Disponible en ligne sur
ScienceDirect
www.sciencedirect.com

Elsevier Masson France
EM|consulte
www.em-consulte.com

MÉDECINE & DROIT
INFORMATION ÉTHIQUE ET JURIDIQUE DU PRATICIEN

Médecine & Droit 2018 (2018) 81–89

Droit civil – Droit administratif

L'anormalité du dommage : une notion juridique stabilisée ?

Abnormal damage: Legal consequences

Emmanuelle Ollieric [a], Karen Azria [a], Alexandra Baslé [a], Renaud Clément [b], Clotilde Rougé-Maillart [c,d,*]

[a] *DIU de dommage corporel Angers, Nantes, faculté de santé, université d'Angers, CS 74521, 49045 Angers cedex 1, France*
[b] *LUNAM, UFR médecine, médecine légale, université de Nantes, 1, rue Gaston-Veil, BP 53508, 44035 Nantes, France*
[c] *LUNAM, département de médecine, médecine légale, faculté de santé, université d'Angers, 28, rue Roger-Amsler, CS 74521, 49045 Angers cedex 1, France*
[d] *UPRES EA 4337, UFR de droit, centre de recherche juridique et politique Jean-Bodin, université d'Angers, CS 74521, 49045 Angers, France*

Résumé

La responsabilité médicale, conformément au droit de la responsabilité, repose traditionnellement sur le tryptique fait générateur, lien de causalité et dommage. L'émergence des régimes de responsabilité sans faute prouvée a fait naître la notion d'anormalité du dommage, condition nécessaire pour engager la responsabilité. En responsabilité médicale, c'est le juge administratif qui, dès 1958, a retenu ce critère nécessaire pour indemniser un dommage médical dans les situations de responsabilité pour faute présumée, puis à partir de 1990 dans les situations de responsabilité sans faute, étendant cette condition pour l'indemnisation de l'aléa thérapeutique à partir de 1993. La Cour de cassation refusait d'adopter un régime de responsabilité sans faute conduisant à une inégalité de traitement. La loi du 04 mars 2002 a alors crée un dispositif permettant, dans les situations de responsabilité sans faute, d'engager, en cas de dommage anormal, la solidarité nationale. Mais le législateur n'ayant pas défini le caractère d'anormalité, les hésitations jurisprudentielles autour de ce critère ont rendu l'indemnisation incertaine. Depuis 2014, les juridictions administratives et judiciaires ont clarifié leurs jurisprudences avec une définition plus précise de ce critère d'anormalité. Cependant la vision très restrictive de ce critère risque d'exclure de nombreuses victimes du champ de l'indemnisation. Cette stabilité jurisprudentielle n'est donc peut être que temporaire.
© 2018 Elsevier Masson SAS. Tous droits réservés.

Mots clés : Dommage (indemnisation) ; Anormalité du dommage ; Aléa thérapeutique ; Responsabilité sans faute

Abstract

Medical liability, in accordance with liability law, is traditionally based on the triad of operative event, causal link and damage. The emergence of systems of no-fault liability gave rise to the concept of abnormal damage, which is a necessary condition for liability. In terms of medical liability, in 1958 the administrative courts ruled that this criterion was necessary in order to compensate medical damage in situations of liability for alleged misconduct, then from 1990 in situations of no-fault liability. This condition was extended to compensate medical hazard from 1993. The Court of Cassation refused to adopt a no-fault liability system, leading to unequal treatment. Thus, the law of March 4, 2002 created a system which, in situations of no-fault liability, allowed national solidarity to be engaged in the event of abnormal damage. However, the legislation did not clearly set out the character of this abnormality, and jurisprudential hesitation over this criterion has made compensation uncertain. In 2014, the administrative and judicial courts clarified their jurisprudence by adopting a more specific definition of this criterion of abnormality. However, a very restrictive view taken of this criterion means that many victims now risk being excluded from the scope of compensation. As such, this jurisprudential stability is perhaps but temporary.
© 2018 Elsevier Masson SAS. All rights reserved.

Keywords: Compensation (damage); Damage (Abnormality); Medical hazart; No-fault liability

* Auteur correspondant. CHU, 4, rue Larrey, 49933 Angers cedex 09, France.
Adresse e-mail : ClRouge-Maillart@chu-angers.fr (C. Rougé-Maillart).

https://doi.org/10.1016/j.meddro.2018.04.004
1246-7391/© 2018 Elsevier Masson SAS. Tous droits réservés.

Le droit de la responsabilité repose traditionnellement sur le tryptique, fait générateur, lien de causalité et dommage. La jurisprudenceet la doctrine se sont davantage intéressées au fait générateur et au lien de causalité, qui ont ainsi suscité de nombreux débats.

Rappelons que le dommage relève du fait et son constat est objectif alors que le préjudice permet d'évaluer, pour indemniser, l'incidence du dommage sur les droits patrimoniaux et extrapatrimoniaux de celui qui subit le dommage, la victime. Le préjudice suppose donc l'existence d'un dommage lequel peut cependant, dans certains cas, être sans traduction juridique c'est-à-dire sans préjudice pouvant être indemnisé. Ainsi tout dommage ne peut être indemnisable à défaut d'avoir cette « traduction juridique ».

Avec l'émergence des régimes de responsabilité sans faute, l'étude proprement dite du dommage est devenue de plus en plus fréquente. Surtout lorsqu'il s'agit d'indemniser une victime alors même qu'aucune faute n'est à l'origine de son dommage, lequel dommage est donc détaché de toute idée de sanction d'un acte fautif. C'est précisément dans ce cas-là, lorsqu'il n'y a pas d'acte fautif, que le dommage pour être indemnisable doit être spécial, particulier, anormal.

On retrouve la notion d'anormalité dans différents régimes de responsabilité. Ainsi dans la responsabilité du fait des choses, la chose inerte pour être le fait générateur à l'origine du dommage doit avoir une position anormale ; l'anormalité du fait générateur étant ici l'alternative au recours à la faute.

Un autre exemple est celui de la notion jurisprudentielle des troubles anormaux du voisinage.

Mais plus encore dans le droit de la responsabilité publique où, « *la responsabilité repose sur la conception d'un* ***train ordinaire et normal des services publics****, et sur l'idée que* ***la faute de service est anormale par rapport aux habitudes administratives*** » [1].

Or, en l'absence de faute, l'anormalité n'est pas rattachée à un manquement à l'impératif de bonne administration, ni à un dysfonctionnement du service.

L'anormalité s'apprécie alors autour du dommage lequel doit être à la fois normal et spécial pour engager la responsabilité de l'administration.

C'est en 1923 que le Conseil d'État a, dans une affaire Couitteas, retenu cette notion à propos d'un préjudice résultant d'une décision de refus de concours de la force publique pour faire exécuter un jugement d'expulsion [2].

Ainsi par exemple, la responsabilité de l'État pourra être engagée s'il est démontré que l'application d'une loi ou d'un règlement entraîne un dommage anormal mais aussi spécial.

Cette notion traditionnelle d'anormalité sera également reprise dans le régime jurisprudentiel de la responsabilité sans faute du service public hospitalier et précisément dans les situations particulières d'accidents médicaux non fautifs.

Puis ce critère d'abord jurisprudentiel, est devenu un critère légal avec la loi Kouchner (I).

Cependant, ce critère n'ayant pas été défini par le législateur, les hésitations jurisprudentielles ont conduit les hautes juridictions a imposé une approche restrictive de cette notion (II), faisant craindre chez certains auteurs « *une solidarité nationale réduite à peau de chagrin* » [3].

1. L'anormalité du dommage, d'un critère jurisprudentiel vers la consécration d'un critère légal

Avec le souci grandissant de « socialisation du risque », la jurisprudence administrative, à l'inverse de la jurisprudence judiciaire, a su poser les premières pierres de l'édifice législatif dans le domaine de l'accident médical non fautif.

Le dommage anormal a permis tout d'abord d'engager la responsabilité de l'établissement public même non fautif alors que la Cour de Cassation refusait pour sa part d'adopter un régime de responsabilité sans faute (A).

Ces différences d'interprétation ont conduit à une inégalité de traitement entre les victimes du secteur public et du secteur privé.

C'est précisément cette inégalité que la loi du 4 mars 2002 dite Loi Kouchner a souhaité supprimer en créant un dispositif d'indemnisation des accidents médicaux non fautifs et en instituant un régime unique.

Le dommage anormal permet à présent d'engager non pas la responsabilité mais la solidarité nationale (B).

1.1. L'anormalité du dommage pouvant engager la responsabilité sans faute : un critère jurisprudentiel

Dès 1895, le juge administratif a su étendre le régime de la responsabilité sans faute à des situations de plus en plus diverses, en se fondant sur le risque inhérent au service ou à l'ouvrage public, ou sur la notion de rupture d'égalité devant les charges publiques [4].

Il faudra cependant attendre 1958, et un arrêt d'Assemblée du Conseil d'État, dans une affaire « Secrétaire d'État à la santé c/Dejous » pour qu'il instaure tout d'abord, un régime de responsabilité pour faute présumée en cas de dommage médical : « *Considérant que dans les circonstances, l'infection dont le jeune Dejous a été victime, ainsi que six autres enfants vaccinés au cours de la même séance, révèle un fonctionnement défectueux du service public de nature à engager la responsabilité de l'administration* » [5].

Il ne s'agissait pas encore de consacrer l'existence d'un régime de responsabilité sans faute.

Mais il appartenait à l'établissement hospitalier de démontrer qu'aucune faute n'avait été commise.

Ce renversement de la charge de la preuve ne devant concerner que les actes de soins bénins, posait comme principe que les conséquences dommageables constatées révélaient, du fait de leur anormalité au regard de la simplicité et la banalité de l'acte en cause, une faute dans l'organisation et le fonctionnement du service.

Ce régime de responsabilité par présomption de faute a été appliqué dans divers domaines, et notamment en matière de vaccinations obligatoires, de matériels défectueux et actes courants comme les piqûres, les injections les perfusions et plus tard en matière d'infections nosocomiales révélatrices d'un défaut d'asepsies.

Déjà, il s'agissait là de pouvoir indemniser des victimes lorsque, comme avait pu le rappeler le commissaire du gouvernement Jouvin dans ses conclusions lors de l'affaire Dejous : « L'énoncé des circonstances qui ont entraîné le dommage provoque un sentiment de scandale et d'indignation ».

Par la suite, la jurisprudence administrative a su véritablement innover dans le domaine de la responsabilité médicale afin d'indemniser les victimes d'atteintes corporelles générées par l'aléa thérapeutique, pouvant se définir comme un accident généré par un évènement imprévu, dans le cadre d'un acte médical, et qui s'est réalisé indépendamment de toute faute médicale.

En 1990, la Cour administrative d'appel de Lyon a ouvert davantage la voie vers la reconnaissance d'un régime de responsabilité médicale sans faute, et ainsi d'indemnisation de l'aléa, en posant aussi comme critère l'anormalité du dommage : « *L'utilisation d'une thérapeutique nouvelle crée, lorsque les conséquences ne sont pas entièrement connues, un risque spécial pour les malades qui en sont l'objet ; lorsque le recours à une telle thérapeutique ne s'impose pas pour des raisons vitales, les complications exceptionnelles et anormalement graves qui en sont la conséquence directe engagent, même en l'absence de faute, la responsabilité du service public hospitalier* » [6].

Il s'agissait d'un adolescent de 15 ans, Serge Gomez, qui à l'occasion d'une intervention pour redresser sa colonne vertébrale, était resté paraplégique.

Le Tribunal administratif de Lyon l'avait débouté de sa demande d'indemnisation au motif qu'aucune faute n'avait été commise.

La Cour d'appel de Lyon avait ainsi infirmé le jugement des juges du fond en posant le principe d'une responsabilité sans faute.

Mais la portée de cette avancée était limitée car en plus de la condition de « complications anormalement graves », la Cour posait deux autres conditions, celle de l'existence d'une thérapeutique nouvelle aux conséquences encore mal connues et celle que cette thérapeutique ne s'imposait pas pour des raisons vitales.

Dans son arrêt Bianchi en date du 9 avril 1993, le Conseil d'État va élargir cette voie, par l'instauration d'un véritable régime de responsabilité sans faute en matière médicale, subordonné à la réunion de plusieurs conditions cumulatives, et notamment l'absence de rapport entre les dommages occasionnés par l'acte médical et l'état initial du patient et son évolution prévisible [7].

Mr Bianchi souffrait de tétraplégie à la suite de l'injection d'un produit de contraste pour la réalisation d'une artériographie :

> « *Lorsqu'un acte médical nécessaire au diagnostic ou au traitement du malade présente un risque dont l'existence est connue mais dont la réalisation est exceptionnelle et dont aucune raison ne permet de penser que le patient y soit particulièrement exposé, la responsabilité du service public hospitalier est engagée si l'exécution de cet acte est la cause directe des dommages sans rapport avec l'état initial du patient comme avec l'évolution prévisible de cet état, et présentant un caractère d'extrême gravité* ».

Ainsi l'anormalité du dommage s'entendait comme une rupture du cours normal des choses.

Le commissaire du gouvernement Daël indiquait dans ses conclusions : « *Les conséquences de l'acte doivent pouvoir se détacher aux yeux du juge de celles de l'état initial du malade. La disproportion doit éclater entre cet état, et les conséquences du remède, l'accident doit avoir créé une situation entièrement nouvelle, dont la thérapeutique est la véritable cause* » [8].

Cette jurisprudence consacrait la conception plutôt traditionnelle de la notion d'anormalité, rattachée, d'une part, à la gravité (qui doit être jugée exceptionnelle, extrême) et, d'autre part, à la rupture de l'enchaînement causal prévisible (la victime ne devant pas être particulièrement exposée au risque).

Dans cette interprétation, un dommage était anormal lorsqu'il était d'une extrême gravité et lorsqu'il était sans rapport avec l'état antérieur du patient ou son évolution prévisible.

Cette dernière condition tenant à la « *rupture du lien logique* » [9] semblait difficile à retenir seule, sans recourir à la notion de gravité, car par principe, le dommage a nécessairement pour rapport causal, même indirect, l'état de santé que l'acte à l'origine du dommage tendait à soigner.

La jurisprudence « post Bianchi » a simplifié finalement le débat délicat du lien entre les dommages résultant de l'accident et l'état antérieur du patient, en se concentrant davantage sur l'exigence « d'une anormalité flagrante », d'un « décalage massif ».

La notion de gravité semblait se substituer à celle d'anormalité et n'était plus seulement une simple composante de celle-ci.

Mais si en théorie la porte était ainsi ouverte pour l'indemnisation des victimes lorsqu'aucune faute ne pouvait être retenue, en pratique, seuls les cas les plus graves, les plus rares et les plus anormaux pouvaient véritablement franchir le seuil de l'indemnisation.

Les conditions posées par cette jurisprudence étant cumulatives, la réunion de celles-ci rendait difficile l'accès à l'indemnisation. Il suffisait aux juges de constater qu'une seule manquait pour écarter la responsabilité, comme l'extrême gravité du dommage, comme le défaut de caractère exceptionnel du risque, alors même qu'il pouvait exister un dommage anormal par rapport à l'état de santé antérieur.

Parallèlement, la Cour de cassation s'en tenait aux stricts principes qui régissent le droit de la responsabilité médicale, en refusant pour sa part d'adopter un régime de responsabilité sans faute au motif que la réparation des conséquences de l'aléa thérapeutique n'entrait pas dans le champ des obligations dont un médecin est contractuellement tenu à l'égard de son patient.

La Cour d'Appel de Paris avait tenté de suivre les juges administratifs par un arrêt du 15 janvier 1999 : « *la nature du contrat qui se forme entre un chirurgien et son client ne met en principe à la charge du praticien qu'une obligation de moyens ; toutefois cette obligation applicable en cas d'échec de l'acte de soins, compte tenu notamment de l'état de la maladie et de l'aléa inhérent à toute thérapie, n'est pas destinée à assurer la sécurité du patient ; que le chirurgien a ainsi une obligation de sécurité qui l'oblige à réparer le dommage causé à son patient par un acte chirurgicale nécessaire au traitement, même en l'absence de*

faute lorsque le dommage est sans rapport avec l'état antérieur du patient ni avec l'évolution prévisible de son état » [10].

Cependant la Cour de Cassation a porté un coup d'arrêt à cette tentative de ralliement des juges du fond à la jurisprudence administrative, par un arrêt Tourneur en date du 8 novembre 2000, « *la réparation de l'aléa thérapeutique n'entre pas dans le champ des obligations dont un médecin est contractuellement tenu à l'égard de son patient* » [11].

Il existait ainsi un traitement différent des victimes en fonction du secteur privé et public, traitement anormal qui s'ajoutait à leurs dommages anormalement graves.

Une harmonisation de ces deux solutions était donc souhaitable. Celle-ci a été effectuée par la loi du 4 mars 2002 dite Loi Kouchner.

1.2. L'anormalité du dommage pouvant engager la solidarité nationale : un critère légal

La Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé a institué un régime spécial/unique d'indemnisation des accidents médicaux non fautifs par la solidarité nationale au travers d'un fond créé à cet effet : l'Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux (ONIAM).

Contrairement à « la responsabilité pour risque » qui avait été proposée par la doctrine et que les juridictions administratives avaient pu retenir à titre exceptionnel, la loi prévoit une réparation détachée de toute notion de responsabilité mais fondée sur la solidarité nationale. (Hors les cas d'infections nosocomiales relatives aux dommages moins graves qui engagent de droit la responsabilité des établissements de soins).

L'article L1142-1, II, alinéa 1er du Code de la Santé Publique subordonne cette indemnisation à plusieurs conditions tenant à l'acte médical en cause et précisément au dommage qui en résulte :

> « . . .**un accident médical, une affection iatrogène ou une infection nosocomiale ouvre droit à la réparation des préjudices du patient. . . au titre de la solidarité nationale, lorsqu'ils sont directement imputables à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins, et qu'ils 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, fixé par décret, apprécié au regard de la perte de capacités fonctionnelles et des conséquences sur la vie privée et professionnelle**. . . ».

Pour être indemnisé au titre de la solidarité nationale, l'accident médical :

- doit directement être imputable à un acte de prévention, de diagnostic ou de soins ;
- doit être anormal – « *avoir des conséquences anormales* » – au regard de l'état de santé du patient comme de l'évolution prévisible de cet état ;
- doit présenter une gravité suffisante fixée par décret et appréciée au regard de la perte de capacités fonctionnelles et des conséquences sur la vie privée et professionnelle.

Ces conditions doivent être cumulativement réunies.

Ces conditions excluent toute indemnisation au titre de la solidarité nationale en cas d'échec thérapeutique quand l'acte médical a tout simplement échoué.

Outre un critère de gravité – qui pourrait être un critère finalement objectif – le dommage indemnisable doit répondre au critère de l'anormalité, critère plus subjectif, nécessitant une interprétation in concreto.

La gravité d'un dommage ne suffit pas à le faire reconnaître comme anormal.

En posant ces conditions cumulatives, la loi – comme le Conseil d'État auparavant – a souhaité limiter l'indemnisation au titre de la solidarité nationale aux cas les plus graves et les plus anormaux en évitant notamment qu'elle prenne en charge des dommages, même graves, mais qui seraient liés à l'évolution naturelle de l'état du patient ou à son évolution prévisible.

Toutefois, en pratique, l'appréciation de la condition d'anormalité s'est avérée délicate et incertaine (principale cause de refus d'indemnisation par l'ONIAM, en dépit de l'avis favorable des CCI).

En déconnectant le critère de gravité de celui de l'anormalité, le législateur a rendu le travail de définition du juge plus complexe.

La loi ne fait plus en outre référence à la probabilité de survenance du risque,abandonnant une conception purement statistique de l'anormalité, mais à l'effet de l'acte médical [12].

Dans un arrêt du 20 octobre 2011, la Cour administrative d'appel de Paris a confirmé l'esprit du législateur en indiquant qu'il n'y a pas lieu « *pour se prononcer sur le caractère anormal du dommage, de prendre en compte la fréquence du risque de complication lié au geste médicale en cause* » [13].

C'est ce raisonnement qui sera d'ailleurs confirmé par le Conseil d'État dans ses deux décisions de principe du 12 décembre 2014 [14].

La condition tenant au caractère exceptionnel du risque exigée par la jurisprudence Bianchi du Conseil d'État n'a donc pas été reprise dans la loi.

> « *En vue de sa réparation, le dommage directement imputable à ces actes médicaux doit répondre à deux conditions : il doit être sans lien avec l'état de santé initial du patient et son évolution prévisible, afin de ne pas être confondu avec l'échec thérapeutique ; il doit présenter un caractère de gravité* » [15].

Par l'abandon de l'exigence jurisprudentielle de la survenance d'un risque exceptionnel, le domaine de la solidarité nationale semblait au lendemain du vote de la loi plus élargi et pouvoir ainsi concerner un nombre plus important de situations.

La loi exige une imputabilité directe de l'accident à l'acte de prévention, de diagnostic ou de soins, en imposant ainsi que celui-ci soit la cause déterminante de l'accident, privilégiant ainsi la théorie de la causalité adéquate.

Cependant ce dommage n'a que rarement pour origine exclusive l'acte de soins et le recours à l'état de santé antérieur doit aussi être pris en compte.

Certains auteurs se sont interrogés sur le fait de savoir quel état de santé devait-on prendre en considération. Il est

clair que cet état de santé est par principe déjà dégradé puisqu'il justifie une intervention médicale. L'état de santé au sens large reviendrait à exclure toute anormalité dés lors qu'il existerait une prédisposition, même latente, et non asymptomatique, qui aurait joué un rôle dans l'accident, confirmant ainsi un lien avec l'état de santé ; ou bien ne retenir que l'état antérieur et ne considérer que les prédispositions patentes ?

La question se pose même de savoir jusqu'où doit on remonter pour apprécier les antécédents, doit on se limiter aux états pathologiques, ou admettre un « état de vulnérabilité » ?

Selon Fabrice Langrognet, conseiller au Tribunal administratif de Paris dans son étude sur l'anormalité du dommage, si le juge estime que le dommage survenu s'inscrit dans le cours normal des choses au regard de l'état antérieur du patient, alors il n'y aura pas d'indemnisation [12].

> « *Ce qui était sur le point d'être subi naturellement du fait de la dégradation de l'état de santé antérieur du patient ou qui avait commencé à se constituer avant l'acte de soins n'est pas un aléa mais un échec thérapeutique, un tel dommage n'est pas directement imputable à l'acte médical et ne saurait, à plus forte raison, être tenu pour anormal au regard de l'état de santé antérieur du patient et de l'évolution prévisible de cet état* ».

C'est dans ces conditions que selon le conseiller, le législateur n'a pas voulu inclure dans le champ de l'indemnisation « *l'échec thérapeutique de second degré* » ; le cas des patients qui ont accepté pour échapper à la mort ou à un lourd handicap, de se soumettre à un traitement risqué, dont le risque se réalise finalement.

Comme ceux qui finalement auraient accepté de tomber de « Charybde en Scylla ».

On retrouve le recours à la notion du risque pour apprécier l'anormalité du dommage.

Mais le risque est rattaché précisément à l'état antérieur du patient (et non à l'acte médical proprement dit) et s'apprécie de manière subjective.

Un dommage survenu à la suite d'un acte médical pratiqué sur une personne en bonne santé ne présenterait que des risques limités et sera donc jugé anormal.

À l'inverse le même dommage à la suite d'un acte pratiqué sur une personne dans un état de santé très dégradé sera considéré comme normal eu égard aux risques générés par son état antérieur.

> « *L'anormalité des conséquences dommageables est inversement proportionnelle à l'importance des risques créés par l'état antérieur du patient* » [16].

Au lendemain de sa consécration législative, le critère de l'anormalité du dommage est donc finalement devenu plus complexe que lorsqu'il n'était encore qu'un critère jurisprudentiel.

Le législateur, en assouplissant le critère de gravité, en gommant celui relatif à l'exceptionnalité du risque, n'a fait qu'accentuer l'importance du critère d'anormalité et dés lors rendu encore plus féconds les débats sur la question.

Une approche restrictive par les hautes juridictions s'est finalement imposée.

2. L'anormalité du dommage, une approche jurisprudentielle plus précise mais plus restrictive

L'apparente protection des victimes consacrée par la Loi Kouchner a été mise à mal par les hésitations jurisprudentielles autour du critère d'« anormalité » du dommage.

La référence au caractère « anormal » des conséquences du dommage, non défini par la loi, a laissé au juge une marge d'interprétation certaine, pouvant se révéler parfois contraire à l'objectif du législateur (A).

Mais les jurisprudences administrative et judiciaire ont finalement, au fil du temps, posé une méthode claire et commune pour apprécier le caractère anormal du dommage ouvrant droit à une indemnisation des victimes d'accident médical non fautif (B).

2.1. Des fluctuations de la jurisprudence

L'absence de définition de l'anormalité dans la loi a conduit le Vice-Président du Conseil d'État à présenter, lors de la clôture du colloque « Santé et justice : quelles responsabilités ? Dix ans après la loi du 4 mars 2002 » organisé en octobre 2011, le critère de l'anormalité comme une condition « *assez difficile à appréhender concrètement* ».

Dans chaque affaire qui lui est soumise, le juge doit statuer sur la question de l'imputabilité du dommage à un acte médical, question souvent résolue grâce à une expertise, mais également sur son anormalité, laquelle a fait l'objet d'une interprétation fluctuante, selon que le juge s'est référé au risque lié à l'accident médical (Jurisprudence Bianchi) ou à l'état de santé antérieur du patient.

Les juridictions administratives et judiciaires ont pu alors retenir les raisonnements suivants : le seul fait que le risque existe a permis de rejeter la condition d'anormalité. La Cour Administrative d'Appel de Versailles a ainsi refusé dans un arrêt du 31 mars 2009 l'indemnisation d'une hémiplégie survenue dans les suites de l'exérèse d'une tumeur cérébrale au motif qu'elle était « *une complication possible* » de l'intervention chirurgicale, ajoutant ainsi une condition supplémentaire à la mise en œuvre de la solidarité nationale [17].

L'anormalité a pu être aussi écartée en raison d'une fréquence statistique élevée de réalisation du risque, fréquence qui a pu être appréciée de manière objective. La Cour Administrative d'Appel de Paris le 10 juin 2010 a, par exemple, considéré que les risques de paraplégie consécutive à une opération visant à résorber un anévrysme aortique sont « *inhérents à ce type d'intervention et présentent une fréquence élevée* » [18].

D'autres juridictions ont privilégié une appréciation plus subjective en considérant que serait normal le dommage dont le risque de réalisation est augmenté en raison de l'état de santé antérieur du patient. Tel est le raisonnement adopté par la Cour d'Appel de Paris le 11 septembre 2009 qui écarte l'anormalité des conséquences du dommage au motif que le patient était « *particulièrement exposé* » au risque de la complication [19].

Cette solution a été approuvée par la première chambre civile de la Cour de Cassation le 31 mars 2011, saisie en l'espèce pour la première fois, semble t-il, de l'appréciation de la condition d'anormalité depuis la Loi Kouchner [20].

Le 2 juillet 2014, la Cour de Cassation a réitéré cette solution en approuvant les juges du fond d'avoir déduit des circonstances de l'espèce « *que les conséquences, aussi graves qu'elles soient (. . .) ne présentaient pas de caractère anormal* » eu égard « *au risque important lié à sa pathologie* » [21].

Quelques jours après, dans une décision du 10 juillet 2014, la même chambre a confirmé le raisonnement de la Cour d'appel ayant jugé qu'au regard de l'état de santé de la patiente, il existait un degré élevé du risque qui s'est réalisé, « *complication connue et fréquente de l'intervention, puisqu'elle survenait dans 5 à 10 % des cas* » laquelle était indispensable dans l'espoir d'obtenir une amélioration de son état de santé alors qu'elle présentait des risques importants liés à sa pathologie [22].

Le 16 décembre 2013, le Conseil d'État a adopté un raisonnement similaire pour rejeter l'anormalité du dommage en considérant que « *le patient était particulièrement exposé au risque d'un accident hémorragique, qualifié par l'expert de risque interventionnel classique* ». Or l'intervention, bien que présentant des risques importants liés à sa pathologie, était indispensable pour espérer une amélioration de son état de santé. L'accident résultait de la réalisation de l'un de ces risques [23].

Comme dans la décision de la Cour Administrative d'Appel de 2010 [18], le Conseil d'État semblait s'intéresser à la probabilité habituelle de la réalisation d'un risque, à l'exposition particulière du patient à ce risque en raison de son état de santé et au caractère incontournable de l'intervention pour apprécier le caractère anormal du dommage.

Tout ceci ne semblait pas vraiment correspondre au sens de l'article L 1142-1 du Code de la Santé publique. D'autres juridictions ont préféré aborder la question de l'anormalité au regard de l'état de santé initial du patient et de son évolution prévisible.

Par une décision rendue le 4 février 2015, la première chambre civile de la Cour de cassation a précisé cette définition en posant le principe selon lequel n'ouvrent droit au bénéfice de la solidarité nationale que les accidents médicaux qui ont eu, pour le patient, des conséquences anormales au regard de son état de santé et de l'évolution prévisible de celui-ci, sans exiger que cet état soit la cause unique ni même déterminante du dommage [24]. Seul doit donc être pris en considération le caractère déterminant de l'intervention médicale dans l'état de santé du patient résultant de l'acte médical sans rupture dans l'enchaînement causal.

Dans cette décision, la Cour de Cassation a rappelé que les dispositions de l'article L 1142-1 CSP n'exigent pas que l'état antérieur soit la cause unique, ni même déterminante du dommage, pour rejeter le caractère anormal des conséquences de l'acte. Le seul fait que l'état antérieur ait contribué à la réalisation du dommage peut suffire à faire considérer que les conséquences ne sont pas anormales.

Plus proche aussi de la lettre du texte, la Cour Administrative d'Appel de Marseille dans un arrêt du 11 février 2013 a apprécié l'anormalité du dommage non pas en recherchant un dommage final d'une gravité équivalente à celui qui aurait pu se réaliser en l'absence de traitement mais en recherchant si l'état initial aurait pu provoquer le même dommage et les mêmes souffrances sans traitement [25].

Elle a ainsi considéré que la lésion du plexus brachial d'un nouveau-né résultant de manœuvres lors de l'accouchement ne revêtait pas de caractère anormal dès lors que « *les séquelles endurées à raison de ces manœuvres sont de même nature que celles auxquelles devait spontanément conduire l'évolution prévisible de l'accouchement* ».

Ainsi quand bien même les conséquences de l'intervention étaient graves et que la paraplégie était sans rapport direct avec la pathologie initiale, ces conséquences n'étaient pas anormales au regard de l'évolution prévisible de l'état de santé de la patiente.

Ces divergences d'interprétation témoignent de la difficulté pour le juge de trouver une définition de l'anormalité du dommage et sont à l'origine d'une inégalité de traitement entre les victimes, contraire à l'esprit du législateur en 2002.

L'appréciation (ou la précision) claire et commune du critère d'anormalité par le Conseil d'état en 2014 puis en 2016 par la Cour de Cassation était donc bienvenue.

2.2. *Vers des contours plus précis de l'anormalité*

Dans deux arrêts de principe rendus le 12 décembre 2014, le Conseil d'État a clarifié sa jurisprudence en matière de responsabilité sans faute des établissements de santé.

À la lumière de ces deux décisions, le critère d'anormalité du dommage s'apprécie selon deux critères hiérarchisés : la gravité des conséquences et, de manière subsidiaire, la probabilité du risque :

> « *Considérant que la condition d'anormalité du dommage prévue par ces dispositions (L 1142-1) doit toujours être regardée comme remplie lorsque l'acte médical a entraîné des conséquences notablement plus graves que celles auxquelles le patient était exposé de manière suffisamment probable en l'absence de traitement* ;
> *Considérant que lorsque les conséquences de l'acte médical ne sont pas notablement plus graves que celles auxquelles le patient était exposé par sa pathologie en l'absence de traitement, elles ne peuvent être regardées comme anormales sauf si, dans les conditions où l'acte a été accompli, la survenance du dommage présentait une probabilité faible ; qu'ainsi, elles ne peuvent être regardées comme anormales au regard de l'état du patient lorsque la gravité de cet état a conduit à pratiquer un acte comportant des risques élevés dont la réalisation est à l'origine du dommage* » [14].

Utilisant ces éléments pour apprécier l'anormalité des dommages évoqués dans chacune des décisions rendues ce jour-là, le Conseil d'État a tranché dans le premier cas pour une anormalité du dommage et l'a rejeté dans le second.

S'agissant du premier cas, le Conseil d'État a pleinement adhéré au raisonnement adopté par la Cour Administrative d'Appel laquelle a jugé qu'il n'y avait pas lieu de prendre en considération la fréquence du risque de complication lié au geste médical en cause pour se prononcer sur l'anormalité du dommage dès lors « *que la gravité de l'état du patient tel qu'il*

résultait de l'intervention était sans commune mesure avec celle de l'état qui aurait été le sien si elle n'avait pas été pratiquée ».

Dans la deuxième affaire, la haute juridiction a également adopté le raisonnement de la Cour Administrative d'Appel laquelle a jugé que l'intubation, pratiquée en urgence sur l'appelante, présentait pour elle un caractère vital compte tenu de son état de santé et que la complication survenue, si elle est bien exceptionnelle, a été favorisée par divers facteurs, tenant en particulier aux conditions d'intervention en urgence ; urgence liée à l'engagement de son pronostic vital : « *la Cour a ainsi fait apparaître que les conséquences de l'intubation n'étaient pas plus graves que celles auxquelles la patiente était exposée par sa pathologie et que le risque de sténose laryngée (...) revêtait en principe un caractère exceptionnel mais il en était autrement dans les circonstances de l'espèce, compte tenu notamment du fait qu'il avait dû être pratiqué en urgence* ».

Le Conseil d'État compare le dommage lié à l'acte médical à celui auquel pouvait conduire l'évolution de la maladie en l'absence d'intervention (à ce qui aurait pu arriver sans soins).

Selon le Conseil d'État, la condition d'anormalité doit toujours être regardée comme remplie lorsque l'acte médical a entraîné des conséquences « *notablement plus graves* » (et non simplement plus graves) que celles auxquelles le patient était exposé de manière suffisamment probable en l'absence de traitement.

L'état du patient ne doit pas être aggravé par l'acte médical.

Dans ce cas, il n'y a pas lieu de prendre en considération le second critère de la fréquence du risque de complication lié à l'acte médical pratiqué.

Par contre, si les conséquences ne sont pas notablement plus graves, le Conseil d'État introduit un second critère relatif à la probabilité du risque.

Dans cette hypothèse, les juges du fond doivent apprécier le critère de la fréquence statistique du risque de complication dans la mesure où il convient de démontrer que le risque qui s'est manifesté intervient dans une probabilité faible, faute de quoi, ils commettent une erreur de droit.

Dans son arrêt du 15 avril 2015, le Conseil d'État, après avoir repris son attendu de principe, a ainsi statué : « *Pour juger que l'accident survenu lors d'une intervention n'avait pas eu des conséquences anormales au regard de l'état de santé initial de la patiente, comme de l'évolution prévisible de cet état, la cour a estimé que les troubles résultant de cet accident n'étaient pas notablement plus graves que ceux auxquels l'intéressée était exposée par l'obésité sévère dont elle était atteinte. Toutefois, une telle circonstance n'était pas à elle seule, de nature à exclure un droit à réparation au titre de la solidarité nationale... sans vérifier que le dommage ne résultait pas de la réalisation d'un risque de l'intervention présentant une faible probabilité* » [26].

Quatorze jours plus tard dans une décision du 29 avril 2015, le Conseil d'État a confirmé sa méthode d'appréciation du critère de l'anormalité telle que définie en 2014 [27].

Il s'agissait d'une femme victime d'un accident de la circulation présentant de multiples fractures graves. Lors de l'intervention médicale, elle est décédée. Pour écarter l'anormalité du dommage, le Conseil d'État a retenu la gravité de l'état de santé de la patiente, en raison de ses multiples fractures et de sa pathologie cardiovasculaire, qui a donc nécessité de pratiquer un acte comportant des risques élevés. Le déplacement du cathéter n'a fait que concourir à la réalisation du dommage lequel a résulté de la réalisation d'un risque élevé de complication cardiovasculaire. En d'autres termes, si la patiente n'avait pas été soignée, elle aurait été exposée aux mêmes conséquences c'est-à-dire la mort.

Dans cet arrêt, le premier critère n'ayant pas suffi à reconnaître l'anormalité du dommage, le Conseil d'État s'est référé au second critère en considérant, d'une part, qu'en l'absence de traitement, la patiente était exposée à des conséquences « aussi graves » que celles que l'intervention a entraînées et, d'autre part, que le dommage a résulté « de la réalisation d'un risque élevé » de complication cardiovasculaire.

Ces arrêts rappellent l'importance d'évaluer la fréquence statistique du risque lorsqu'il est considéré que les conséquences de l'acte ne sont notablement pas plus graves que les conséquences d'abstention.

À noter toutefois que le Conseil d'État ne définit pas dans ses décisions ce qu'il entend par « conséquences notablement plus graves » et « probabilité faible » laissant aux juges du fond le soin de le faire.

La définition de la condition d'anormalité ainsi dégagée par le Conseil d'État contribue incontestablement à faciliter les conditions de mise en œuvre de l'indemnisation des victimes d'accidents médicaux non fautifs au titre de la solidarité nationale, conformément au souhait du législateur.

Il fallait espérer que la Cour de Cassation suive le pas.

Elle l'a fait 1 an et demi après par un arrêt du 15 juin 2016 dans lequel elle reprend à son compte la méthodologie développée par le Conseil d'État depuis 2014 [28].

L'intéressé contestait le refus de condamnation de l'ONIAM fondé sur le défaut d'anormalité du dommage. À l'appui de son pourvoi il soutenait que la condition d'anormalité du dommage était toujours remplie lorsque l'acte médical avait entraîné des conséquences notablement plus graves que celles auxquelles le patient était exposé de manière suffisamment probable en l'absence de traitement, et qu'il appartenait donc à la cour d'appel de rechercher si la monoplégie complète du bras gauche, dont il était atteint depuis l'intervention chirurgicale, constituait une conséquence notablement plus grave que l'évolution naturelle de sa maladie en l'absence d'intervention. À tort selon la première chambre civile.

En effet, après avoir rappelé les dispositions légales de l'article L 1142-1 du Code de la Santé Publique et l'attendu de principe du Conseil d'État de 2014, la Cour de cassation relève que : « *le patient présentait une pathologie dont l'évolution devait conduire à une invalidité permanente, que l'intervention chirurgicale, rendue nécessaire par cette pathologie, n'avait que des objectifs limités et visait surtout à éviter une aggravation de l'état de santé de l'intéressé, tout en comportant elle-même un risque d'échec important et d'aggravation de cet état d'une fréquence de survenue de 6 à 8 %* ».

Ainsi, le premier critère fondé sur l'existence de conséquences notablement plus graves que celles qui résultaient de l'évolution naturelle de sa maladie n'existait pas.

Le second critère qui s'applique de manière subsidiaire lorsque le premier n'est pas caractérisé et qui tient à la faible probabilité du risque qui s'est réalisé, n'était pas vérifié non plus. S'appuyant sur le rapport d'expertise, les juges du fond ont en effet considéré que cette opération comportait « *un risque d'échec important et d'aggravation de cet état d'une fréquence de survenue de 6 à 8 %* », ce qui excluait donc définitivement le caractère d'anormalité.

Les conséquences d'un acte médical ne peuvent être considérées comme anormales au regard de l'état de santé du patient lorsque la gravité de cet état conduit à pratiquer un acte comportant des risques élevés dont la réalisation et à l'origine du dommage.

Notons que la Cour donne ici une précision importante en ce qu'elle estime qu'un risque d'échec d'aggravation d'une fréquence de survenue de 6 à 8 % est « important » et ne permet donc pas de retenir la réalisation du critère subsidiaire de probabilité faible.

La condition d'anormalité désormais entendue strictement par la jurisprudence conduit cependant assez souvent au rejet de la demande d'indemnisation comme en témoigne l'arrêt de la Cour de cassation du 22 septembre 2016 [29].

Dans cet espèce, après avoir repris les dispositions de l'article L 1142-1 du Code de la Santé Publique et le considérant du Conseil d'État, la Cour retient que : « *Mme X présentait une affection létale qui justifiait de recourir à une thérapie innovante dans le cadre d'un protocole d'essai... mais que cette thérapie comportait une intervention très lourde avec des risques de mortalité et de multiples complications de type infectieuses et hémorragiques ; qu'il ajoute que* (même si selon les experts) « *la polyneuropathie de réanimation constituait une complication exceptionnelle comme n'ayant pas été décrite dans les suites opératoires, elle constituait une complication classique, après plusieurs semaines de réanimation chez un patient présentant une défaillance multiorganique, qu'il existe encore peu de recul sur l'intervention... et que Mme X était particulièrement exposée au risque d'un séjour prolongé en service de réanimation en raison des complications prévisibles du traitement lourd mis en place (...) il résulte que l'acte médical n'a pas entraîné des conséquences notablement plus graves que celles auxquelles la patiente était exposée de manière suffisamment probable en l'absence de traitement et que, dans les conditions où il a été accompli, la survenance du dommage ne présentait pas une probabilité faible, que les préjudices subis par Mme X... ne constituaient pas des conséquences anormales au sens de l'article L1142-1 II CSP* ».

La survenance d'une polyneuropathie n'est pas une conséquence anormale de l'acte médical dans le cas d'une intervention très lourde justifiée par une affection du péritoine.

La patiente était particulièrement exposée au risque d'un séjour prolongé en réanimation en raison des complications prévisibles du traitement lourd mis en place.

La Cour en déduit que c'est à bon droit que les juges du fond ont décidé que, dans les conditions où l'acte médical a été accompli, la survenance du dommage ne présentait pas une probabilité faible et que les préjudices subis ne constituaient p. une conséquence anormale de l'acte médical.

La condition d'anormalité est ici entendue strictement.

D'une revue de la jurisprudence récente, il ressort qu le Conseil d'État maintient son raisonnement adopté depu 2014 en se référant aux deux critères hiérarchisés de « gravi des conséquences » et de « probabilité du risque » pour appr cier l'anormalité du dommage et qu'il n'hésite pas à sanctionn les juges du fond qui tenteraient de sortir du cadre qu'il a ain défini.

Ainsi, le 16 novembre 2016, le Conseil d'État a censuré l Cour d'Appel pour s'être bornée à dire que le dommage n'éta pas anormal sans rechercher si effectivement la survenance d dommage ayant résulté de l'opération présentait une probabilit faible [30].

Même raisonnement adopté le 22 mars 2017 : « *Consi dérant que, pour juger que l'accident survenu à la suite d l'intervention pratiquée le 1er avril 2004 n'avait pas eu de conséquences anormales au regard de l'état de santé initial d Mme B... comme de l'évolution prévisible de cet état, la cou s'est bornée à estimer que l'intervention chirurgicale était indis pensable (...) et que cette intervention était délicate et risquée qu'en se prononçant ainsi sans rechercher si les conséquences de l'accident n'étaient pas notablement plus graves que celle auxquelles l'intéressée était exposée par sa pathologie en l'absence de traitement chirurgical, la cour a commis une erreur de droit* » [31].

Le 08 février 2017, après avoir repris les disposition de l'article L 1142-1 et son attendu de principe, le Consei d'État a également sanctionné la Cour pour avoir jugé que l'augmentation du taux d'invalidité de la victime entre l'état antérieur et les séquelles résultant des deux opération révélait à elle seule le caractère anormal du dommage. À tort selon le Conseil d'État qui rappelle que la cour devai « *rechercher si les opérations en cause ont entraîné chez la patiente des conséquences notablement plus graves que celles auxquelles elle était exposée de manière suffisamment probable en l'absence de traitement* et, dans la négative, *si le dommage qu'elle a subi avait présenté une probabilité faible* ». En l'espèce, la requérante avait subi deux opérations dont elle avait conservé des séquelles sous la forme d'un syndrome de la queue de cheval partiel [32].

Nouvel arrêt censuré le 10 mars 2017. Dans cette espèce, le Conseil d'État infirme l'arrêt de Cour qui après avoir retenu que « *les séquelles en lien avec l'intervention étaient notablement plus graves que les troubles liés à l'état initial, s'est fondée sur ce qu'il ne résultait pas de l'expertise qu'en l'absence de traitement, la tumeur aurait « inévitablement et de manière certaine »entraîné une cécité ni que son évolution se serait accompagnée d'une paralysie oculomotrice et d'une déformation du creux temporal* » ; qu'en statuant ainsi la cour *à comparer les conséquences de l'acte médical avec l'évolution inévitable et certaine de la pathologie de l'intéressé en l'absence de traitement, alors qu'il lui incombait de comparer ces conséquences avec celles qui était suffisamment probables an l'absence de traitement* » [33].

Si la condition d'anormalité a fait couler beaucoup d'encre, il faut toutefois rappeler que celle-ci n'est pas la seule à remplir pour être indemnisé par l'ONIAM.

En effet, l'article L 1142-1 II du Code de la Santé Publique subordonne aussi l'indemnisation à la gravité de l'accident médical appréciée par rapport à des taux fixés par décret et au regard de la perte de capacités fonctionnelles et des conséquences sur la vie privée et professionnelle.

Ajoutées à ces taux très élevés, les conditions restrictives de l'anormalité posé par le Conseil d'État et la Cour de cassation font effectivement craindre qu'un grand nombre de victimes ne disposent d'aucune indemnisation car ne pouvant ni agir sur le fondement de la responsabilité pour faute ni engager la solidarité nationale.

Déclaration de liens d'intérêts

Les auteurs déclarent ne pas avoir de liens d'intérêts.

Références

[1] M Hauriou, note sous 3 arrêts dont CE 3 février 1905 Compagnie générale des omnibus c/ville de Paris, Sirey 1906, p.145, La jurisprudence administrative de 1892 à 1929, Paris: librairie du recueil Sirey, 1929, tome III, p.341.
[2] CE, 30 novembre 1923, Couitas, n° 38284, Lebon p. 789.
[3] S. Hocquet-Berg. Responsabilité civile et assurance n° 2 Février 2015 étude 2.
[4] CE, 21 juin 1895 arrêt Came (agent public, ouvrier de l'arsenal de la ville de Tarbes, qui s'était blessé à la main sur son poste de travail) Lebon p. 509.
[5] CE Ass, 7 mars 1958, Secrétaire d'État à la santé c/Dejous, Lebon p. 153.
[6] CAA Lyon, 21 décembre 1990, consorts Gomez n° 89LY01742, Lebon p. 498.
[7] CE Ass, 9 avril 1993, Bianchi n° 69336, Lebon p. 127.
[8] Revue Française de Droit Administratif 1993.573.
[9] JP Thiellay, concl. sur CE 14 janvier 2009, n° 284434.
[10] CA, Paris, ch.1 B, 15 janvier 1999, RG n° 1997/25948, JCP1999.II.10068.
[11] Cass Civ.1ère, 8 novembre 2000, n° 99-11.735, bull civ, I, n° 287.
[12] Langrognet F. « L'errance diagnostique du juge administratif : l'anormalité au sens de l'article L 1142-1 du Code de la Santé Publique ». RFDA; 2012.
[13] CAA Paris, 20 octobre 2011 n° 09PA05437.
[14] CE, 12 décembre 2014, n° 365211 et n° 355052.
[15] Rapport n° 3263 déposé par Claude Evin au nom de la Commission des Affaires Sociales de l'Assemblée Nationale.
[16] L'accident médical, étude par Patrice Jourdain, Responsabilité Civile et Assurances n° 7, juillet 2015, dossier 6.
[17] CAA Versailles, 31 mars 2009 n° 06VE01677.
[18] CAA Paris, 10 juin 2010, n° 09PA04044.
[19] CA Paris, 11 septembre 2009, n° 08/03939.
[20] Cass Civ 1ère, 31 mars 2011, n° 09-17135.
[21] Cass Civ 1ère, 2 juillet 2014, n° 13-15750.
[22] Cass Civ 1ère, 10 juillet 2014, n° 13-21603.
[23] CE, 16 décembre 2013, n° 354268.
[24] Cass Civ 1ère, 4 février 2015 n° 13-28513.
[25] CAA Marseille, 11 février 2013, n° 11MA00926.
[26] CE, 15 avril 2015, n° 370309.
[27] CE 29 avril 2015, n° 369473.
[28] Cass Civ 1, 15 juin 2016, n° 15-16824.
[29] Cass Civ 1, 22 septembre 2016, n° 15-22409.
[30] CE, 16 novembre 2016, n° 391537.
[31] CE, 22 mars 2017, n° 387218.
[32] CE, 08 février 2017, n° 393482.
[33] CE, 10 mars 2017, n° 399946.