

**Cour de cassation**

**chambre civile 1**

**Audience publique du 17 février 2011**

**N° de pourvoi: 10-10449 10-10670**

Publié au bulletin

**Cassation partiellement sans renvoi**

**M. Charruault (président), président**

Me Le Prado, SCP Baraduc et Duhamel, SCP Barthélemy, Matuchansky et Vexliard, SCP Potier de La Varde et Buk-Lament, SCP Richard, avocat(s)

**REPUBLIQUE FRANCAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

LA COUR DE CASSATION, PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

Vu leur connexité, joint les pourvois n° Q 10-10. 449 et E 10-10. 670 ;

Attendu que Mme X...a accouché d'une fille Quitterie, lourdement handicapée, le 30 avril 1992, à la Clinique Les Cigognes, à Pau ; que l'accouchement a été effectué par M. Y..., médecin obstétricien et Mme Z... , sage-femme ; que sur plainte des époux X..., le premier a été relaxé mais la seconde condamnée pour blessures involontaires ayant entraîné une incapacité de plus de trois mois, par une décision définitive ; que l'affaire ayant été renvoyée pour qu'il fût statué sur les intérêts civils, les époux X..., en leur nom personnel et au nom de leurs enfants mineurs, auxquels se sont joints les grands-parents de Quitterie, ont recherché la responsabilité du médecin et de la sage-femme et appelé en la cause la société Clinique Les Cigognes (la clinique), aux droits de laquelle vient la société Polyclinique de Navarre, laquelle a appelé en garantie son assureur, la société Médicale de France, la société Le Sou médical, assureur de Mme Z... , étant également mise par eux en la cause ; que la société AGF France IART, aux droits de laquelle se trouve la société Allianz IARD, assureur de M. Y..., et la Mutualité sociale agricole des Pyrénées-Orientales sont intervenues volontairement ;

Sur le premier moyen du pourvoi principal et le moyen unique du pourvoi provoqué n° E 10-10. 670, tels qu'ils figurent aux mémoires en demande et sont reproduits en annexe :

Attendu qu'ayant retenu que l'ensemble des fautes commises par le médecin et le personnel de la clinique avait fait perdre à l'enfant des chances certaines d'échapper à la constitution ou à l'aggravation des lésions cérébrales, peu important qu'il eût subsisté une incertitude sur l'origine de la pathologie et notamment sur l'existence possible de facteurs pathogènes anténataux non identifiables, la cour d'appel en a exactement déduit que la responsabilité de la clinique, hors sa qualité de commettant, ainsi que celle de M.

Y...étaient engagées ; que les griefs ne sont pas fondés ;

Sur les deuxième et troisième moyens du pourvoi principal n° E 10-10. 670, tels qu'ils figurent au mémoire en demande et sont reproduits en annexe :

Attendu, d'abord, que, contrairement à ce que soutient le pourvoi, la cour d'appel a tiré les conséquences de ses constatations selon lesquelles M. Y...avait méconnu ses obligations professionnelles, en mettant à sa charge la réparation d'une partie du préjudice ; qu'ensuite, elle a retenu que Mme Z... , sage-femme salariée, qui avait agi sans excéder les limites de la mission que l'établissement lui avait confiée, avait engagé la responsabilité civile de celui-ci ; qu'enfin, retenant à juste titre que la surveillance de l'accouchement et notamment la surveillance électronique de l'état du fœtus relevait de ses compétences, à charge pour elle de prévenir le médecin à temps pour éviter tout incident, elle en a déduit, à bon droit, que la clinique n'avait pas justifié d'un transfert du lien de préposition à M. Y...; que le deuxième moyen n'est pas fondé et que le troisième manque en fait ;

Mais sur les premiers moyens du pourvoi principal et du pourvoi incident n° Q 10-10. 449, pris en leur première branche et les seconds moyens des mêmes pourvois :

Vu les principes de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil et de la responsabilité in solidum ;

Attendu que la cour d'appel a décidé que le dommage causé à Quitterie X...ne consistait qu'en une perte de chance d'échapper à des lésions cérébrales, quantifiée à 70 %, et que la responsabilité en incombait pour 18 % à la Polyclinique de Navarre, venant aux droits de la clinique Les Cigognes, en qualité de commettant de Mme Z... , sage-femme, pour 2 % à M. Y...et pour 50 % à la Polyclinique de Navarre, venant aux droits de la clinique Les Cigognes, hors sa qualité de commettant ;

Qu'en statuant ainsi, alors, d'une part, qu'un arrêt définitif avait condamné Mme Z... pour blessures involontaires, au motif qu'elle avait, au cours de l'accouchement, par ses négligences répétées et déterminantes, notamment en débranchant le " monitoring " et en n'appelant pas le médecin à temps malgré l'évolution du travail, contribué à créer le handicap de Quitterie X..., ce dont il résultait que la sage-femme avait été à l'origine des atteintes corporelles constitutives de l'entier dommage, lequel ne pouvait dès lors être limité à une perte de chance, et alors, d'autre part, qu'elle a retenu que les autres intervenants, postérieurement à la naissance, avaient tous contribué à faire perdre à l'enfant une chance d'éviter les séquelles dont elle était atteinte, de sorte qu'ils devaient être tous tenus envers la victime, in solidum entre eux et avec le commettant de Mme Z... , à hauteur de la perte de chance ainsi subie, indépendamment de la part contributive de chacun à sa réalisation, la cour d'appel a violé les principes susvisés ;

Et vu l'article L. 411-3, alinéa 2, du code de l'organisation judiciaire ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :

CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 15 septembre 2009, entre les parties, par la cour d'appel de Pau ;

DIT n'y avoir lieu à renvoi du chef de la responsabilité de Mme Z... et la déclare responsable de l'entier dommage subi par Quitterie X...;

Renvoie pour le surplus devant la cour d'appel de Bordeaux ;

Condamne M. Y..., la Polyclinique de Navarre et Mme Z... ainsi que leurs assureurs respectifs aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, condamne M. Y...et la société Allianz IARD, la Polyclinique de Navarre et la société La Médicale de France, Mme Z... et Le Sou médical à payer, ensemble, la somme de 3 500 euros aux consorts X...et la somme de 3 000 euros à la Mutuelle sociale agricole des Pyrénées-Atlantiques ; rejette les autres demandes ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, première chambre civile, et prononcé par le

président en son audience publique du dix-sept février deux mille onze.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Barthélemy, Matuchansky et Vexliard, avocat aux Conseils, pour les consorts X...et M. et Mme A..., demandeurs au pourvoi principal n° Q 10-10. 449

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Le moyen reproche à l'arrêt attaqué, infirmatif de ce chef, D'AVOIR dit que le dommage causé à Quitterie X...le 30 avril 1992 consistait en une perte de chance d'échapper à la constitution de lésions cérébrales quantifiées à 70 %, que la responsabilité de cette perte de chance incombait pour 18 % des chances perdues à la polyclinique de Navarre, venant aux droits de la clinique des Cigognes, en qualité de commettante de madame Z... , sage-femme, pour 2 % des chances perdues au docteur Y..., obstétricien, personnellement et pour 50 % des chances perdues à la polyclinique de Navarre, venant aux droits de la clinique des Cigognes hors sa qualité de commettante de la sage-femme ;

AUX MOTIFS QUE l'autorité de la chose jugée au pénal s'impose au juge civil relativement aux faits constatés qui constituent le soutien nécessaire de la condamnation pénale ; que Monsieur Y...et madame Z... ont été pénalement poursuivis pour avoir à Pau le 30 avril 1992, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence, et en l'espèce, en n'identifiant pas les signes de bradycardie sur le tracé du monitoring pendant l'accouchement, en procédant ou en laissant procéder sans réagir au retrait du monitoring, en ne surveillant pas les battements de coeur du fœtus pendant les vingt minutes précédant l'accouchement, en perdant du temps et en prenant du retard lors de la réanimation de l'enfant et en effectuant une surveillance médicalisée légère entre l'accouchement et l'incident apnéique, involontairement causé une incapacité totale de travail supérieure à trois mois sur la personne de Quitterie X...; que pour confirmer le jugement du 28 janvier 2002 ayant déclaré madame Z... coupable de blessures involontaires avec incapacité supérieure à trois mois, l'arrêt aujourd'hui irrévocable du 30 avril 2003 retient qu'au regard de la nature de sa mission, de son expérience et des moyens qu'elle avait à sa disposition, celle-ci n'a pas accompli les diligences normales alors qu'il était impératif de surveiller l'évolution du travail et les réactions du fœtus ; qu'elle a, par ses négligences répétées et déterminantes, notamment en débranchant le monitoring et en n'appelant pas le médecin à temps malgré l'évolution négative du travail, contribué à créer les séquelles ayant porté atteinte à l'enfant en ne prenant pas les mesures permettant de les éviter et a ainsi commis une faute caractérisée qui a exposé l'enfant à naître à un risque d'une particulière gravité qu'elle ne pouvait ignorer ; que ces constatations constituent le soutien nécessaire de la condamnation pénale de madame Z... et ont ainsi autorité de la chose jugée (arrêt, p. 10-11) ; que les experts identifient chez Quitterie X...deux facteurs de risque cérébral évidents :- l'hypoglycémie, probablement prolongée, indiscutable et peut-être même à un chiffre plus bas que ceux notés dans l'intervalle des contrôles,- l'anaxo-ischémie non seulement per-natale, mais aussi au cours du malaise grave de la soirée avec bradycardie extrême et arrêt respiratoire ayant réellement existé, pour aussi rapide qu'ait pu être la prise en charge par le docteur C..., en préalable et en complication de l'hypoglycémie ; qu'ils estiment cependant que les données neuroradiologiques ne permettent pas d'orienter de façon décisive le débat étiologique puisque des arguments peuvent être avancés pour ou contre les hypothèses hypoxo-ischémiques néonatales et métaboliques/dégénératives, la notion de progressivité des lésions aux contrôles successifs ne pouvant en particulier être retenue en faveur seulement de la deuxième hypothèse ; qu'une plage d'incertitude persistant indiscutablement selon eux sur l'existence possible de facteurs pathogènes anté-nataux non identifiables favorisant l'impact des événements, indiscutables, subis par l'enfant au moment de la naissance, ils concluent ne pouvoir attribuer aux facteurs de risque néo-nataux identifiés un rôle supérieur à 80 % dans la

réalisation de l'encéphalopathie (arrêt, p. 14) ; que les experts précisent que les risques périnataux semblent entrer pour 80 % dans la pathologie des séquelles et qu'ils réservent 20 % à une possible prédisposition anté-natale ; que le poids relatif des différents facteurs de risques est à leur avis de : 30 % pour l'anoxo-ischémie (SFA), 50 % pour les événements de l'après-midi, dominés par l'hypoglycémie et 20 % pour le résultat de la fausse route ; que rapportés aux 80 % de facteurs étiologiques, ces derniers chiffres permettent de fixer un pourcentage de pathogénie de : 25 % pour la SFA, 40 % pour l'hypoglycémie, 16 % pour la fausse route ; que les pertes de chance paraissent être dans chaque facteur de risques de : 80 % pour la SFA, 90 % pour l'hypoglycémie, 75 % pour la fausse route ; que la perte de chance dans chaque facteur de risque semble donc être de 20 % pour la SFA (80 % de 25 %), 35 % environ pour l'hypoglycémie (90 % de 40 %) 15 % environ pour la fausse route (75 % de 16 %) ; que l'on peut évaluer la globalité des pertes de chances dans la réalisation de l'encéphalopathie au chiffre de 70 % (arrêt, p. 15-16) ; que les experts ont répondu aux dires des parties et qu'il convient de l'entériner en ce qu'il a apporté à la Cour un ensemble d'éléments d'appréciation d'ordre médical contradictoirement élaborés auxquelles celle-ci se réfère (arrêt, p. 17, 4ème alinéa) ; ALORS QUE l'autorité de la chose jugée au pénal s'impose au juge civil relativement à l'existence des faits qui constituent la base commune des actions civile et pénale ; que l'existence d'une condamnation pénale définitive du chef d'atteintes à l'intégrité de la personne implique la certitude de la réalisation du dommage, et non une simple perte de chance de l'éviter ; qu'en retenant l'existence d'une perte de chance de l'enfant d'échapper à la constitution de lésions cérébrales, après avoir pourtant considéré comme revêtues de l'autorité de la chose jugée les constatations de l'arrêt confirmatif rendu le 30 avril 2003 par la cour d'appel de Pau fondant la condamnation pénale de la sage-femme, laquelle avait « par ses négligences répétées et déterminantes, notamment en débranchant le monitoring et en n'appelant le médecin à temps malgré l'évolution du travail, contribué à créer les séquelles ayant porté atteinte à l'enfant », la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations au regard du principe de l'autorité, au civil, de la chose jugée au pénal ;

ALORS, EN TOUT ETAT DE CAUSE, QU'en se déterminant ainsi, sans rechercher, comme l'y avaient invitée les consorts X...(conclusions d'appel signifiées le 3 février 2009, pp. 44, 45, 59 et 60), si les constatations du jugement correctionnel rendu le 28 janvier 2002 par le tribunal de grande instance de Pau et confirmé en appel attribuant exclusivement les lésions cérébrales de l'enfant à des causes per-natales tenant, entre autres, à l'absence de prise en considération par la sage-femme des signes de souffrance foetale transmis par le monitoring au débranchement prématuré dudit monitoring, n'étaient pas, elles aussi, revêtues de l'autorité de la chose jugée, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du principe susvisé.

#### SECOND MOYEN DE CASSATION

Le moyen reproche à l'arrêt attaqué, après avoir dit que la Polyclinique de Navarre, aux droits de la clinique Les Cigognes, et son assureur la Médicale de France, d'une part, le docteur Y..., obstétricien, et son assureur les Assurances générales de France IART, nouvellement dénommées ALLIANZ IARD, d'autre part, seraient tenus d'indemniser les consorts X...des préjudices subis, D'AVOIR débouté les consorts X...de leur demande tendant à ce que ladite condamnation soit prononcée in solidum ;

AUX MOTIFS QU'aux termes du rapport d'expertise, la perte de chance relative à l'anoxo-ischémie (20 %) semble à attribuer presque exclusivement à la sage-femme qui, outre le retrait fautif du monitoring, n'a rien mis en oeuvre pour avertir le docteur Y...ni quand elle l'a appelé ni quand il a été sur place ; que l'implication du docteur Y...dans cette perte de chance est minime mais cependant pas nulle : il aurait pu, en effet, s'enquérir du déroulement du travail depuis sa visite à 11h30 même si, non averti du facteur de risque des bradycardies foetales constatées (puis totalement inévaluables en

l'absence de monitoring depuis 20 minutes), il n'avait aucune raison de considérer la situation comme « à risques » ; qu'un excès de prudence aurait pu le pousser, Quitterie étant née, à l'évacuer vers l'hôpital, mais on ne peut pas lui reprocher de ne pas l'avoir fait car le facteur de risque ne lui était pas connu et la rapide normalisation du score d'Apgar n'a certainement rassuré ; que sur les 35 % de perte de chances liés à l'hypoglycémie et les 15 % liés à la fausse route, la perte de chances liée à l'hypoglycémie est attribuable aux « personnels » chargés de la surveillance de l'enfant et indirectement au pédiatre chargé de superviser le bon déroulement de la période post-natale et que la perte de chances liée à la fausse route de 21h30 est uniquement attribuable « au personnel » : celui-ci n'a pris aucune précaution et ne s'est pas référé au pédiatre, pourtant présent dans la clinique, pour lui demander son avis concernant une prise médicamenteuse qui n'avait rien d'impérieux, et devant les objections nettement exprimées de madame X... ; qu'ainsi, l'ensemble des pertes de chances dont la responsabilité incombe « aux personnels » (donc sans implication ni du docteur Y... ni de la sage-femme, madame B...-Z...), peut être fixée à 50 % (arrêt, p. 16) ; que la polyclinique de Navarre venant aux droits de la société clinique Les Cigognes apparaît par ailleurs responsable des parts de la perte de chance, liée à l'hypoglycémie non corrigée et à l'incident de fausse route, attribuables aux personnels chargés de la surveillance de l'enfant, ce pour n'avoir pas assuré une prise en charge attentive et diligente de l'enfant durant la période post-natale ; que les opérations d'expertise ayant permis de déterminer les parts de perte de chance imputables respectivement à la sage-femme, à l'obstétricien et aux personnels de la clinique chargés de la surveillance de l'enfant, c'est à juste titre que le docteur Y...s'oppose au prononcé d'une condamnation in solidum (arrêt, p. 18) ;

ALORS QUE chacun des responsables d'un même dommage doit être condamné à le réparer en totalité, sans qu'il y ait lieu de tenir compte d'un partage entre eux qui n'affecte que leurs rapports réciproques et non le caractère et l'étendue de leurs obligations à l'égard de la partie lésée ; qu'en rejetant la demande de condamnation in solidum formée par les consorts X...à l'encontre des co-responsables, après avoir pourtant relevé que les opérations d'expertise avaient permis de déterminer les parts de dommage imputables respectivement à la sage-femme, à l'obstétricien et aux personnels de la clinique chargés de la surveillance de l'enfant, ce dont il résultait que ces différents intervenants étaient les co-auteurs du dommage subi par Quitterie X..., et que chacun d'entre eux était tenu pour le tout de la dette de réparation la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations et a violé de l'article 1203 du code civil.

Moyens produits par Me Le Prado, avocat aux Conseils, pour La Mutuelle sociale agricole des Pyrénées-Atlantiques, demanderesse au pourvoi incident n° Q 10-10. 449

#### PREMIER MOYEN DE CASSATION DU POURVOI INCIDENT

Le moyen reproche à l'arrêt attaqué :

D'AVOIR dit que le dommage causé à Quitterie X...le 30 avril 1992 consistait en une perte de chance d'échapper à la constitution de lésions cérébrales quantifiées à 70 %, que la responsabilité de cette perte de chance incombait pour 18 % des chances perdues à la polyclinique de Navarre, venant aux droits de la clinique des Cigognes, en qualité de commettante de madame Z... , sage-femme, pour 2 % des chances perdues au docteur Y..., obstétricien, personnellement et pour 50 % des chances perdues à la polyclinique de Navarre, venant aux droits de la clinique des Cigognes hors sa qualité de commettante de la sage-femme ;

AUX MOTIFS QUE l'autorité de la chose jugée au pénal s'impose au juge civil relativement aux faits constatés qui constituent le soutien nécessaire de la condamnation pénale ; que Monsieur Y...et madame Z... ont été pénalement poursuivis pour avoir à Pau le 30 avril 1992, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence, et en l'espèce, en n'identifiant pas les signes de bradycardie sur le tracé du monitoring pendant l'accouchement, en procédant ou en

laissant procéder sans réagir au retrait du monitoring, en ne surveillant pas les battements de coeur du fœtus pendant les vingt minutes précédant l'accouchement, en perdant du temps et en prenant du retard lors de la réanimation de l'enfant et en effectuant une surveillance médicalisée légère entre l'accouchement et l'incident apnéique, involontairement causé une incapacité totale de travail supérieure à trois mois sur la personne de Quitterie X...; que pour confirmer le jugement du 28 janvier 2002 ayant déclaré madame Z... coupable de blessures involontaires avec incapacité supérieure à trois mois, l'arrêt aujourd'hui irrévocable du 30 avril 2003 retient qu'au regard de la nature de sa mission, de son expérience et des moyens qu'elle avait à sa disposition, celle-ci n'a pas accompli les diligences normales alors qu'il était impératif de surveiller l'évolution du travail et les réactions du fœtus ; qu'elle a, par ses négligences répétées et déterminantes, notamment en débranchant le monitoring et en n'appelant pas le médecin à temps malgré l'évolution négative du travail, contribué à créer les séquelles ayant porté atteinte à l'enfant en ne prenant pas les mesures permettant de les éviter et a ainsi commis une faute caractérisée qui a exposé l'enfant à naître à un risque d'une particulière gravité qu'elle ne pouvait ignorer ; que ces constatations constituent le soutien nécessaire de la condamnation pénale de madame Z... et ont ainsi autorité de la chose jugée (arrêt, p. 10-11) ; que les experts identifient chez Quitterie X...deux facteurs de risque cérébral évidents :- l'hypoglycémie, probablement prolongée, indiscutable et peut-être même à un chiffre plus bas que ceux notés dans l'intervalle des contrôles,- l'anoxo-ischémie non seulement per-natale, mais aussi au cours du malaise grave de la soirée avec bradycardie extrême et arrêt respiratoire ayant réellement existé, pour aussi rapide qu'ait pu être la prise en charge par le docteur C..., en préalable et en complication de l'hypoglycémie ; qu'ils estiment cependant que les données neuroradiologiques ne permettent pas d'orienter de façon décisive le débat étiologique puisque des arguments peuvent être avancés pour ou contre les hypothèses hypoxo-ischémiques néonatales et métaboliques/dégénératives, la notion de progressivité des lésions aux contrôles successifs ne pouvant en particulier être retenue en faveur seulement de la deuxième hypothèse ; qu'une plage d'incertitude persistant indiscutablement selon eux sur l'existence possible de facteurs pathogènes anténataux non identifiables favorisant l'impact des événements, indiscutables, subis par l'enfant au moment de la naissance, ils concluent ne pouvoir attribuer aux facteurs de risque néonataux identifiés un rôle supérieur à 80 % dans la réalisation de l'encéphalopathie (arrêt, p. 14) ; que les experts précisent que les risques périnataux semblent entrer pour 80 % dans la pathologie des séquelles et qu'ils réservent 20 % à une possible prédisposition anténatale ; que le poids relatif des différents facteurs de risques est à leur avis de : 30 % pour l'anoxo-ischémie (SFA), 50 % pour les événements de l'après-midi, dominés par l'hypoglycémie et 20 % pour le résultat de la fausse route ; que rapportés aux 80 % de facteurs étiologiques, ces derniers chiffres permettent de fixer un pourcentage de pathogénie de : 25 % pour la SFA, 40 % pour l'hypoglycémie, 16 % pour la fausse route ; que les pertes de chance paraissent être dans chaque facteur de risques de : 80 % pour la SFA, 90 % pour l'hypoglycémie, 75 % pour la fausse route ; que la perte de chance dans chaque facteur de risque semble donc être de 20 % pour la SFA (80 % de 25 %), 35 % environ pour l'hypoglycémie (90 % de 40 %), 15 % environ pour la fausse route (75 % de 16 %) ; que l'on peut évaluer la globalité des pertes de chances dans la réalisation de l'encéphalopathie au chiffre de 70 % (arrêt, p. 15-16) ; que les experts ont répondu aux dires des parties et qu'il convient de l'entériner en ce qu'il a apporté à la Cour un ensemble d'éléments d'appréciation d'ordre médical contradictoirement élaborés auxquelles celle-ci se réfère (arrêt, p. 17, 4e alinéa) ; ALORS QUE l'autorité de la chose jugée au pénal s'impose au juge civil relativement à l'existence des faits qui constituent la base commune des actions civile et pénale ; que l'existence d'une condamnation pénale définitive du chef d'atteintes à l'intégrité de la personne implique la certitude de la réalisation du dommage, et non une simple perte de

chance de l'éviter ; qu'en retenant l'existence d'une perte de chance de l'enfant d'échapper à la constitution de lésions cérébrales, après avoir pourtant considéré comme revêtues de l'autorité de la chose jugée les constatations de l'arrêt confirmatif rendu le 30 avril 2003 par la cour d'appel de Pau fondant la condamnation pénale de la sage-femme, laquelle avait « par ses négligences répétées et déterminantes, notamment en débranchant le monitoring et en n'appelant le médecin à temps malgré l'évolution du travail, contribué à créer les séquelles ayant porté atteinte à l'enfant », la Cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations au regard du principe de l'autorité, au civil, de la chose jugée au pénal ;

ALORS, EN TOUT ETAT DE CAUSE, QU'en se déterminant ainsi, sans rechercher, si les constatations du jugement correctionnel rendu le 28 janvier 2002 par le tribunal de grande instance de Pau et confirmé en appel attribuant exclusivement les lésions cérébrales de l'enfant à des causes per-natales tenant, entre autres, à l'absence de prise en considération par la sage-femme des signes de souffrance foetale transmis par le monitoring au débranchement prématuré dudit monitoring, n'étaient pas, elles aussi, revêtues de l'autorité de la chose jugée, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du principe susvisé.

#### SECOND MOYEN DE CASSATION DU POURVOI INCIDENT

Il est fait grief à l'arrêt attaqué :

D'AVOIR débouté les consorts X...de leur demande tendant à ce que ladite condamnation soit prononcée in solidum à l'encontre de l'arrêt de la Cour d'appel de PAU du 15 septembre 2009 ;

AUX MOTIFS QU'aux termes du rapport d'expertise, la perte de chance relative à l'anoxo-ischémie (20 %) semble à attribuer presque exclusivement à la sage-femme qui, outre le retrait fautif du monitoring, n'a rien mis en oeuvre pour avertir le docteur Y...ni quand elle l'a appelé ni quand il a été sur place ; que l'implication du docteur Y...dans cette perte de chance est minime mais cependant pas nulle : il aurait pu, en effet, s'enquérir du déroulement du travail depuis sa visite à 11 h 30 même si, non averti du facteur de risque des bradycardies foetales constatées (puis totalement inévaluables en l'absence de monitoring depuis 20 minutes), il n'avait aucune raison de considérer la situation comme « à risques » ; qu'un excès de prudence aurait pu le pousser, Quitterie étant née, à l'évacuer vers l'hôpital, mais on ne peut pas lui reprocher de ne pas l'avoir fait car le facteur de risque ne lui était pas connu et la rapide normalisation du score d'Apgar n'a certainement rassuré ; que sur les 35 % de perte de chances liés à l'hypoglycémie et les 15 % liés à la fausse route, la perte de chances liée à l'hypoglycémie est attribuable aux « personnels » chargés de la surveillance de l'enfant et indirectement au pédiatre chargé de superviser le bon déroulement de la période post-natale et que la perte de chances liée à la fausse route de 21 h 30 est uniquement attribuable « au personnel » : celui-ci n'a pris aucune précaution et ne s'est pas référé au pédiatre, pourtant présent dans la clinique, pour lui demander son avis concernant une prise médicamenteuse qui n'avait rien d'impérieux, et devant les objections nettement exprimées de madame X...; qu'ainsi, l'ensemble des pertes de chances dont la responsabilité incombe « aux personnels » (donc sans implication ni du docteur Y...ni de la sage-femme, madame B...ROUGIER), peut être fixée à 50 % (arrêt, p. 16) ; que la polyclinique de Navarre venant aux droits de la société clinique Les Cigognes apparaît par ailleurs responsable des parts de la perte de chance, liée à l'hypoglycémie non corrigée et à l'incident de fausse route, attribuables aux personnels chargés de la surveillance de l'enfant, ce pour n'avoir pas assuré une prise en charge attentive et diligente de l'enfant durant la période post-natale ; que les opérations d'expertise ayant permis de déterminer les parts de perte de chance imputables respectivement à la sage-femme, à l'obstétricien et aux personnels de la clinique chargés de la surveillance de l'enfant, c'est à juste titre que le docteur Y...s'oppose au prononcé d'une condamnation in solidum (arrêt, p. 18) ;

ALORS QUE chacun des responsables d'un même dommage doit être condamné à le réparer en totalité, sans qu'il y ait lieu de tenir compte d'un partage entre eux qui n'affecte que leurs rapports réciproques et non le caractère et l'étendue de leurs obligations à l'égard de la partie lésée ; qu'en rejetant la demande de condamnation in solidum formée par les consorts X...à l'encontre des co-responsables, après avoir pourtant relevé que les opérations d'expertise avaient permis de déterminer les parts de dommage imputables respectivement à la sage-femme, à l'obstétricien et aux personnels de la clinique chargés de la surveillance de l'enfant, ce dont il résultait que ces différents intervenants étaient les co-auteurs du dommage subi par Quitterie X..., et que chacun d'entre eux était tenu pour le tout de la dette de réparation la Cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations et a violé l'article 1203 du Code civil.

Moyens produits par la SCP Potier de la Varde et Buck-Lament, avocat aux Conseils, pour la société Polyclinique de Navarre et la société La Médicale de France, demanderesse au pourvoi principal n° E 10-10. 670

#### PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué d'avoir décidé que la responsabilité de la perte de chance subie par Quitterie X...d'échapper à la constitution de lésions cérébrales, quantifiée à 70 %, incombe à la société POLYCLINIQUE DE NAVARRE venant aux droits de la CLINIQUE DES CIGOGNES hors sa qualité de commettante de Madame Z... pour 50 % de chances perdues, en conséquence déclaré la POLYCLINIQUE DE NAVARRE et son assureur LA MEDICALE DE FRANCE tenus d'indemniser les consorts X...des préjudices subis, à proportion du pourcentage de perte de chance, pour l'assureur dans la limite du contrat d'assurance ;

AUX MOTIFS QUE cette première perte de chance nous semble à attribuer presque exclusivement à la sage-femme qui, outre le retrait fautif du monitoring, n'a rien mis en oeuvre pour avertir le docteur Y...ni quand elle l'a appelé ni quand il a été sur place ; que l'implication du Docteur Y...dans cette perte de chance est minime mais cependant pas nulle : il aurait pu, en effet, s'enquérir du déroulement du travail depuis sa visite à 11H 30 même si, non averti du facteur de risque des bradycardies foetales constatées, (puis totalement inévaluables en l'absence de monitoring depuis 20 minutes), il n'avait aucune raison de considérer la situation comme « à risques » ; qu'un excès de prudence aurait pu le pousser, Quitterie étant née, à l'évacuer vers l'hôpital, mais on ne peut pas lui reprocher de ne pas l'avoir fait car le facteur de risque ne lui était pas connu et la rapide normalisation du score d'Apgar l'a certainement rassuré ; - les 35 % de perte de chances liées à l'hypoglycémie et les 15 % liés à la fausse route ; la perte de chance liée à l'hypoglycémie est attribuable « aux personnels » chargés de la surveillance de l'enfant et indirectement au pédiatre chargé de superviser le bon déroulement de la période post-natale ; que la perte de chances liée à la fausse route de 21 h 30 est uniquement attribuable « au personnel » : celui-ci n'a pris aucune précaution et ne s'est, à notre connaissance, pas référé au pédiatre, pourtant présent dans la clinique, pour lui demander son avis concernant une prise médicamenteuse qui n'avait rien d'impérieux, et devant les objections nettement exprimées de Madame X...; qu'ainsi l'ensemble des pertes de chance dont la responsabilité incombe « aux personnels » (donc sans implication ni du docteur Y..., ni de la sage-femme Madame B... -Z...) peut être fixé à 50 % ; que les consorts X...reprochent aux experts F...et D...de confondre incertitude sur la cause et certitude d'une perte de chance en ce qu'ils ont estimé ne pouvoir attribuer aux facteurs de risques néo-nataux identifiés un rôle supérieur à 80 % dans la réalisation de l'encéphalopathie après avoir relevé la persistance d'une plage d'incertitude sur l'existence possible de facteurs pathogènes anté-nataux non identifiables ; que cependant, les experts ont procédé dans un premier temps à l'estimation du rôle des risques périnataux dans la pathogénie des séquelles (80 %), puis ont appliqué ce coefficient de

facteurs étiologiques à chaque facteur de risque avant d'évaluer le taux de perte de chance pour chaque facteur de risque (80 % pour la SFA, 90 % pour l'hypoglycémie, 75 % pour la fausse route) et d'appliquer ensuite ce taux de perte de chance différencié à chaque facteur de risques préalablement pondéré comme dit ci-dessus ; qu'ils n'ont commis aucune confusion, qu'ils ont tenu compte de l'incertitude étiologique sans pour autant méconnaître le caractère de certitude de la perte de chance et que le grief qui leur est fait ne se justifie donc pas ; que le rapport des experts F...et D...est étayé par des explications non sérieusement critiquées en dépit de l'abondante « littérature médicale » fournie par les parties ; que les experts ont répondu aux dires des parties et qu'il convient de l'entériner en ce qu'il apporte à la Cour un ensemble d'éléments d'appréciation d'ordre médical contradictoirement élaborés auxquels celle-ci se réfère ; que la société POLYCLINIQUE DE NAVARRE venant aux droits de la société CLINIQUE LES CIGOGNES apparaît par ailleurs responsable des parts de perte de chances, liées à l'hypoglycémie non corrigée et à l'incident de fausse route, attribuables aux personnels chargés de la surveillance de l'enfant, ce pour n'avoir pas assuré une prise en charge attentive et diligente de l'enfant durant la période post-natale ; ALORS QUE la perte de chance doit être certaine et en relation directe avec le fait dommageable ; que les experts judiciaires F...et D..., dont l'arrêt a reproduit et entériné le rapport, ayant observé que « les données neuroradiologiques ne permettent pas d'orienter de façon décisive le débat étiologique ... on ne peut formuler que des hypothèses concernant l'origine de l'état de l'enfant, une plage d'incertitude persiste indiscutablement sur l'existence possible de facteurs pathogènes anté-nataux non identifiables », en affirmant, pour déclarer la POLYCLINIQUE DE NAVARRE, hors sa qualité de commettante de Madame Z... , responsable des 50 % de la perte de chance, quantifiée à 70 %, liée à l'hypoglycémie non corrigée et à l'incident de fausse route, pour Quitterie X...d'échapper à la constitution de lésions cérébrales, que les experts ont tenu compte de l'incertitude étiologique sans méconnaître le caractère de certitude de la perte de chance, la Cour n'a pas tiré de ses observations, d'où il ressort qu'il existe un doute sur la perte de chances pour l'enfant d'échapper à la constitution de lésions cérébrales, les conséquences légales qui s'imposaient et a violé l'article 1147 du Code civil.

#### DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué d'avoir décidé que la responsabilité de la perte de chance subie par Quitterie X...d'échapper à la constitution de lésions cérébrales, quantifiée à 70 %, incombe à la société POLYCLINIQUE DE NAVARRE venant aux droits de la CLINIQUE DES CIGOGNES en qualité de commettante de Madame Z... pour 18 % de chances perdues, en conséquence déclaré la POLYCLINIQUE DE NAVARRE et son assureur LA MEDICALE DE FRANCE tenus d'indemniser les consorts X...des préjudices subis, à proportion du pourcentage de perte de chance, pour l'assureur dans la limite du contrat d'assurance ;

AUX MOTIFS QU'il convient de considérer que n'a pas engagé sa responsabilité à l'égard des tiers la sage-femme salariée qui, fût-elle pénalement condamnée pour une infraction non intentionnelle, a agi sans excéder les limites de la mission qui lui était impartie par l'établissement de santé privé ; que les sages-femmes ont déontologiquement une obligation de surveillance de l'accouchement et qu'elles ont en particulier compétence pour assurer la surveillance électronique de l'état du fœtus in utero, à charge pour elles de prévenir le médecin suffisamment à temps pour éviter tout incident ; qu'il n'est pas justifié du transfert du lien de préposition de la CLINIQUE LES CIGOGNES au docteur Y...même si le médecin, soumis comme la sage-femme à une obligation de moyens, ne peut se décharger de sa propre responsabilité sur cette dernière ; que la société POLYCLINIQUE DE NAVARRE venant aux droits de la société CLINIQUE LES CIGOGNES est donc tenue de répondre, en sa qualité de commettante, des conséquences dommageables des fautes commises par Madame Z... , celle-ci ayant agi

dans les limites de sa mission qui était la sienne dans le cadre de son emploi salarié au sein de la clinique ;

ALORS QUE le lien de subordination d'où résulte la responsabilité mise à la charge du commettant par l'article 1384 alinéa 5 du Code civil suppose que ce dernier avait le droit de donner au préposé des ordres ou des instructions sur la manière de remplir ses fonctions ; que, dès lors, en se bornant, pour déclarer la POLYCLINIQUE DE NAVARRE responsable en qualité de commettante de Madame Z... de 18 % de la perte de chance, quantifiée à 70 %, pour Quitterie X..., d'échapper à la constitution des lésions cérébrales, qu'il n'est pas justifié du transfert du lien de préposition de la clinique au Docteur Y..., sans rechercher, comme elle y était invitée, si le Docteur Y..., qui assumait sa tâche en toute indépendance, n'avait pas le pouvoir de donner à Madame Z... des ordres ou des instructions pour le déroulement de l'accouchement, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1384 alinéa 5 du Code civil.

### TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué d'avoir débouté la POLYCLINIQUE DE NAVARRE de sa demande tendant à voir condamner le Docteur Louis Y... à la garantir de toute condamnation prononcée contre elle ;

AUX MOTIFS QUE cette première perte de chances nous semble à attribuer presque exclusivement à la sage-femme qui, outre le retrait fautif du monitoring, n'a rien mis en oeuvre pour avertir le docteur Y... ni quand elle l'a appelé ni quand il a été sur place ; que l'implication du Docteur Y... dans cette perte de chance est minime mais cependant pas nulle : il aurait pu, en effet, s'enquérir du déroulement du travail depuis sa visite à 11H 30 même si, non averti du facteur de risque des bradycardies foetales constatées, (puis totalement inévaluables en l'absence de monitoring depuis 20 minutes), il n'avait aucune raison de considérer la situation comme « à risques » ; qu'un excès de prudence aurait pu le pousser, Quitterie étant née, à l'évacuer vers l'hôpital, mais on ne peut pas lui reprocher de ne pas l'avoir fait car le facteur de risque ne lui était pas connu et la rapide normalisation du score d'Apgar l'a certainement rassuré ; - les 35 % de perte de chances liées à l'hypoglycémie et les 15 % liés à la fausse route ; que la perte de chance liée à l'hypoglycémie est attribuable « aux personnels » chargés de la surveillance de l'enfant et indirectement au pédiatre chargé de superviser le bon déroulement de la période post-natale ; que la perte de chances liée à la fausse route de 21 h 30 est uniquement attribuable « au personnel » : celui-ci n'a pris aucune précaution et ne s'est, à notre connaissance, pas référé au pédiatre, pourtant présent dans la clinique, pour lui demander son avis concernant une prise médicamenteuse qui n'avait rien d'impérieux, et devant les objections nettement exprimées de Madame X... ; qu'ainsi l'ensemble des pertes de chance dont la responsabilité incombe « aux personnels » (donc sans implication ni du docteur Y..., ni de la sage-femme Madame B... -Z...) peut être fixé à 50 % ; que les consorts X... reprochent aux experts F... et D... de confondre incertitude sur la cause et certitude d'une perte de chance en ce qu'ils ont estimé ne pouvoir attribuer aux facteurs de risques néo-nataux identifiés un rôle supérieur à 80 % dans la réalisation de l'encéphalopathie après avoir relevé la persistance d'une plage d'incertitude sur l'existence possible de facteurs pathogènes anté-nataux non identifiables ; que cependant, les experts ont procédé dans un premier temps à l'estimation du rôle des risques périnataux dans la pathogénie des séquelles (80 %), puis ont appliqué ce coefficient de facteurs étiologiques à chaque facteur de risque avant d'évaluer le taux de perte de chance pour chaque facteur de risque (80 % pour la SFA, 90 % pour l'hypoglycémie, 75 % pour la fausse route) et d'appliquer ensuite ce taux de perte de chance différencié à chaque facteur de risques préalablement pondéré comme dit ci-dessus ; qu'ils n'ont commis aucune confusion, qu'ils ont tenu compte de l'incertitude étiologique sans pour autant méconnaître le caractère de certitude de la perte de chance et que le grief qui leur est fait ne se justifie donc pas ; que le rapport des experts F... et D... est étayé par des

explications non sérieusement critiquées en dépit de l'abondante « littérature médicale » fournie par les parties ; que les experts ont répondu aux dires des parties et qu'il convient de l'entériner en ce qu'il apporte à la Cour un ensemble d'éléments d'appréciation d'ordre médical contradictoirement élaborés auxquels celle-ci se réfère ;

ET AUX MOTIFS QU'il convient de considérer que n'a pas engagé sa responsabilité à l'égard des tiers la sage-femme salariée qui, fût-elle pénalement condamnée pour une infraction non intentionnelle, a agi sans excéder les limites de la mission qui lui était impartie par l'établissement de santé privé ; que les sages-femmes ont déontologiquement une obligation de surveillance de l'accouchement et qu'elles ont en particulier compétence pour assurer la surveillance électronique de l'état du fœtus in utero, à charge pour elles de prévenir le médecin suffisamment à temps pour éviter tout incident ; qu'il n'est pas justifié du transfert du lien de préposition de la CLINIQUE LES CIGOGNES au docteur Y...même si le médecin, soumis comme la sage-femme à une obligation de moyens, ne peut se décharger de sa propre responsabilité sur cette dernière ; que la société POLYCLINIQUE DE NAVARRE venant aux droits de la société CLINIQUE LES CIGOGNES est donc tenue de répondre, en sa qualité de commettante, des conséquences dommageables des fautes commises par Madame Z... , celle-ci ayant agi dans les limites de sa mission qui était la sienne dans le cadre de son emploi salarié au sein de la clinique ; mais que l'immunité édictée par l'article L. 121-12, 3ème alinéa du Code des assurances ne bénéficie qu'aux personnes visées au texte et ne fait pas obstacle à l'exercice, par l'assureur qui a indemnisé la victime, de son recours subrogatoire contre l'assureur de responsabilité de l'une de ces personnes ; que d'autre part, la compagnie LE SOU MEDICAL ne saurait objecter une absence de mise à disposition d'un personnel suffisamment qualifié en ce qui concerne la lecture du tracé du monitoring puisque assurant une sage femme à qui il incombait précisément de par sa profession de mettre en oeuvre le monitoring et d'en interpréter le tracé sauf à prévenir le médecin de toute anomalie, ce en quoi elle s'est montrée particulièrement défaillante ; qu'il s'ensuit que la compagnie LE SOU MEDICAL devra garantir à la Société POLYCLINIQUE DE NAVARRE venant aux droits de la société CLINIQUE LES CIGOGNES et à son assureur LA MEDICALE DE FRANCE des condamnations prononcées à l'encontre de la clinique en sa qualité de commettante de Madame Z... ; que la société POLYCLINIQUE DE NAVARRE venant aux droits de la société CLINIQUE LES CIGOGNES apparaît par ailleurs responsable des parts de perte de chances, liées à l'hypoglycémie non corrigée et à l'incident de fausse route, attribuables aux personnels chargés de la surveillance de l'enfant, ce pour n'avoir pas assuré une prise en charge attentive et diligente de l'enfant durant la période post-natale ; que les opérations d'expertise ayant permis de déterminer les parts de pertes de chances imputables respectivement à la sage femme, à l'obstétricien et aux personnels de la clinique chargés de la surveillance de l'enfant, c'est à juste titre que le docteur Y...s'oppose au prononcé d'une condamnation solidaire.

ALORS QUE la liberté dont disposent les sages-femmes dans l'exercice de leur art ne dispense pas le médecin-obstétricien de prendre toutes dispositions utiles pour permettre à la parturiente d'accoucher dans les meilleures conditions ; dès lors, en déboutant la POLYCLINIQUE DE NAVARRE de sa demande en garantie à l'encontre du docteur Y..., après avoir rapporté que les experts judiciaires, dont elle a homologué les conclusions, ont relevé à propos de la souffrance fœtale aiguë que le Docteur Y...aurait pu s'enquérir du déroulement du travail depuis sa visite à 11H 30 même si non averti du facteur de risques de bradycardies fœtales constatées puis totalement inévaluables en l'absence de monitoring depuis 20 minutes, et en affirmant que le médecin ne peut se décharger de sa propre responsabilité sur la sage-femme, la Cour n'a pas tiré de ses propres observations, d'où il ressort que le Docteur Y...ne s'est pas préoccupé du déroulement de l'accouchement en son absence ni du débranchement prématuré du monitoring, les conséquences qui s'imposaient et a violé l'article 1147 du Code civil ;

ET ALORS QU'au surplus, un médecin-gynécologue, tenu d'assurer la surveillance post-opératoire dans sa spécialité, doit suivre l'évolution de l'état de sa patiente, consécutif à l'accouchement qu'il a pratiqué ; dès lors, en déboutant la POLYCLINIQUE DE NAVARRE de sa demande en garantie à l'encontre du Docteur Y..., après avoir rapporté que selon les experts judiciaires, dont elle a entériné les rapports, compte tenu de l'état de souffrance foetale aiguë attestée par les données cliniques juste néo-natales la prise en charge néonatale du bébé aurait dû alors être plus vigoureuse afin d'en minimiser les risques ultérieurs ... en cas d'impossibilité de sa réalisation à la clinique, elle aurait dû motiver un transfert hospitalier très rapide ..., compte tenu de cette souffrance .... la surveillance du bébé pendant les 8 premières heures de vie aurait dû être plus renforcée, et surtout la réaction à l'hypoglycémie aurait dû être immédiate ... la persistance de chiffres anormaux ou l'impossibilité d'assurer cette surveillance et ce traitement aurait dû provoquer une prise en charge hospitalière d'urgence, la Cour n'a pas tiré de ses constatations, d'où il ressort que le Docteur Y...n'avait pas rempli son obligation de surveillance de l'évolution de l'état du bébé qu'il venait d'accoucher qu'imposaient les données classiques, les conséquences légales qui s'en évinçaient et a de nouveau violé l'article 1147 du Code civil.

Moyen produit par la SCP Baraduc et Duhamel, avocat aux Conseils, pour M. Y...et la société Allianz IARD, demandeurs au pourvoi provoqué

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir dit que le dommage causé à Quitterie X...le 30 avril 1992 consiste en une perte de chance d'échapper à la constitution de lésions cérébrales quantifiée à 70 %, et en conséquence, d'avoir dit que la responsabilité de cette perte de chances incombe à Monsieur Louis Y...personnellement pour 2 % des chances perdues et que Monsieur Y...et son assureur la société AGF IART, seront tenus d'indemniser les consorts X...des préjudices subis à proportion des pourcentages de perte de chances dont il est responsable et pour son assureur, dans les limites du contrat d'assurance, AUX MOTIFS QUE la conviction pathogénique de l'état de Quitterie X...conduit les experts à retenir que la perte de chance d'échapper à la constitution de lésions cérébrales est retrouvée à toutes les étapes de la prise en charge de l'enfant à la Clinique Les Cigognes, résultat de facteurs de risque mal évalués ; Qu'ils précisent « a-Pour plus réduit en intensité qu'il n'a été affirmé lors des expertises précédentes, le facteur de risque perinatal de la bradycardie foetale existe bel et bien. Il a permis la réalisation d'un état de souffrance foetale aiguë attestée par les données cliniques juste néonatales. Le docteur Y...a-t-il eu conscience du facteur de risque potentiel que représentait la méconnaissance du rythme cardiaque foetal les 20 dernières minutes, alors qu'étaient déjà apparus, pour le moins, des DIP 2. Certes, la réalisation d'une césarienne d'urgence n'aurait pas raccourci la durée de cette souffrance. Mais la prise en charge néonatale du bébé aurait dû alors être plus vigoureuse afin d'en minimiser les risques ultérieurs. Celle-ci aurait dû être faite notamment d'un contrôle biologique de base... et d'une rééquilibration rapide des anomalies éventuellement constatées. En cas d'impossibilité de sa réalisation à la clinique, elle aurait dû motiver un transfert hospitalier très rapide. Cette souffrance aiguë conditionne par ailleurs la gravité lésionnelle de l'hypoglycémie ultérieure, on peut considérer que le mode de prise en charge néonatale constitue, on peut considérer que le mode de prise en charge néonatale constitue une première perte de chance, directement liée à la méconnaissance du rythme cardiaque foetal et à son facteur de risque. Il existe un continuum de perte de chances entre l'interruption trop précoce du monitoring..., la méconnaissance, de ce fait, de la gravité potentielle de la souffrance foetale et, par voie de conséquence, la prise en charge néonatale moins active qu'il n'aurait fallu. b-Compte tenu de cette souffrance, indiscutablement constatée, la surveillance du bébé pendant les 8 premières heures de vie aurait dû être plus renforcée, et surtout la réaction à l'hypoglycémie aurait dû être plus immédiate... La persistance de chiffres anormaux ou l'impossibilité d'assurer cette surveillance et ce traitement... aurait dû provoquer une prise

en charge hospitalière spécialisée d'urgence. On ignore si les chiffres de la glycémie au Dextoxis ont été communiqués au médecin (pédiatre, anesthésiste ou accoucheur) et à qui revient la responsabilité de les avoir négligés (infirmière, sage femme ou l'un des médecins). L'hypoglycémie non corrigée est pour nous le principal facteur de risque et donc la principale cause de perte de chances. c-La réaction de l'infirmière et du médecin-pédiatre qui a réanimé l'enfant lors du malaise grave de 21 heures, nous semble tout à fait adaptée. Mais on peut juger très imprudent d'essayer de faire avaler de force quelque liquide que ce soit à un nouveau-né très léthargique. La fausse route qui en a résulté a certainement aggravé la situation cérébrale du bébé ; cela a été un facteur de risque lésionnel supplémentaire et de ce fait, une perte de chance supplémentaire. d-L'évaluation de cet ensemble de pertes de chances est très difficile, et avec elle l'identification des responsabilités. Elle ne peut être qu'approximative et subjective. Nous avons essayé de construire une procédure d'évaluation en reprenant les différents éléments poste par poste, et en distinguant : la notion de facteurs de risques : éléments considérés comme causes dans le déclenchement de l'encéphalopathie, puis la notion de perte de chances : pourcentage, pour chaque facteur de risques, des carences dans les actions curatives ou préventives, lors de la prise en charge du nouveau-né... ; Les facteurs de risques périnataux nous semblent entrer pour 80 % dans la pathologie des séquelles. Nous réservons 20 % à une possible prédisposition anté-natale en fonction de ce que nous avons exposé... ; Le poids relatif des différents facteurs de risques est à notre avis de : 30 % pour l'anoxo-ischémie (SFA), 50 % pour les événements de l'après-midi, dominés par l'hypoglycémie, 20 %

pour le résultat de la fausse route ; Rapportés aux 80 % de facteurs étiologiques, ces derniers chiffres permettent de fixer un pourcentage de pathogénie de : 25 % pour la SFA, 40 % pour l'hypoglycémie, 16 % pour la fausse route ; Les pertes de chance nous paraissent être, dans chaque facteur de risques de : 80 % pour la SFA, 90 % pour l'hypoglycémie, 75 % pour la fausse route ; La perte de chance dans chaque facteur de risque nous semble donc de : 20 % pour la SFA (80 % de 25 %), 35 % environ pour l'hypoglycémie, 15 % environ pour la fausse route (75 % de 16 %) ; Ainsi, nous semble-t-il que l'on peut évaluer la globalité des pertes de chances dans la réalisation de l'encéphalopathie au chiffre de 70 % ; Responsabilités : dans les 20 % de perte de chances de la SFA, nous attribuons le chiffre de : 18 % à Madame B... -Z..., 2 % au docteur Y... ; Que cette première perte de chance nous semble à attribuer presque exclusivement à la sage-femme qui, outre le retrait fautif du monitoring, n'a rien mis en oeuvre pour avertir le docteur Y... ni quand elle l'a appelé ni quand il a été sur place ; Que l'implication du docteur Y... dans cette perte de chance est minime mais cependant pas nulle : il aurait pu, en effet s'enquérir du déroulement du travail depuis sa visite à 11 h 30 même si, non averti du facteur de risque des bradycardies foetales constatées, (puis totalement inévaluables en l'absence de monitoring depuis 20 minutes), il n'avait aucune raison de considérer la situation comme « à risques ». Un excès de prudence aurait pu le pousser, Quitterie étant née, à l'évacuer vers l'hôpital, mais on ne peut pas lui reprocher de ne pas l'avoir fait car le facteur risque ne lui était pas connu et la rapide normalisation du score d'Apgar l'a certainement rassuré ; - Les 35 % de perte de chances liés à l'hypoglycémie et les 15 % liés à la fausse route :- la perte de chances liée à l'hypoglycémie est attribuable « aux personnels » chargés de la surveillance de l'enfant et indirectement au pédiatre chargé de superviser le bon déroulement de la période post-natale ; - la perte de chance liée à la fausse route de 21 h 30 est uniquement attribuable « au personnel » : celui-ci n'a pris aucune précaution et ne s'est, à notre connaissance, pas référé au pédiatre, pourtant présent dans la clinique, pour lui demander son avis concernant une prise médicamenteuse qui n'avait rien d'impérieux, et devant les objections nettement exprimées de Madame X..... ; Qu'ainsi, l'ensemble des pertes de

chances dont la responsabilité incombe « aux personnels » (donc sans implication du docteur Y..., ni de la sage-femme Madame B... -Z...) peut être fixé à 50 % » ; Que les consorts X...reprochent aux experts F...et Monroziès de confondre incertitude sur la cause et certitude d'une perte de chance en ce qu'ils ont estimé ne pouvoir attribuer aux facteurs de risques néo-nataux identifiés un rôle supérieur à 80 % dans la réalisation de l'encéphalopathie après avoir relevé la persistance d'une plage d'incertitude sur l'existence possible de facteurs pathogènes anté-nataux non identifiables ; Que cependant, les experts ont procédé dans un premier temps à l'estimation du rôle des risques périnataux dans la pathogénie des séquelles (80 %), puis ont appliqué ce coefficient de facteurs étiologiques à chaque facteur de risques avant d'évaluer le taux de perte de chance pour chaque facteur de risque (80 % pour la SFA, 90 % pour l'hypoglycémie, 75 % pour la fausse route) et d'appliquer ensuite ce taux de perte de chance différencié à chaque facteur de risques préalablement pondéré comme dit ci-dessus ; Qu'ils n'ont commis aucune confusion, qu'ils ont tenu compte de l'incertitude étiologique sans pour autant méconnaître le caractère de certitude de la perte de chance et que le grief qui leur est fait ne se justifie donc pas ; Que le rapport des experts F...et Monroziès est étayé par des explications non sérieusement critiquées en dépit de l'abondante « littérature médicale » fournie par les parties ; Que les experts ont répondu aux dires des parties et qu'il convient de l'entériner en ce qu'il apporte à la cour un ensemble d'éléments d'appréciation d'ordre médical contradictoirement élaborés auxquels celle-ci se réfère,

ALORS QUE la perte de chance doit être certaine et en relation directe avec le fait dommageable ; Qu'en affirmant-pour déclarer le docteur Y...responsable de 2 % de la perte de chance, quantifiée à 70 %, pour Quitterie X...d'échapper à la constitution de lésions cérébrales-que les experts avaient tenu compte de l'incertitude étiologique sans méconnaître le caractère de certitude de la perte de chance, alors qu'il résultait des constatations des experts judiciaires Carrière et Monroziès, dont l'arrêt a reproduit et entériné le rapport, que « les données neuroradiologiques ne permettent pas d'orienter de façon décisive le débat étiologique... on ne peut formuler que des hypothèses concernant l'origine de l'état de l'enfant, une plage d'incertitude persiste indiscutablement sur l'existence possible de facteurs pathogènes anténataux non identifiables », de sorte qu'il existait un doute sur la perte de chance pour l'enfant d'échapper à la constitution de lésions cérébrales, la cour d'appel a violé l'article 1147 du Code civil

**Publication :**

**Décision attaquée :** Cour d'appel de Pau du 15 septembre 2009