation du régime de la perte de chance en droit médical et hospitalier. Il convient à présent de s'interroger sur l'avenir de la perte de chance dans le nouveau dispositif d'indemnisation des conséquences des risques sanitaires issu de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

L'avenir de la perte de chance dans le dispositif législatif de réparation des conséquences des risques sanitaires.

L'uniformisation du régime de la perte de chance en droit médical et hospitalier ne saurait masquer la dichotomie qui caractérise la notion : la perte de chance de guérison ou de survie d'un côté, la perte de chance de se soustraire à la réalisation d'un risque de l'autre. Mais la notion retrouve son unité du point de vue de sa finalité : déplacer l'objet du lien de causalité entre le préjudice corporel et la faute du médecin (ou de l'établissement de santé) pour masquer l'incertitude de la relation causale lorsque des considérations d'équité militent en faveur d'une indemnisation partielle de la victime.

Or l'interprétation du titre IV de la loi du 4 mars 2002 conduit à remettre en cause la dichotomie de la notion de perte de chance : la définition législative du contentieux de la responsabilité des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins exclut *a priori* le contentieux relatif au manquement à l'obligation d'information médicale et, partant, la sanction résultant d'un tel manquement : la perte de chance de se soustraire à la réalisation d'un risque. Pourtant, les récentes évolutions de la jurisprudence tant civile qu'administrative ainsi que les derniers bilans de l'activité des commissions régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux (CRCI) permettent de penser que la notion de perte de chance est promise à un bel avenir dans le mécanisme d'indemnisation des accidents médicaux.

Le rejet de la dichotomie de la perte de chance pour sanctionner les fautes relatives à l'activité médicale

L'article L. 1142-1 du code de la santé publique distingue nettement entre ce qui relève de la responsabilité des professionnels et des établissements de santé d'une part, et ce qui relève de la solidarité nationale, d'autre part. La distinction repose sur la notion de faute pour la première et sur celle d'aléa thérapeutique pour la seconde.

Désormais, et selon les termes de la loi, la responsabilité du professionnel ou de l'établissement de santé ne pourra être engagée qu'en cas de faute commise dans les « actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins ». La loi prévoit deux exceptions à ce principe : pour les produits de santé et pour les infections nosocomiales ¹⁰⁰(100).

Il ressort des travaux préparatoires la volonté de mettre un frein à la jurisprudence récente par laquelle les juridictions administratives et civiles ont élargi « le plus possible les possibilités d'engager la responsabilité des médecins ou des établissements » pour « permettre aux victimes d'être indemnisées » ¹⁰¹(101). Ils font référence à la jurisprudence *Bianchi* ¹⁰²(102) ainsi qu'à la nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation imposant au médecin une obligation de « sécurité-résultat » dans certains domaines : infections

nosocomiales (103), utilisation du matériel (104) et fourniture de produits (105). En outre, ils mentionnent les jurisprudences concordantes de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat relatives au défaut d'information (106) comme ayant contribué à brouiller les règles et à « déstabiliser le système de santé » (107). Désormais, pour engager la responsabilité d'un établissement ou d'un professionnel de santé, la victime devra prouver l'existence d'une faute commise à l'occasion d'un acte de prévention, de diagnostic ou de soins et que cette faute a un lien de causalité directe avec son dommage. Néanmoins, les travaux préparatoires (108) précisent qu'il ne saurait être question de remettre en cause le régime de la présomption de faute lorsque celle-ci révèle un défaut dans l'organisation et le fonctionnement du service public hospitalier. En revanche, ils sont restés silencieux relativement au régime de la perte de chance.

La consécration législative du principe selon lequel la responsabilité médicale ne peut être engagée qu'en cas de faute ne devrait pas avoir d'incidence sur la jurisprudence relative à la perte de chance de guérison ou de survie dans la mesure où celle-ci s'applique essentiellement à l'occasion d'actes de diagnostic ou de soins nonobstant l'incertitude de la relation causale. Le revirement de l'arrêt *Centre hospitalier de Vienne* va dans ce sens puisque le commissaire du gouvernement, on s'en souvient, se fonde sur la logique d'harmonisation de la loi du 4 mars 2002 et la volonté du législateur de ne pas laisser subsister des divergences dans les solutions jurisprudentielles entre les deux ordres de juridiction : la démonstration postule la pérennité de la perte de chance de guérison ou de survie dans le dispositif législatif de réparation des conséquences des risques sanitaires.

Désormais l'évaluation de la perte de chance de guérison ou de survie doit être fixée à une fraction du préjudice corporel « déterminée en fonction de l'ampleur de la chance perdue » ; le juge administratif sera contraint de s'appuyer sur les rapports d'expertise. C'était l'une des craintes du commissaire du gouvernement Didier Chauvaux, formulée à l'encontre de la transposition de la jurisprudence judiciaire : la soumission du juge administratif aux « affirmations non motivées de l'expert » et le risque de perdre son libre arbitre (109). Si, comme l'explique Terry Olson, le contentieux de la responsabilité hospitalière ne peut plus être résolu aujourd'hui sans le concours des experts (110), il n'en demeure pas moins que ces derniers ont une conception de la perte de chance qui ne correspond pas nécessairement à la notion juridique : des abus de langage ou des confusions entre la notion juridique de perte de chance et la notion de causes multiples sont possibles (111). En effet, par hypothèse, une personne du fait de sa maladie perd de nombreuses chances de guérison en fonction de la gravité de son état mais aussi de l'évolution de celui-ci ou encore en raison des risques thérapeutiques qui sont inhérents à l'activité médicale (112). La difficulté pour le juge est donc double : établir la réalité du lien de causalité entre une faute caractérisée et une perte de chance de guérison et de survie et évaluer la chance qui a été perdue. Sur ces deux aspects, les observations des experts sont déterminantes.

Il ressort des premiers arrêts rendus en application de la nouvelle jurisprudence que le juge administratif ne sanctionne que des faits constitutifs de véritables carences dans le fonctionnement du service public hospitalier ou des erreurs et des retards inadmissibles dans l'établissement du diagnostic ou dans le traitement de la pathologie (113). Il ne semble donc pas que la rupture avec « la logique du tout ou rien » (114) conduise le juge à assouplir sa jurisprudence concernant l'appréciation de la faute de nature à compromettre les chances d'obtenir une amélioration de l'état de santé ou d'échapper à son aggravation ; car il n'est pas possible de sanctionner systématiquement toute erreur dans la prise en charge ou dans le traitement d'un patient. Tout prête à croire que le juge administratif ne sanctionnera que les fautes inadmissibles ou inexcusables en lien avec un dommage anormalement grave. Il n'est donc pas certain que le revirement de jurisprudence donne accès à une indemnisation plus fréquente des victimes comme l'a affirmé le commissaire du gouvernement Terry Olson. Dès lors, il faut peut-être regretter à la fois l'abandon de la réparation intégrale du préjudice final et sa non-transposition par la Cour de cassation, ce que préconise d'ailleurs une partie de la doctrine civiliste favorable à « la libéralisation de la preuve du lien de causalité » en droit médical (115).

En revanche, la jurisprudence relative à la perte de chance de se soustraire à la réalisation

d'un risque se rapporte à un acte qui n'entre pas dans les catégories de l'article L. 1142-1 du code de la santé publique. Pour reprendre une typologie célèbre, le domaine législatif semble circonscrit aux « fautes contre la technique médicale » ainsi qu'aux « fautes contre la prudence banale », à l'exclusion des « fautes contre l'humanisme » (116). Or le défaut d'information qui empêche le patient de délivrer un consentement libre et éclairé constitue à l'évidence une faute d'humanisme (117) ou encore une « faute contre la conscience médicale » par opposition aux « fautes contre la science médicale » (118). L'information médicale est une opération préalable et nécessaire à tous les actes de prévention, de diagnostic ou de soins. Mais le manquement à l'obligation d'information ne saurait constituer une faute en lien avec un dommage consécutif à un acte de prévention, de diagnostic ou de soin.

En outre, la perte de chance de se soustraire à la réalisation d'un risque est inappropriée pour sanctionner le manquement à l'obligation d'information préalable à un acte médical. La méthode d'évaluation retenue par les juges judiciaire et administratif consiste à calculer les probabilités pour que le patient, dûment informé, refusât l'intervention (119). Or, dans la plupart des cas, le juge considère que celui-ci n'aurait pas refusé l'intervention s'il avait été correctement informé des risques - même ceux qui ne se réalisent qu'exceptionnellement. Dans ce cas, le juge décide que la perte de chance n'est pas établie, compte tenu du caractère indispensable voire vitale de l'intervention (120). Inversement, si le juge considère que l'intervention n'était pas indispensable et que le patient aurait pu l'éviter, c'est que le défaut d'information a fait courir au patient un risque injustifié ouvrant droit à une indemnisation intégrale du préjudice corporel (121).

Dans l'hypothèse où l'intervention est considérée comme vitale, le manquement à l'obligation d'information n'est pas sanctionné. Une telle solution est liée au fondement de l'obligation d'information médicale : comme l'a rappelé la Cour de cassation en 2001, celui-ci réside « dans le principe constitutionnel de sauvegarde de dignité de la personne humaine » (122) car l'information médicale a été toujours été conçue comme le corollaire de l'obligation de recueillir le consentement du patient avant toute intervention sur le corps humain.

Or la loi du 4 mars 2002, en consacrant les droits de l'usager du système de santé sur le modèle de la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine signée à Oviedo le 4 avril 1997, hisse le droit à l'information à un rang législatif au même titre que le principe du consentement : la violation de ce droit doit donc être sanctionnée en tant que telle, à l'instar de la violation d'un droit subjectif et indépendamment de la question de savoir si dûment informé le patient aurait tout de même délivré son consentement.

Toutefois, comme l'explique le dernier rapport de la Cour de cassation (123), le Conseil d'Etat et la Cour de cassation refusent catégoriquement de considérer la violation du droit à l'information comme un préjudice purement moral (124). Sous l'empire de la loi du 4 mars 2002, devant les juridictions civiles, le fondement législatif du droit à l'information - l'article L. 1111-2 du code de la santé publique - entraîne une responsabilité délictuelle et non plus contractuelle (125). Mais la sanction demeure la perte de chance de se soustraire à la réalisation d'un risque en raison du lien consubstantiel qui unit information préalable et consentement éclairé en droit médical et hospitalier (126). Si, pour reprendre les termes du dernier rapport de la Cour de cassation, « il n'est pas certain que cette dernière évolution, hétérodoxe par rapport à la théorie générale de la perte de chance, constitue un progrès dans la protection des droits du malade », on s'aperçoit que, loin d'avoir été abandonnée, la perte de chance a été intégrée dans le mécanisme d'indemnisation des accidents médicaux.

L'intégration de la perte de chance dans le mécanisme d'indemnisation des accidents médicaux

L'article L. 1142-1 § II du code de la santé publique pose le principe de l'indemnisation, au titre de la solidarité nationale, des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales lorsqu'en l'absence de faute, ceux-ci ont eu pour le patient « des conséquences anormales au regard de son état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci et présentent un caractère de gravité » dont l'étendue est fixée par l'article D. 1142-1

du même code : taux d'incapacité permanente (IPP) de 24 % ou durée de l'incapacité temporaire de travail égale à six mois consécutifs ou à six mois non consécutifs sur une période de douze mois. En outre, le caractère de gravité peut être reconnu lorsque la victime est déclarée inapte à exercer l'activité professionnelle ou en cas de troubles particulièrement graves, y compris d'ordre économique, dans les conditions d'existence. L'office national d'indemnisation des accidents médicaux (ONIAM) est chargé de l'indemnisation au titre de la solidarité nationale.

La loi du 4 mars 2002 a mis en place une procédure facultative de règlement amiable des litiges relatifs aux accidents médicaux, aux affections iatrogènes et aux infections nosocomiales qui fait intervenir les commissions régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux (CRCI). La procédure est beaucoup plus simple que devant les juridictions : toute personne s'estimant victime d'un accident médical, d'une affection iatrogène ou d'une infection nosocomiale doit adresser un formulaire à la CRCI territorialement compétente accompagné des pièces attestant la recevabilité au regard de la gravité du dommage requise par la loi. La CRCI dispose d'un délai de 6 mois pour rendre un avis [§\(127\)](#). Deux cas de figure sont envisageables : soit elle se déclare incompétente au regard des pièces qui figurent dans le dossier de saisine, soit elle décide de diligenter une expertise à la suite de laquelle elle pourra ou rejeter la demande ou conclure à l'indemnisation de la victime. La Commission nationale des accidents médicaux (CNAMED) chargée de « l'application homogène » de la procédure de règlement amiable remet chaque année un rapport au Gouvernement et au Parlement [§\(128\)](#). Dans un premier temps, elle s'est efforcée de clarifier la procédure en apportant quelques précisions de vocabulaire : c'est ainsi que l'on distingue, parmi les décisions des CRCI, les déclarations d'incompétence, les avis négatifs et les avis positifs [§\(129\)](#). Ceux-ci peuvent comporter plusieurs types de conclusions : soit la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé [§\(130\)](#), soit l'indemnisation au titre de la solidarité nationale [§\(131\)](#), soit un partage entre la solidarité nationale et la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé [§\(132\)](#). L'édition d'un avis positif permet de poursuivre la procédure de règlement amiable : selon que la CRCI a conclu à la responsabilité ou à la solidarité, l'assureur du responsable ou l'ONIAM présente une offre à la victime dont l'acceptation vaut transaction. Les CRCI n'interviennent donc pas dans la phase de négociation entre l'assureur ou l'ONIAM et la victime. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence a décidé que l'ONIAM n'était pas lié par les avis des CRCI et qu'il n'était pas tenu de faire une offre d'indemnisation chaque fois qu'une CRCI concluait à la solidarité nationale [§\(133\)](#).

Chaque année la CNAMED dresse le bilan de l'activité des CRCI et donne des indications chiffrées sur le nombre de dossiers reçus, le pourcentage de déclarations d'incompétence, d'avis négatifs et d'avis positifs. Elle fournit également des statistiques de répartition entre les avis positifs de responsabilité, ceux de solidarité et ceux de partage entre solidarité et responsabilité. Le dernier rapport de la CNAMED, remis en janvier 2008, fait pour la première fois référence à la notion de perte de chance dans les avis des CRCI. Il apparaît ainsi qu'en 2006-2007, parmi les conclusions positives après expertise au fond, « dans 78 % des cas, l'indemnisation proposée a été totale ; en cas d'indemnisation partielle, celle-ci a été motivée par l'état antérieur dans 14 % des cas, une perte de chance dans 8 %, les deux dans moins de 1 % des cas » [§\(134\)](#). Au titre des travaux d'harmonisation du dispositif d'indemnisation, la CNAMED a rédigé un projet d'avis type qui contient « l'identification d'une éventuelle part non indemnisable » en raison soit de l'état antérieur soit d'une perte de chance [§\(135\)](#).

La Commission d'accès aux documents administratifs ayant délibérément restreint l'accès des avis des CRCI aux seules personnes concernées [§\(136\)](#), il n'a pas été possible de lire les avis des CRCI, ce qui rend difficile l'interprétation de la notion de perte de chance telle qu'elle figure dans le bilan de l'activité des commissions pour l'année 2006-2007. Un entretien avec Mme Françoise Avram, présidente de la CRCI d'Ile de France permet de penser que la notion est utilisée comme devant les tribunaux dans sa double dimension : perte de chance de guérison ou de survie et perte de chance de se soustraire à la réalisation d'un risque. La fonction est la même : permettre l'indemnisation de la victime alors qu'il existe un doute quant au lien de causalité entre une faute et le préjudice corporel. La notion de perte de chance de guérison ou de survie a ainsi conduit à la conclusion d'avis d'indemnisation partielle

en cas d'erreur de diagnostic ou de retard dans le traitement approprié d'une pathologie.

La référence à la perte de chance de se soustraire à la réalisation d'un risque dans les avis des CRCI a de quoi surprendre eu égard à la définition législative du contentieux de la responsabilité médicale et hospitalière. Surtout, la notion est susceptible d'entrer en conflit avec celle d'état antérieur de la victime, notion très délicate directement liée à la question de l'indemnisation de l'aléa thérapeutique (137). C'est ainsi que, parmi les conditions draconiennes fixées par la jurisprudence *Bianchi*, figurait l'absence de rapport entre le dommage et « l'état initial du patient comme avec l'évolution prévisible de cet état » (138). Dans la mesure où l'indemnisation de l'aléa thérapeutique ne vise que les hypothèses dans lesquelles le dommage répond au critère de gravité fixé par l'article D. 1142-1 du code de la santé publique, les CRCI ou les juges doivent faire le départ entre l'état antérieur et son évolution prévisible et les conséquences véritablement anormales imputables à l'accident médical. Comme l'explique la CNAMED, toute la difficulté réside dans « l'application d'un des principes essentiels du droit de la responsabilité : réparer tout le dommage mais rien que le dommage en tentant de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu » (139). Ici encore le poids des experts est prépondérant : il faut donc regretter, avec la CNAMED, l'insuffisance voire le laconisme de certaines expertises (140).

La notion d'état antérieur de la victime tend à restreindre le champ de l'indemnisation de l'aléa thérapeutique. Dans l'affaire *Caisse régionale d'Assurance-Maladie d'Ile de France*, par exemple, le patient avait subi un double pontage coronarien qui avait entraîné des complications et notamment un arrêt cardiaque suivi d'une tétraplégie et d'un état grabataire. Aucune faute technique n'était imputable à l'hôpital mais celui-ci n'avait pas correctement informé ledit patient des risques que présentait une telle intervention. Le juge administratif a donc admis le principe d'une indemnisation au titre de la perte de chance de se soustraire à la réalisation d'un risque évaluée à 30 % du préjudice final.

Avant la loi du 4 mars 2002, la jurisprudence relative à la perte de chance de se soustraire à la réalisation d'un risque avait été élaborée pour pallier les insuffisances du système d'indemnisation des accidents médicaux et à seule fin d'indemniser partiellement les conséquences dommageables de la réalisation d'un risque thérapeutique (141). Qu'en est-il sous l'empire du nouveau dispositif d'indemnisation des accidents médicaux ? Il apparaît que la notion d'état antérieur ferait obstacle à une indemnisation au titre de l'aléa thérapeutique dans la mesure où le patient a subi un pontage coronarien pour soigner un infarctus du myocarde dont l'évolution entraîne précisément un arrêt cardiaque. Dans ces conditions, la notion de perte de chance de se soustraire à la réalisation d'un risque pourrait permettre à la victime d'obtenir une indemnisation partielle de son dommage corporel si son état antérieur faisait obstacle au bénéfice de la solidarité nationale et à condition que les médecins aient manqué à leur obligation d'information (142). Cela suppose d'adopter une conception large du contentieux législatif de la responsabilité des conséquences dommageables des risques sanitaires. Il conviendrait alors de modifier la méthode d'évaluation de la perte de chance de se soustraire à la réalisation d'un risque qui repose sur une appréciation subjective et qui aboutit rarement à l'indemnisation de la victime. Une réparation forfaitaire au titre d'un préjudice moral semblerait mieux adaptée à l'image de ce que préconisait le commissaire du gouvernement Didier Chauvaux pour sanctionner la violation du droit au refus de recevoir une transfusion sanguine dans l'affaire des Témoins de Jéhovah (143). Mais, on s'en souvient, la Cour de cassation se montre résolument hostile à une telle évolution (144).

Toutefois, le maintien de la jurisprudence relative à la perte de chance de se soustraire à la réalisation d'un risque soulève des difficultés dans la mise en oeuvre de l'indemnisation de l'aléa thérapeutique : la solidarité nationale ne peut jouer qu'à titre subsidiaire. Dès lors, si l'on considère que toute faute - faute technique ou faute d'humanisme - est de nature à engager la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé, cela exclut l'indemnisation au titre de la solidarité nationale alors même que dans le contentieux de l'information médicale, l'accident est lié au risque thérapeutique (145). Est-il possible d'envisager alors un partage entre la responsabilité et la solidarité nationale ? L'ONIAM ne serait-il pas alors tenté de refuser de suivre un avis d'une CRCI ayant conclu à une

indemnisation au titre de la solidarité nationale en raison d'une faute ayant fait perdre au patient une chance d'éviter la réalisation d'un risque ? Autant de questions qu'il est impossible de trancher, pour le moment, en raison de la confidentialité des avis des CRCI et de la rareté des décisions juridictionnelles faisant application de la loi du 4 mars 2002.

Mots clés :

RESPONSABILITE * Réparation du préjudice * Perte d'une chance * Hôpital

SANTE PUBLIQUE * Hôpital * Responsabilité * Réparation du préjudice * Perte d'une chance

(1) RFDA 2008. 348, concl. T. Olson  ; AJDA 2008. 135, chron. J. Boucher et B. Bourgeois-Machureau  ; JCP 2008, n° 14, p. 27, chron. B. Plessix ; JCP Adm. 2008, comm. 2078, C. Paillard ; Procédures 2008. 27, note S. Deyras ; DA 2008, n° 2, p. 39.

(2) CE, sect., 5 janv. 2000, *Assistance publique - Hôpitaux de Paris c/ M. Guilbot et Consorts Telle* (2 arrêts), RFDA 2000. 641  , concl. D. Chauvaux et 654, note P. Bon ; AJDA 2000. 137, chron. M. Guyomar et P. Collin  ; RDSS. 2000. 357, note L. Dubouis  ; LPA 25 févr. 2000, note C. Clément ; JCP 2000. II. 10271, note J. Moreau ; AJFP 2000. 48, note D. Dendoncker  ; Ch. Radé, L'harmonisation des jurisprudences judiciaire et administrative en matière de responsabilité médicale : réflexions sur la méthode, RCA juill.-août 2000. 4.

(3) CE 24 avr. 1964, *Hôpital-Hospice de Voiron*, Lebon 259 ; CE 6 févr. 1974, *Sieur Gomez*, AJDA 1974. 456 et RDSS 1975. 207, note F. Moderne ; CE 9 juill. 1975, *Grandclément*, RD publ. 1976. 398, note J. de Soto ; RDSS 1977. 72, note F. Moderne ; CE 2 déc. 1977, *Dame Rossier*, Lebon 485  , RDSS 1978. 362, note F. Moderne ; CE 29 oct. 1980, *M. Marty*, Lebon T. 874  ; D. 1981. IR. 166, note F. Moderne et P. Bon ; CE 27 avr. 1984, *Tronville*, RDSS 1985. 165, note F. Moderne ; CE 20 mars 1991,  *Centre hospitalier régional de Toulouse c/ Consorts Oulié*, req. n° 53128 ; RD publ. 1991, chron. Y. Gaudemet ; v. *infra* pour des références plus récentes.

(4) Civ. 1re, 8 juill. 1997 (2 arrêts), JCP 1997. II. 22921, rapport P. Sargos.

(5) Arrêt n° 02LY00294. Il faut ici remercier le greffe de la cour administrative d'appel de Lyon pour l'envoi de l'arrêt et des conclusions du commissaire du gouvernement M. d'Hervé.

(6) Pour reprendre l'expression qui figure dans le dernier rapport public de la Cour de cassation : *La santé dans la jurisprudence de la Cour de cassation, Rapport 2007*, La documentation française 2008, p. 268, expression qui est également utilisée par la doctrine : J. Boré, L'indemnisation pour les chances perdues : une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable, JCP 1974. I. 2620 ; F. Chabas, La perte d'une chance en droit français *in Développements récents du droit de la responsabilité civile*, Genève 1991, p. 131. L'utilisation du mot « théorie » par la doctrine civiliste vise sans doute à marquer la spécificité de l'emploi de la perte de chance en matière médicale d'où les distinctions entre « vraie et fausse théorie de la perte de chance » ou encore « théorie classique » et « théorie spécifique » alors même qu'elle pourrait paraître, de prime abord, abusive (pour davantage de développements sur l'élaboration doctrinale des théories : v. M Deguergue, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 171, p. 569 s.).

(7) Titre II de la loi du 4 mars 2002. Sur ce concept v. not. : L. Dubouis, Démocratie sanitaire et droits de la personne malade. A propos de la loi du 4 mars 2002, *in Mouvement du droit public. Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Dalloz 2004, p. 127M009CHRON20040008 et J.-P. Duprat, Démocratie sanitaire et droits du malade, *in Mouvement du droit public. Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Dalloz 2004, p. 145.

(8) Concl. préc.

(9) Cl. Evin, J.-J. Denis et B. Charles, *Rapport sur le projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, Doc. A.N. n° 3263, T. I, sept. 2001, p. 14.

(10) V. en ce sens, P. Fauchon, *Avis sur le projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, Doc. Sénat n 175, janv. 2002, p. 20. V. également : L. Dubouis, La distinction droit public - droit privé à l'épreuve de l'évolution de la responsabilité médicale, *in Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum Jean Waline*, Dalloz, 2002, p. 195 ; Ch. Guettier, Disparition, maintien ou réformation de la dualité de juridictions ?, *in Vers de nouvelles normes de la responsabilité publique ? Colloque des 11 et 12 mai 2001, Les colloques du Sénat*, p. 149.

(11) V. en ce sens, M. Deguerge, thèse préc., p. 403.

(12) Cass., req., 17 juill. 1889, S. 1891. 1. 399.

(13) Sur les liens entre chance, aléa et droit, v. A. Bénabent, *La chance et le droit*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. CXXVIII, 1973 et C. Bloud-Rey, *Chance in D. Alland et S. Rials (dir), Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Quadrige, 2004, p. 181.

(14) J. Boré, art. préc. ; I. Vacarie, La perte d'une chance, RRJ 1987. 927 ; F. Chabas, art. préc. ; C. Ruellan, La perte de chance en droit privé, RRJ 1999. 729 ; V. Tachini Laforest, Réflexions à propos de la perte de chance, LPA 19 juill. 1999 ; X. Pradel, Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 415, 2004, n° 189 s. ; Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, 6e éd., 2006, n° 1417 s. ; G. Viney et P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 3e éd., 2006, n° 278 et s.

(15) A. Bénabent, thèse préc., p. 280.

(16) CE, sect., 3 août 1928, Lebon 1035.

(17) C. Cormier, *Le préjudice en droit administratif français. Etude sur la responsabilité extracontractuelle des personnes publiques*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 228, 2002, p. 187 s.

(18) R. Arzac, L'indemnisation de la perte de chance en droit administratif, RRJ 2007. 759. V. également sur la notion de perte de chance en droit administratif : M. Deguerge, La perte de chance *in L'égalité des chances*, La découverte, Recherches, 2000, p. 197 ; M. Laroque, La réparation de la perte de chances, Gaz. Pal. 1985. Doctr. 607 ; F. Sallet, La perte de chance dans la jurisprudence administrative relative à la responsabilité de la puissance publique, LGDJ, Travaux et Recherches Panthéon-Assas Paris II, 1994.

(19) CE 24 avr. 1964, *Hôpital-Hospice de Voiron*, Lebon 259.

(20) Civ. 1re, 14 déc. 1965, JCP 1966. II. 14753, note R. Savatier.

(21) Il faut ajouter que le rapport public 2007 de la Cour de cassation désigne un arrêt de la Cour de cassation du 27 janvier 1974 (Bull. civ. I, 1974, n° 37) comme véritable premier arrêt didactique en la matière (*La santé dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, préc. p. 269).

(22) R. Savatier, Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé ?, D. 1970, chron., p. 123.

(23) C. Ruellan, art. préc.

(24) F. Chabas, art. préc.

(25) J. Penneau, *La responsabilité du médecin*, Dalloz, Connaissance du droit, 3e éd. 2004, p. 34

(26) Civ. 1re, 7 oct. 1998, (2 arrêts), JCP 1998. II. 10179, concl. J. Sainte-Rose et note P. Sargos ; D. 1999. AJ. 145, note S. Porchy 📖 ; LPA 9 juin 1999, note E. Gouesse ; RTDC 1999. 111, obs. P. Jourdain ; Dr. et Patrimoine, déc. 1998, p. 93, obs. F. Chabas.

(27) *La santé dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, préc. p. 271.

(28) CE, sect., 5 janv. 2000, *Assistance Publique-Hôpitaux de Paris c/ Guilbot* 📖 et *Telle* (2 arrêts), préc. 📖

(29) V. par ex. : CAA Paris, 9 juin 1998, *Berkoun*, n° 95PA03525 ; CAA Lyon, 30 mars 2000, *Collège Jean Vilar*, 97LY02942 ; CAA Nancy, 4 mai 2000, *CHRU de Reims*, n° 95NC01566.

(30) CE 19 mars 2003, *CHRU de Caen*, Lebon 138 📖 ; CE 25 juin 2003, *M. D.*, req. n° 236377 ; CE 10 oct. 2005, *M. G. c/ Centre hospitalier du Val d'Oise*, req. n° 254284 ; CE 8 févr. 2006, *CPAM des Ardennes*, req. n° 223002.

(31) Concl. inédites sur CE 30 août 2006, *M. Luc. A.*, req. n° 265098. Il faut encore remercier le Centre de documentation du Conseil d'Etat, en la personne de P.-Y. Martinie, pour nous avoir transmis les conclusions inédites de D. Chauvaux et de T. Olson intéressant ces questions.

(32) Conformément à la rédaction du nouvel art. L. 376-1 CSS.

(33) Suivant en cela la démonstration du commissaire du gouvernement Terry Olson.

(34) Rapport pour l'année 2006-2007 remis au Parlement et au Gouvernement en janvier 2008 et disponible sur le site de la CNAMED : <http://www.cnamed.sante.gouv.fr/>.

(35) Sur la distinction faute d'humanisme / faute technique : v. R. Savatier, J.-M. Auby, J. Savatier et H. Péquignot, *Traité de droit médical*, Paris, Librairies techniques 1956, p. 290 et M. Harichaux, *La responsabilité médicale in Droit médical et hospitalier*, Classeur Litec, fasc. 18 et 18-1.

(36) M. Deguerge, thèse préc. p. 230. V. dans le même sens : D. Truchet, *Tout dommage oblige la personne publique à laquelle il est imputable à le réparer*, RDSS 1993. 1 📖.

(37) Sur le raisonnement finaliste, v. par ex. H. Legal, concl. sur CE, ass., 10 avr. 1992, *Epoux V.*, Lebon 173 📖, qui fait état de la « tendance dominante de la pratique jurisprudentielle qui étend assez largement le domaine de la faute indemnisable *en prenant notamment en compte la gravité des conséquences de l'acte* et qui réserve l'erreur non fautive à l'impondérable et à l'imprévisible, aux aléas indissociables de toute intervention médicale sur le corps humain » (nous soulignons).

(38) C. Cormier, thèse préc. p. 225.

(39) G. Viney et P. Jourdain, préc. n° 370, p. 231.

(40) CE, ass., 10 avr. 1992, *Epoux V.*, concl. H. Legal, Lebon 171 📖 ; AJDA 1992. 355 📖 ; RFDA 1992. 571 📖 ; JCP 1992. II. 21881, note J. Moreau ; Quot. Jur. 1992, p. 6, note M. Deguerge ; D. 1993. 146, obs. P. Bon et P. Terneyre 📖.

(41) CE 24 avr. 1964, *Hôpital-Hospice de Voiron*, Lebon 259.

(42) CE 7 janv. 1976, *Lederer*, Lebon T. 1147 📖 et RDSS 1977. 73, note F. Moderne.

(43) CAA Bordeaux, 9 mai 1989, *Centre hospitalier de Castelnaudary*, req. n° 89BX00002.

(44) CE 23 févr. 1962, *Meier*, Lebon 122 ; CE 18 nov. 1966, *Hôpital-hospice de Poissy*, Lebon

T. 1098 ; CE 22 déc. 1976, *Assistance publique de Paris c/ Dame Derridj*, Lebon 576  et JCP 1978. II. 18792 ; CE 9 janv. 1980, *Mme Martins*, Lebon 4  ; JCP 1981. II. 19651, note Cl. Devès.

(45) V. en ce sens, J. Montador, *La responsabilité des services publics hospitaliers*, Paris, Berger-Levrault, 1973, p. 75.

(46) La présomption de faute « désigne l'opération par laquelle le juge tire de faits voisins ou connexes qui ont le caractère d'indices, l'existence d'un fait dommageable inconnu dont dépend l'engagement de la responsabilité » : F. Llorens-Frayse, *La présomption de faute dans le contentieux administratif de la responsabilité*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 149, 1985, p. 90.

(47) V. F. Llorens-Frayse, *op. cit.*, p. 255. V. aussi, CE 22 déc. 1976, *Assistance publique de Paris c/ Dame Derridj*, préc. et CE 9 janv. 1980, *Mme Martins*, préc.

(48) CE, sect., 19 déc. 1984, *Boehrer*, Lebon 438, concl. B. Stirn .

(49) CE 6 févr. 1974, *Sieur Gomez*, préc.

(50) CE 9 juill. 1975, *Grandclément*, préc.

(51) CE 20 mars 1991, *Centre hospitalier régional de Toulouse c/ csts Oulié*, préc.

(52) Il faut ajouter que ces décisions participent du mouvement jurisprudentiel qui a connu une recrudescence de la faute lourde en raison de la difficulté croissante à distinguer l'acte de soin de l'acte médical. V. en ce sens, M. Deguegue, thèse *op. cit.*, p. 229 s. et Le rapport public du Conseil d'Etat de 1998, *Réflexions sur le droit de la santé in EDCE*, n° 49, p. 249

(53) Art. R. 4127-33 CSP dans sa rédaction issue du décret n° 95-1000 du 6 sept. 1995.

(54) CE 18 nov. 1966, *Consorts Gojat*, Lebon 613 .

(55) CE 9 juill. 1969, *Consorts Gojat*, Lebon 371 .

(56) *Ibid.* Nous soulignons.

(57) F. Moderne et P. Bon, note sous CE 29 oct. 1980, *Marty*, préc.

(58) Le Conseil d'Etat décide que : « l'erreur de diagnostic [...] et l'administration pendant près de deux ans de soins inadaptés ont compromis les chances de la dame Rossier d'éviter une cécité totale » : CE 7 déc. 1977, *Dame Rossier*, préc.

(59) Lebon 138.

(60) Concl. sur CE 19 mars 2003, *CHRU de Caen* (inédites). V. pour une semblable analyse : J. Boucher et B. Bourgeois-Machureau, chron. sous CE, sect., 21 déc. 2007, *Centre hospitalier de Vienne*, préc.

(61) CE 25 juin 2003, *M. Serge X.*, req. n° 236377.

(62) CE 10 oct. 2005, *M. G. c/ Centre hospitalier de Pontoise*, req. n° 254284.

(63) CE 30 août 2006, *M. Luc A.* préc. : retard dans le traitement d'une endophtalmie, le service des urgences n'ayant pas su détecter la présence d'un éclat métallique à l'intérieur de l'oeil, nonobstant les radiographies où le corps étranger était apparent ; CE 31 mai 2006, *M. Alain A.*, req. n° 282134 : erreurs persistantes du service urgences qui a diagnostiqué une sciatique chez un patient atteint d'une méningite bactérienne. Les cours administratives d'appel se livrent au même type de raisonnement.

- (64) Concl. sur CE 19 mars 2003, *CHRU de Caen* (inédites).
- (65) Civ. 1re, 8 juill. 1997, *Rocq c/ Chasseriau*, JCP 1997. II. 22921, rapport P. Sargos.
- (66) Rapport sous Civ. 1re, 8 juill. 1997, (2 arrêts) préc.
- (67) CE, sect., 21 déc. 2007, préc.
- (68) CE, sect., 5 janv. 2000, préc.
- (69) Sur le préjudice résultant de la perte de chance de se soustraire à la réalisation d'un risque, v. notre étude : S. **Boussard**, « Comment sanctionner la violation du droit à l'information de l'utilisateur du système de santé ? Les incertitudes de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé », RD publ. 2004. 169.
- (70) J. Boucher et B. Bourgeois-Machureau, chron. sous CE, sect., 21 déc. 2007, *Centre hospitalier de Vienne* 📄, préc.
- (71) Concl. sur CE, sect., 21 déc. 2007, *Centre hospitalier de Vienne* 📄, préc.
- (72) Rapport sous Civ. 1re, 8 juill. 1997 (2 arrêts), préc.
- (73) *Ibid.*
- (74) *Ibid.* L'auteur souligne.
- (75) Concl. T. Olson sur CE, sect., 21 déc. 2007, *Centre hospitalier de Vienne*, préc.
- (76) CE, sect., 19 mars 1971, *Mergui*, Lebon 235, concl. Rougevin-Baville 📄.
- (77) Concl. sur CE 19 mars 2003, *CHRU de Caen*, préc.
- (78) Y. Lambert-Faivre, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, Dalloz, Précis droit privé, 5e éd., 2006, n° 438 s. et sur la question du partage de responsabilité, n° 454.
- (79) Civ. 1re, 9 juill. 1997, *Meurice c/ Cortet et a.*, JCP 1997. II. 22921, rapport P. Sargos.
- (80) *Ibid.* Nous soulignons.
- (81) V. en ce sens : P. Jourdain, A propos de l'assiette des recours des tiers payeurs *in Responsabilité civile et assurance. Etudes offertes à Hubert Groutel*, Litec, 2006, p. 189.
- (82) Concl. sur CE 19 mars 2003, *CHRU de Caen* (inédites).
- (83) Lebon 228 ; AJDA 2004. 1361, chron. C. Landais et F. Lenica 📄 ; JCP Adm. 2004, comm. 1781, note C. Guettier ; JCP Adm. 2004, comm. 1807, note M.-L. Moquet-Anger.
- (84) Concl. sur CE, ass., 19 mai 2004, *CRAM d'Ile de France*, (inédites).
- (85) *Ibid.*
- (86) *Ibid.*
- (87) CE, ass., 19 févr. 1975, *Sté des Eaux de Marseille*, Lebon 124, concl. Morisot.
- (88) Ass. plén, 19 déc. 2003, Bull. AP n° 8, D. 2004. 161, note Y. Lambert-Faivre 📄 ; RTD civ 2004. 300, note P. Jourdain 📄.

(89) Y. Lambert-Faivre, ouvrage préc. n° 439.

(90) C. Lienhard, Réparation intégrale des préjudices en cas de dommages corporels : la nécessité d'un nouvel équilibre indemnitaire, D. 2006. 2485  ; P. Jourdain, A propos de l'assiette des recours des tiers payeurs, préc. ; S. Porchy-Simon, La nécessaire réforme du droit du dommage corporel, in *Responsabilité civile et assurance. Etudes offertes à Hubert Groutel*, Litec 2006, p. 359.

(91) <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/034000490/0000.pdf>.

(92) <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/064000217/0000.pdf>.

(93) C. Lienhard, Recours des tiers payeurs : une avancée législative significative, D. 2007. 452  ; P. Jourdain, La réforme des recours des tiers payeurs : des victimes favorisées, D. 2007. 454 .

(94) Art. L. 376-1, al. 3, CSS.

(95) Circ. de la DACS n° 2007-05 du 22 févr. 2007, BO du ministère de la Justice du 30 avr. 2007 : http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/boj_DACS_22%2002%2007.pdf.

(96) CE, avis, 4 juin 2007, *M. Lagier et Consorts Guigon*, RDSS 2007. 680, concl. L. Derepas   ; AJDA 2007. 1800, chron. J. Boucher et B. Bourgeois-Machureau  ; JCP Adm. 2008, n° 2055, comm. C. Paillard ; RTD civ. 2007. 577, obs. P. Jourdain . V. également : H. Groutel, Le recours des tiers payeurs : rapport d'étape (déc. 2006-févr. 2008), RCA 2008, n° 2, p. 9.

(97) Avis du 29 oct. 2007, JCP 2007. II. 10194, comm. P. Jourdain.

(98) Sur cette question v. Y. Gaudemet, L'arrêt de règlement dans le contentieux administratif, in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 387.

(99) Pour une critique de ce nouveau système, v. les commentaires préc. de P. Jourdain, D. 2007. 454  et RTD civ. 2007. *Contra* : H. Groutel, RCA 2008, préc.

(100) Mais seulement à l'égard des établissements de santé et pour les dommages correspondants à un taux d'incapacité physique partielle (IPP) inférieur à 25 %, selon l'interprétation combinée des art. L. 1142-1 I. al. 2 et L. 1142-1-1 CSP dans leur rédaction issue de la loi du 30 décembre 2002 relative à la responsabilité civile médicale.

(101) Rapport de MM. C. Evin, B. Charles et J.-J. Denis préc., T. I, p. 22. V. dans le même sens : *Projet de loi relatif aux droits des malades*, doc. A.N. n° 3258, sept. 2001, p. 62.

(102) CE, ass., 9 avr. 1993, Lebon 127, concl. S. Daël .

(103) Civ. 1re, 29 juin 1999, (3 arrêts) JCP 1999. II. 10138, Rapport P. Sargos.

(104) Civ. 1re, 9 nov. 1999, JCP 2000. II. 1025.

(105) Civ. 1re, 7 nov. 2000, Bull. I, n° 279.

(106) V. par ex. l'intervention de M. B. Kouchner, débat du 2 oct. 2001, Doc. Ass. nat. 3 oct. 2001, p. 5322 et, de même devant le Sénat le 30 janv. 2002, doc. Sénat, 31 janv. 2002, p. 762.

(107) *Ibid.*

(108) V. ainsi, *Projet de loi relatif aux droits des malades...*, préc., p. 60 et le rapport de MM.

C. Evin, B. Charles et J.-J. Denis, préc. T. III, pp. 22 et s.

(109) Concl. sur CE 19 mars 2003, *CHRU de Caen*, préc.

(110) Concl. sur CE, sect., 21 déc. 2007, *Centre hospitalier de Vienne* préc.

(111) V. en ce sens : C. Bernfeld, « L'indemnisation de la "perte de chance" dans le domaine des accidents médicaux : une situation dramatique pour les victimes », *Gaz. Pal.* 2006. doct. 2221.

(112) V. en ce sens : J. Boré, art. préc.

(113) CE 21 mars 2008, *CHU de Bordeaux*, req. n° 266154 📄 : traitement inadapté ; CE 28 mars 2008, *M. Joseph A.* req. n° 279755 : retard de diagnostic et de traitement ; CE 11 avr. 2008, *M. et Mme Joseph A.* req. n° 293938 : défaut de surveillance caractérisé pendant un accouchement.

(114) T. Olson, concl. sur CE, sect., 21 déc. 2007, *Centre hospitalier de Vienne*, préc.

(115) G. Viney et P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, préc. n° 373-I.

(116) R. Savatier, J.-M. Auby, J. Savatier et H. Péquignot, *Traité de droit médical*, préc., p. 290. Typologie que l'on retrouve dans le rapport 2007 de la Cour de cassation, *La santé dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, préc., p. 228 s.

(117) M. Harichaux, *La responsabilité médicale in Droit médical et hospitalier*, Classeur Litec, fasc. 18 et 18-1.

(118) On trouve notamment cette typologie dans l'ouvrage de Mme Y. Lambert-Faivre, *Droit du dommage corporel*, préc., p. 682 s.

(119) V. en ce sens, S. **Boussard**, préc.

(120) Civ. 1re, 20 juin 2000, pourvoi n° 98-23046 et CE 15 janv. 2001, *Mme Courrech*, Lebon T. 1184 📄. Pour des applications récentes : CE 27 juill. 2005, *M. Christian X. c/ CHRU de Caen*, req. n° 264412 ; Civ. 1re, 6 déc. 2007, D. 2008. 192, note P. Sargos 📄 ; CAA Bordeaux 25 mars 2008, req. n° 05BX01120.

(121) G. Viney et P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, préc. n° 373 ; M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 221, 1992, n° 622 s. Sur la création fautive d'un risque dans le droit de la responsabilité hospitalière, le Conseil d'Etat a considéré que la responsabilité de l'Assistance publique - Hôpitaux de Paris (AP-HP) était engagée pour avoir fait courir un risque injustifié à des patients atteints d'hémophilie modérée à qui on avait administré des produits sanguins non chauffés au cours de l'année 1984 alors qu'il existait des traitements de substitution et que le service ne pouvait pas ignorer le risque de contamination : CE 10 déc. 2001, *AP-HP c/ Cts Giraud*, req. n° 216090 et CE 10 déc. 2001, *AP-HP c/ Cts Héliot*, req. n° 216091.

(122) Civ. 1re, 9 oct. 2001, *CJEG* 2002, p. 10, rapport P. Sargos ; D. 2001. 3470, rapport P. Sargos 📄 et note D. Thouvenin 📄.

(123) *La santé dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, préc. p. 230.

(124) La solution a été fixée en 2000 par le juge administratif et n'a pas été remise en cause depuis : CE, sect., 5 janv. 2000, *AP-HP c/ Csts Guilbot*, préc. Au sein de l'ordre judiciaire, les juges du fond tentent régulièrement de réparer le préjudice moral mais la Cour de cassation vient encore récemment de réaffirmer sa jurisprudence traditionnelle : Civ. 1re, 6 déc. 2007, préc.

(125) L'arrêt rendu par la première Chambre civile de la Cour de cassation du 6 décembre 2007 représente, à cet égard, une avancée significative de la jurisprudence judiciaire pour des faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002 : la Cour de cassation considère le manquement à l'obligation d'information comme une faute délictuelle sur le double fondement de l'article 36 du code de déontologie médicale et de l'article 1382 du code civil alors qu'auparavant la faute reposait sur l'article 1147 du code civil depuis l'arrêt fondateur, Cass., req., 8 janv. 1942, *Teyssier*, Gaz. Pal. 1942. 177.

(126) V. la rédaction très significative d'un jugement du TGI de Marseille en date du 22 mars 2007 (affaire 06/13124) dont on trouve la référence sur le site de l'Oniam : <http://juris.oniam.fr/> : le jugement retient le défaut d'information sur le fondement de L. 1111-2 CSP mais rejette la perte de chance de se soustraire à la réalisation du risque car le patient n'aurait pas pu refuser intervention. Or « le manquement à l'obligation d'information qui découle du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité humaine ne peut donner lieu à indemnisation d'une partie du préjudice résultant du risque qui s'est réalisé que s'il est établi que le patient valablement informé aurait eu une chance d'échapper à sa réalisation en renonçant à l'intervention ».

(127) Art. L. 1142-8 CSP.

(128) Art. L. 1142-10 CSP.

(129) Rapp. 2004-2005, p. 19.

(130) Art. L. 1142-14 CSP.

(131) Art. L. 1142-17 CSP.

(132) Art. L. 1142-18 CSP.

(133) CE (avis), 20 oct. 2007, *M. Sachot*, concl. J.-P. Thiellay, AJDA 2007 . 2328 ; RFDA 2008. 343  ; JCP Adm. 2008, comm. C. Paillard. V. également D. Thouvenin, note sous CAA Versailles, 12 janv. 2006, D. 2006. 2140 .

(134) Rapport 2006-2007, p. 26.

(135) *Ibid.* p. 54. Le projet d'avis-type figure à l'annexe 11 du rapport, p. 119. Un projet de formulaire-type du rapport des CRCI figure également en annexe 1 dans lequel les CRCI devront indiquer le nombre d'avis d'indemnisation partielle en raison de l'état antérieur ou en raison d'une perte de chance ou en raison d'une association des deux (p. 99).

(136) CADA, avis du 1er avr. 2004 réf. 20041039 ; E. Cadeau, Le principe de la liberté d'accès au droit à l'épreuve... de la CADA, AJDA 2005. 1257 .

(137) Toutefois, le rapport de la CNAMED envisage également la notion d'état antérieur comme facteur de réduction de l'indemnisation lorsque la victime présentait une prédisposition, le rendant plus vulnérable au moment du fait générateur et procède à une analyse des décisions des tribunaux judiciaires (p. 69 s.).

(138) CE, ass., 9 avr. 1993, préc .

(139) Rapport 2006-2007, p. 66.

(140) *Ibid.*

(141) S. **Boussard**, art. préc.

(142) C'est ce que démontrait Terry Olson dans ses conclusions sur CE, ass., 19 mars 2004,

CRAM d'Ile de France, (inédites).

(143) Concl. sur CE, ass., 26 oct. 2001, *Senanayake* , RFDA 2002. 146  : Didier Chauvaux défendait la thèse selon laquelle un médecin qui transfuse son patient contre la volonté clairement exprimée de son patient commet une violation du droit au refus de soin quand bien même la transfusion constituerait la seule chance de survie. La violation du droit au refus de soin porte ainsi atteinte à l'autonomie du patient et engendre des souffrances morales (convictions religieuses en l'espèce). Mais au stade de l'évaluation du préjudice, le commissaire du gouvernement suggère de prendre en compte le bénéfice que le patient peut retirer de l'intervention forcée. On sait que l'Assemblée du contentieux n'a pas suivi un tel raisonnement puisqu'elle a considéré qu'il n'y avait pas eu de faute de la part des médecins. Le raisonnement de Didier Chauvaux avait pourtant le mérite de garantir l'effectivité des droits de la personne du malade au moment où le Parlement était en train de voter le projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

(144) Civ. 1re, 7 déc. 2007, préc.

(145) V. en ce sens : P. Jourdain, De quelques difficultés d'application de la loi, *in* La loi Kouchner trois ans après, LPA 2006, n° 129.