



HAL
open science

Précisions sur le critère d'anormalité du dommage

Caroline Lantero

► **To cite this version:**

Caroline Lantero. Précisions sur le critère d'anormalité du dommage. *Actualité juridique Droit administratif*, 2015, 13, pp.769. halshs-02220453

HAL Id: halshs-02220453

<https://shs.hal.science/halshs-02220453>

Submitted on 12 May 2020

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

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

Précisions sur le critère d'anormalité du dommage

AJDA, 20 avril 2015, p. 769

Caroline Lantero, Maître de Conférences en Droit public, Avocate, EA4232

À l'occasion de deux affaires mettant en jeu la réparation par la solidarité nationale des dommages issus d'un accident médical non fautif, le Conseil d'État a dû clarifier l'une des conditions posées par la loi du 4 mars 2002 dite Loi Kouchner exigeant que les conséquences du dommage soit « anormales » au regard de l'état de santé du patient. La tentation d'un retour aux exigences jurisprudentielles posées en 1993 par l'arrêt d'assemblée Bianchi dans le cadre du régime de responsabilité sans faute en vigueur avant la loi est visible.

CE 12 décembre 2014, ONIAM c. M. B, req n° 355052 et CE 12 décembre 2014, Mme A., req n° 365211.

Par deux arrêts du 12 décembre 2014, le Conseil d'État a précisé les contours du critère d'anormalité du dommage, indispensable à l'intervention de l'Office en charge de l'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales (ONIAM) dans l'indemnisation des préjudices desdits accidents, affections et infections.

Dans le premier, qui sera publié au Recueil, le pourvoi était introduit par l'ONIAM qui contestait la solution retenue par la Cour administrative d'appel de Paris ayant mis à sa charge la réparation de la part non fautive du dommage : une tétraparésie (paralysie légère mais généralisée aux muscles des quatre membres) provoquée par une compression médulaire (de la moelle et des nerfs) lors d'une intervention chirurgicale destinée à réduire une hernie discale cervicale.

Dans le second, qui sera mentionné au Tables, le pourvoi était introduit par Mme A., laquelle était porteuse de séquelles des suites d'une intubation pratiquée en urgence alors qu'elle était victime d'un coma diabétique acido-cétosique, pour lesquelles elle avait sollicité réparation au titre de la solidarité nationale. Mais ni le juge le tribunal administratif de Nantes, ni la Cour administrative d'appel de Nantes n'avaient fait droit à sa requête. Le Conseil d'État a rejeté les deux pourvois, confirmant dans la première affaire citée que le seuil d'anormalité du dommage résultant de l'aléa était atteint, confirmant dans l'autre qu'il ne l'était pas, tout en assortissant ces deux décisions d'une définition inédite de « la condition d'anormalité du dommage » exigée par les textes.

Ces deux arrêts canalisent, sans nécessairement y mettre un terme, une discussion remontant aux travaux parlementaires de la loi Kouchner (n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé) lorsqu'il était question d'aménager la disparition de la responsabilité sans faute et d'instaurer un mécanisme de réparation de l'aléa au titre de la solidarité nationale. Parallèlement, ils ne remettent pas fondamentalement en cause la logique à l'œuvre au temps de la responsabilité sans faute et de la jurisprudence *Bianchi*, voire ils en assurent une survivance.

Faut-il le rappeler, la responsabilité sans faute des établissements de santé n'est plus engagée pour les accidents médicaux depuis la loi du 4 mars 2002, pour des actes réalisés après le 5 septembre 2001 (entrée en vigueur rétroactive de la loi). Elle a cédé le pas à la réparation au titre de la solidarité nationale, en partie pour répondre à un besoin d'assouplissement des conditions d'indemnisation du risque posées par la jurisprudence. Les nouvelles conditions légales sont moins nombreuses, moins

restrictives et plus lisibles. Mais parmi celles-ci, la condition tenant à l'anormalité du dommage n'est finalement pas si intelligible.

I) De la responsabilité sans faute à la solidarité nationale : l'assouplissement des conditions d'indemnisation du risque

La recherche d'un régime légal d'indemnisation des accidents non fautifs s'est très clairement inscrite dans le sillon du régime jurisprudentiel de responsabilité sans faute dégagé par le juge administratif. À la fois pour s'en inspirer, partiellement pour s'en éloigner, mais surtout pour assouplir les conditions de mise en œuvre de l'indemnisation.

A) La rigueur des conditions d'indemnisation de l'aléa thérapeutique sur le fondement de la responsabilité sans faute

Il y a vingt-cinq ans, alors que le régime de la responsabilité hospitalière était encore celui de la faute lourde (abandonné dans **CE, 10 avril 1992, Époux V., req. n° 79027, Rec. p. 171, concl. H. Legal, AJDA 1992, p. 355**), la juridiction administrative dégageait un principe de responsabilité sans faute de l'hôpital tendant à assurer l'indemnisation des conséquences dommageables de l'utilisation d'une thérapeutique nouvelle dont le risque n'était pas connu et dont la mise en œuvre n'était pas imposée par des raisons vitales (**CAA Lyon, 21 déc. 1990, Cts Gomez, req. n°89LY01742, Rec. p. 498**). L'arrêt d'Assemblée *Bianchi* consacrait en 1993 ce régime de la responsabilité pour risque causé par un acte médical (**CE, Ass., 9 avril 1993, Bianchi, req n° 69336, Rec. p. 127, concl. S. Dael**) en l'assortissant toutefois de cinq conditions cumulatives. Première condition, l'acte médical devait avoir été nécessaire au diagnostic ou au traitement du malade. Deuxième condition, il présentait un risque connu mais dont la réalisation est exceptionnelle. Troisième condition, rien ne permettait de penser que le patient était particulièrement exposé à ce risque. Quatrième condition, les conséquences dommageables de cet acte devaient être « sans rapport avec l'état initial » du patient et cinquième et dernière condition, le dommage devait présenter le caractère d'une « extrême gravité ». Le champ d'application de la jurisprudence *Bianchi* a fait l'objet d'une précision en 1997 avec l'arrêt de Section *Hôpital Joseph-Imbert d'Arles* qui a modifié le considérant de principe en substituant au terme « malade » le terme « patient », afin de ne pas exclure du régime les femmes enceintes (l'accouchement n'étant pas un acte de soin) et les personnes sollicitant une intervention chirurgicale de convenance (par exemple circoncision): « *Considérant que lorsqu'un acte médical nécessaire au diagnostic ou au traitement du patient 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 de dommages sans rapport avec l'état initial du patient comme avec l'évolution prévisible de cet état, et présentant un caractère d'extrême gravité* » (**CE 3 novembre 1997, Hôpital Joseph-Imbert d'Arles, req n° 153686, Rec. p. 412, RFDA 1998, p. 410, concl. V. Péresse**). Notons qu'en dépit de cette ouverture, seul le considérant de l'arrêt *Bianchi* fut utilisé par la suite dans les arrêts de la haute juridiction.

Ces arrêts ne furent pas nombreux tant le recours à la jurisprudence *Bianchi* par le juge administratif a été rare, la réunion des conditions de sa mise en œuvre relevant de l'hypothèse d'école. Les cinq conditions d'engagement de la responsabilité sans faute de l'hôpital, intrinsèquement exigeantes, étaient en outre cumulatives et si une seule faisait défaut, la responsabilité ne pouvait pas être engagée (par ex. **CE, 24 octobre 2008, Mme Chottin, req. n° 297994**). Parmi celles-ci, la condition de

la connaissance préalable du risque apparaissait quelque peu arbitraire (cette connaissance n'ayant à notre sens en matière de responsabilité hospitalière d'incidence que dans un régime de responsabilité pour faute où on reprochera à un établissement de n'avoir pas soustrait le patient au risque, ou de lui avoir fait perdre une chance de s'y soustraire) et a fermé la voie de l'indemnisation à tous les patients victimes d'un risque qui était jusqu'alors inconnu et dont ils ont été les premières victimes (**CE 7 juillet 2006, Lagorio, req. n° 264217 ; CE 12 juillet 2006, Hospices civils de Lyon c. Bourdin, req. n° 254836**). La condition tenant au caractère exceptionnel du risque était également drastique dans la mesure où la juridiction administrative écartait comme « non exceptionnelle » une occurrence évaluée à 2% (**CE 15 janvier 2001, AP-HP, req. n° 195774**). Enfin, la condition d'« extrême gravité » du dommage subi était elle aussi draconienne puisque seuls les dommages totalement tragiques étaient regardés comme remplissant ce critère: tétraplégie (Bianchi), paraplégie définitive et graves troubles sphinctériens (**CE 17 mai 2006, Hospices civils de Lyon, req. n° 272231**), décès (**CE 3 novembre 1997, Hôpital Joseph-Imbert d'Arles, préc. ; CE 23 juin 2004, Benrekta, n°235563**), hémiparésie aggravée avec taux de déficit fonctionnel permanent de 75% (**CE 22 novembre 2002, CPAM, req. n° 186220**), coma végétatif pendant cinq ans suivi d'un décès (**CE 15 novembre 2006, APHM, req. n° 279273**), accident ischémique cérébral avec 85% de déficit fonctionnel permanent (**CE 26 mai 2010, Birien, req. n° 306617**). Le Conseil d'État refusait également de prendre en compte tout préjudice temporaire dans l'appréciation de la gravité du dommage (**CE 2 février 2011, Gallon, req. n° 323970**). Enfin, l'analyse du rapport de ce dommage avec l'état initial du patient et de son évolution prévisible venait également réduire encore le champ d'application du régime de responsabilité sans faute, privant d'indemnisation les victimes d'un dommage grave et pourtant en lien avec la réalisation du risque, mais dont la gravité de l'état antérieur était disqualifiante (cf *infra*).

Ce régime est en train de disparaître puisque la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 *relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé* lui a substitué un régime spécial d'indemnisation des conséquences des accidents médicaux et aléas thérapeutiques, fondé sur la solidarité nationale. La rigueur et la presque inutilité subséquente de la jurisprudence *Bianchi* ne sont pas étrangères à sa propre disparition.

B) L'assouplissement des conditions d'indemnisation de l'accident médical par la solidarité nationale

La loi du 4 mars 2002 a donc consacré le régime de la responsabilité pour faute (article L. 1142-1-I du Code de la santé publique) et substitué à l'indemnisation fondée sur le principe de responsabilité sans faute, l'indemnisation de l'accident médical au titre de la solidarité nationale (article L. 1142-1-II du CSP), l'ONIAM assurant désormais cette charge. L'objectif principal était d'unifier les conditions d'indemnisation et de rallier au régime légal un juge civil très hostile au concept de responsabilité sans faute et pour qui « *la réparation des conséquences de l'aléa thérapeutique* » n'entraîne « *pas dans le champ des obligations dont un médecin est contractuellement tenu à l'égard de son patient* » (**Cass. Civ. 8 novembre 2000, Destandau c. Tourneur et MSA, n° 99-11735, Bull. 2000 I, 287**). La lecture des travaux parlementaires fait nettement apparaître l'impact de l'arrêt *Bianchi* dans la préparation de la loi, tant au regard de l'impulsion qu'il a créée en matière d'indemnisation des risques, qu'au regard de ses limites en matière d'application. Les travaux préparatoires ont largement souligné le caractère restrictif de la jurisprudence, matérialisé d'ailleurs par un volume contentieux très limité (**Rapport AN, 26 septembre 2001, n°3263, « Titre 1 – Démocratie sanitaire », pp. 13-31 et « Titre III – Réparation des risques sanitaires », pp. 10-15 et 27-30**). Tirant les enseignements de ce bilan jurisprudentiel, le législateur en a profité pour en assouplir ou abandonner les critères les plus problématiques.

Aux termes du II de l'article L. 1142-1 du code de la santé publique, le droit à la réparation des préjudices s'ouvre au titre de la solidarité nationale, lorsque les préjudices 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* ». Trois conditions succèdent aux cinq précédentes. Le critère de la connaissance du risque et de sa réalisation exceptionnelle disparaît purement et simplement, de même, mais moins purement et moins simplement, que celui tendant à écarter la réparation si le patient était « particulièrement exposé » au risque. En somme, le régime légal abandonne toute référence à la nature, la fréquence ou l'exposition du patient au risque (même si les arrêts commentés réintroduisent, en les aménageant, le critère de l'exposition au risque et de la réalisation statistique de celui-ci).

La condition tenant à ce que le dommage soit **imputable** à un « *acte de prévention, de diagnostic ou de soins* » apparaît plus souple qu'antérieurement, lorsque l'acte médical devait avoir été « *nécessaire au diagnostic ou au traitement* », mais ce critère ne soulevait pas de difficulté particulière, la jurisprudence *Bianchi* ayant notamment été élargie à tous les patients et non pas réservée aux seuls malades. En toute logique, cela devait inclure, et même si la question ne s'est curieusement et à notre connaissance jamais posée devant la Haute juridiction administrative, les patients de la chirurgie esthétique, comme l'a d'ailleurs admis la Cour de cassation (**Civ. 1^e 5 février 2014 n°12-29.140, Bull. 2014, I, n° 21**). Mais, en réaction à cet arrêt, la loi de financement de la sécurité sociale pour 2015 a inséré un nouvel article L. 1142-3-1 dans le code de la santé publique, privant d'indemnisation par la solidarité nationale les « *dommages imputables à des actes dépourvus de finalité préventive, diagnostique, thérapeutique ou reconstructrice* ». Une telle exclusion n'était pas prévue par la Loi Kouchner qui ne tendait qu'à écarter de l'indemnisation les accidents non fautifs qui seraient en lien avec l'activité hospitalière tels que l'entretien, l'hôtellerie, ou les soins non médicaux (**Rapport n°3263 Tome III de MM. C. Evin, B. Charles et J.-J. Denis fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé n°3258**).

Le critère de la **gravité du dommage** qui devait être « extrême » sous le système *Bianchi*, se mesure désormais à la lumière d'un taux d'atteinte à l'intégrité physique ou psychique (également encore appelé déficit fonctionnel permanent) supérieur à 24% (taux fixé par décret, article D. 1142-1 du code de la santé publique). En deçà de ce seuil de gravité, pas d'indemnisation certes. Mais sous le régime antérieur, il fallait atteindre au moins 50%. De plus, le juge administratif refusait de prendre en considération les préjudices temporaires pour évaluer la gravité des dommages, ce que la loi permet désormais, en renvoyant également au décret le calcul du seuil de gravité (article D. 1142-1 du code de la santé publique). Le vide indemnitaire a donc été considérablement réduit.

Il est manifeste que la loi a réduit et assoupli les conditions d'indemnisation par la solidarité nationale par rapport aux conditions d'engagement de la responsabilité sans faute dégagée par l'arrêt *Bianchi*. Il n'est pas certain en revanche que la condition ayant trait à l'anormalité du dommage se soit inscrite dans cette dynamique. L'exigence que le dommage fut « *sans rapport avec l'état initial* » sous *Bianchi*, a laissé la place à la condition que les conséquences soient « *anormales au regard de son état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci* ». Mais les contours de cette condition soulevaient, et soulèvent toujours des interrogations, auxquelles le Conseil d'État vient d'apporter des éléments de réponse.

II) Du dommage « sans rapport avec l'état initial » au critère d'anormalité : un retour aménagé à la jurisprudence *Bianchi*

La modification apportée par la loi n'est pas purement sémantique. Elle met un terme à une double interprétation possible dont l'une d'elles était très défavorable aux victimes. Mais en introduisant le critère d'anormalité du dommage, elle fait surgir les difficultés classiquement associées à la notion, auxquelles le Conseil d'État répond en deux temps. Il propose tout d'abord une définition « sèche » de l'anormalité du dommage et lui ajoute, subsidiairement, le critère de spécialité du dommage, opérant en définitive un retour aux conditions posées par la jurisprudence *Bianchi*.

A) La fin d'un double sens.

Avec l'adoption de la loi, et compte tenu de l'esprit de celle-ci, il était légitime de s'interroger sur un possible assouplissement des conditions d'appréciation de l'anormalité du dommage. Mais le changement sémantique participe davantage d'un éclairage que d'un assouplissement. L'expression initiale posait en effet une difficulté d'interprétation puisque les termes « sans rapport » peuvent soit convoquer la notion d'existence (il n'y a pas de lien causal entre le dommage et l'état initial), soit convoquer la notion de proportion (le dommage est hors de proportion avec l'état initial). La première interprétation constitue ce que l'on pourrait appeler un critère « maximaliste » exigeant qu'il n'y ait strictement aucun rapport entre l'état initial et le dommage issu de l'accident, alors que l'accident est pourtant très probablement issu d'une thérapeutique visant à améliorer ou faire cesser l'aggravation de l'état initial. Un tel critère ne peut, en pratique, pas être rempli. C'est d'ailleurs et très rapidement la seconde interprétation qui a été retenue, à la lumière d'ailleurs des conclusions du commissaire du gouvernement M. Daël sur l'arrêt fondateur de 1993 qui précise qu'une « *disproportion doit éclater entre* » l'état initial du malade « *et les conséquences du remède* » et que « *l'accident doit avoir créé une situation entièrement nouvelle, dont la thérapeutique est la véritable cause* » (CE, Ass., 13 nov. 1993, *Bianchi*, prec., Concl. S. Dael, RFDA 1993, p. 573). Le critère maximaliste n'a jamais été exigé par le juge administratif. Il s'agissait pour ce dernier de mesurer un rapport, au sens littéral du terme, et non de se borner à constater un lien entre l'état initial et le dommage survenu pour écarter la responsabilité sans faute. Sous l'empire de ce régime, la frontière entre un terrain éventuellement défavorable et l'absence d'exposition « particulière » au risque (alors nécessaires sous *Bianchi*), était ténue, et, dans ces cas, la disproportion entre le dommage et l'état initial servait d'arbitre (CE, 14 oct. 2002, *Mme Favre et autres*, req. n° 210627, F. ; CE 22 novembre 2002, *Michaali*, req. n° 187477 pour des hémipariés consécutives à des coronographies sur des patients souffrant de maladie coronarienne, diabète ou hypertension). Consacrant le critère de proportionnalité, le Conseil d'État avait d'ailleurs rectifié l'interprétation réductrice à laquelle s'était livrée une cour administrative d'appel qui avait jugé que la prédisposition du patient aux risques coronariens suffisait à regarder le dommage (accident vasculaire cérébral) comme « *sans rapport avec son état initial* ». Le Conseil d'État a censuré la Cour pour n'avoir pas recherché « *si les dommages qu'il a subis étaient, par leur gravité, hors de proportion avec son état initial* » (CE 25 juillet 2007, *Mme Russo*, req. n° 293793). La seule existence d'un lien entre l'état initial et le dommage ne suffisait donc pas à exclure l'indemnisation, mais l'exigence que les dommages causés directement par l'accident soient sans commune mesure avec l'état initial du patient demeurait. Ainsi, et indépendamment de la gravité du dommage, le Conseil d'État a écarté de la réparation la perte d'un œil à l'issue d'une intervention chirurgicale sur un patient présentant de nombreux antécédents oculaires ayant favorisé la survenue de l'aléa (CE 24 juillet 2009, *Ugarte Mendia*, req. n° 305372) ; même solution pour un patient insuffisant cardiaque et victime d'une dissection accidentelle de l'artère aortique ayant entraîné une tétraplégie (CE 14 janvier 2009, *CPAM des Ardennes*, CPAM de l'Aisne, req. n° 284434).

Pour ouvrir droit à l'indemnisation de l'accident médical au titre de la solidarité nationale, la loi exige des « *conséquences anormales au regard de [l'] état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci* ». Ce changement sémantique met un terme à la difficulté d'interprétation évoquée plus

haut, et retient la recherche d'une disproportion. Mais laquelle ? Un dommage peut-il être regardé comme anormal alors qu'il n'est pas hors de toute proportion avec l'état initial ?

B) Un dommage anormal, et si nécessaire, spécial

S'il n'existe pas de grille de lecture de l'anormalité du préjudice (l'éventuelle différence entre le *préjudice* et le *dommage* n'est pas abordée ici, voir sur ce point **J.-M. Pontier, Le dommage et le préjudice, in *Vers de nouvelles normes en droit de la responsabilité publique ?* Paris, Les Colloques du Sénat, 2003, p. 117 et s.**), on retient que la notion d'anormalité est héritée de la conception civiliste de « trouble anormal » et qu'elle est requise dans le régime de responsabilité sans faute (pour rupture d'égalité devant les charges publiques). Il est également admis que c'est la part du dommage qui excède la gêne ou les inconvénients qu'il convient de supporter dans une vie en société (**R. Chapus, Droit administratif général, Montchrestien, 2001, 15^e ed., § 1507**). Le dommage peut être supportable jusqu'à un certain point. « *Le dommage anormal est non pas un dommage qui n'aurait pas dû arriver, mais simplement, et la nuance est importante, un dommage qui n'a pas à être supporté par la personne qui en a été victime, qui excède ce qu'elle doit prendre en charge* (**P. Amselek, La responsabilité sans faute des personnes publiques d'après la jurisprudence administrative, Mél. Eisenmann, LGDJ, 1975, p. 249**). La loi du 4 mars 2002 indique que l'anormalité se constate au regard de l'état initial et au regard de l'évolution prévisible de celui-ci. Dès lors, il semble exclu, d'une part, de ne retenir qu'une aggravation mathématique du dommage entre l'état initial et le dommage consécutif à l'accident et il apparaît, d'autre part, que l'état antérieur ne peut pas suffire à renseigner sur l'anormalité du dommage. Inversement, l'état de santé initial ne saurait à lui seul, disqualifier l'anormalité du dommage. Il faut, de manière inévitablement prospective et probabiliste, intégrer l'évolution prévisible de l'état de santé (en dehors de toute intervention thérapeutique) dans l'équation.

Dans le contentieux de l'appréciation du critère de l'anormalité, la Cour de cassation fut la première à en préciser les contours dans un arrêt du 31 mars 2011 dans lequel elle a écarté tout droit à indemnisation d'un patient, qui « *compte tenu de ses antécédents vasculaires (...) était particulièrement exposé à la complication hémorragique survenue dont les conséquences, si préjudiciables fussent-elles, n'étaient pas anormales au regard de son état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci* » (**Civ. 1^{re}, 31 mars 2011, n° 09-17.135**). Cette conception de l'anormalité dans le contexte d'une paraplégie survenue à la suite d'un accident médical qui ne pouvait « *être totalement dissocié de l'état antérieur* » mais dont l'imputabilité sur la paraplégie n'était écartée que par une « hypothèse vraisemblable », a été jugée sévère (**D. 2011. 1075, obs. I. Gallmeister**), à tout le moins restrictive (**D. 2012. 47, obs. O. Gout et RTD civ. 2011. 553, obs. P. Jourdain**), voire ralliant la définition de la jurisprudence *Bianchi* (**RDSS 2011. 761, obs. F. Arhab-Girardin**), ce qui est effectivement le cas, en pire, puisque la Cour de cassation a retenu la conception maximaliste de la définition jurisprudentielle. À la lumière de cette interprétation qui apparaît *contra legem*, le patient risque systématiquement de se voir opposer son état de santé initial et d'être privé de toute réparation des dommages issus d'un accident intervenu dans le cadre d'une démarche thérapeutique dont il attendait légitimement un bénéfice et dont il ne retire finalement qu'une aggravation.

Dans un arrêt du 16 décembre 2013, le Conseil d'État contrôlait pour la première fois l'appréciation des juges du fond quant à l'anormalité du dommage et confirmait (comme la Cour de cassation) que **l'exposition particulière** du patient au risque puisse être retenue pour évaluer le degré d'anormalité du dommage, mais il semblait ajouter au faisceau d'indices le caractère **indispensable** de l'intervention (**CE 16 décembre 2013, Mme A., req n° 354268, aux T., AJDA 2014, p. 1014**). Revenant imperceptiblement sur sa jurisprudence de 2011, la Cour de cassation a apprécié *in concreto* l'évolution prévisible de l'état initial et a suivi le Conseil d'État en retenant également le caractère

indispensable de l'intervention thérapeutique pour mesurer l'anormalité du dommage (**Civ. 1^{re}, 2 juillet 2014, n° 13-15.750, D. 2014. 1495**). Alors que la réintégration des conditions posées par la jurisprudence *Bianchi* est clairement en marche, ce second élément d'appréciation, qui en était absent et qui convoque un concept exonératoire propre à la responsabilité pour faute (en particulier en matière de défaut d'information) n'est pas sans soulever quelques difficultés.

Faisant œuvre de pédagogie et de clarification (peut-être même de rectification), les deux arrêts du 12 décembre 2014 synthétisent la définition du critère d'anormalité en retenant, d'une part, un élément purement comparatif d'aggravation, et en proposant, d'autre part, une alternative par un élément causal relatif à l'exposition du patient au risque et à la probabilité statistique que celui-ci se réalise. Le caractère indispensable de l'intervention disparaît ou est à tout le moins fortement rétrogradé au rang de considération accessoire.

S'agissant du critère principal, de pure comparaison, les deux arrêts indiquent dans une rédaction rigoureusement identique que « *la condition d'anormalité du dommage (...) doit toujours être regardée comme remplie lorsque l'acte médical a entraîné des conséquences notablement plus graves que celles auxquelles le patient était exposé de manière suffisamment probable en l'absence de traitement* ». En premier lieu, le rapport de comparaison intègre explicitement l'appréciation de l'évolution prévisible de l'état initial, conformément à la lettre de la loi. En second lieu, ce n'est pas la comparaison entre l'état initial et l'état postérieur à l'accident, ni la comparaison entre l'état escompté et l'état finalement obtenu qui sont retenues. La distinction s'exerce entre l'état de santé résultant de l'accident et l'état de santé auquel le patient était exposé sans l'intervention thérapeutique. Dans l'arrêt ONIAM (**req. n° 355052**), ce rapport d'aggravation est présent et la condition d'anormalité requise par la loi est regardée comme parfaitement remplie. Le patient souffrait à l'origine d'une hernie cervicale entraînant des douleurs, un déficit modéré du bras droit et une gêne à la marche (état qu'il aurait conservé en l'absence d'intervention) mais s'est réveillé avec un déficit moteur des quatre membres et un déficit fonctionnel permanent chiffré à 60%, ce qui est notablement plus grave. Dans l'arrêt Mme A. (**req. n° 365211**), le critère comparatif n'était en revanche pas rempli car les séquelles de l'intubation pratiquée en urgence n'étaient pas notablement plus graves que l'état auquel la patiente était exposée en l'absence d'intervention (coma diabétique/décès). Dans cette situation, le caractère indispensable de l'intervention peut sembler ressurgir, mais il ne vaut en réalité que dans le cadre d'un risque vital et ne sert qu'à apprécier la comparaison de gravité entre l'état séquentaire de l'accident et l'état prévisible en l'absence d'intervention. À quel moment de l'évolution de l'état de santé initial doit-on faire la comparaison ? Le Conseil d'État ne le dit pas mais, étant admis que toute vie humaine comporte une évolution hautement prévisible vers un arrêt cardiaque (dont nous mourrons en pratique tous), on imagine que l'analyse temporelle sera rationnelle, sauf à totalement vider de son sens la comparaison à laquelle la haute juridiction invite les juges du fond pour statuer sur l'anormalité du dommage. En tout état de cause, dans les espèces des arrêts commentés, le juge semble avoir retenu un marqueur chronologique assez rapproché de l'accident médical.

S'agissant du critère alternatif, le Conseil d'État précise que lorsque le premier n'est pas rempli, il faut regarder si « *dans les conditions où l'acte a été accompli, la survenance du dommage présentait une probabilité faible* », ce qui n'est pas le cas lorsque la gravité de l'état du patient « *conduit à pratiquer un acte comportant des risques élevés dont la réalisation est à l'origine du dommage* ». La Haute juridiction semble ainsi confirmer la prise en compte de l'exposition particulière du patient au risque (condition héritée de la jurisprudence *Bianchi* et annoncée par l'arrêt du 16 décembre 2013 précité) et réintroduit formellement un autre des critères de la jurisprudence *Bianchi* en s'attachant à regarder la probabilité statistique de réalisation du risque. Sur ce dernier point, le juge évoque une « *faible probabilité* » et il est difficile de savoir si cette faible probabilité sera mesurée aussi drastiquement que l'était le risque « *exceptionnel* » sous *Bianchi*. Dans l'arrêt ONIAM (**req. n° 355052**), le premier critère de comparaison était rempli (les conséquences étant notablement plus

graves) et la recherche du critère alternatif relatif à l'exposition du patient au risque et la probabilité que celui-ci survienne était inutile. Dans l'arrêt Mme A. (**req. n° 365211**) en revanche, le critère comparatif n'était pas rempli (les conséquences de l'intubation n'étaient pas plus graves que celles auxquelles la patiente était exposée par sa pathologie) et le critère alternatif a dû être analysé. En l'espèce, il n'a pas été considéré comme rempli non plus, compte tenu de la forte probabilité que le risque se réalise (contexte d'urgence, collapsus tensionnel et terrain diabétique). La condition d'anormalité n'a pas été retenue pour ouvrir droit à l'indemnisation par la solidarité nationale.

Finalement, et contrairement aux premières observations faites plus haut sur la substitution du régime légal à celui de la jurisprudence *Bianchi*, toutes les conditions de *Bianchi*, apparemment abandonnées par la loi n'ont pas disparu. Elles ont été pour partie refondues. Le critère de l'anormalité du dommage comprend : la proportion d'aggravation, l'exposition particulière du patient au risque, et le caractère exceptionnel de celui-ci. Si au terme de cette analyse, il apparaît que le champ d'application de la loi est restreint à celui de la jurisprudence *Bianchi*, tel n'est pas tout à fait le cas et il convient de conclure en soulignant que nous n'assistons pas à un retour pur et simple des conditions d'engagement du régime de responsabilité sans faute résultant de l'arrêt *Bianchi*. En premier lieu, la condition tendant à la fréquence intrinsèque du risque et à sa connaissance reste exclue. En deuxième lieu, la menace de l'introduction d'un nouveau critère tendant à l'analyse du caractère indispensable de l'intervention semble écartée. En troisième lieu, l'état antérieur du patient ne peut, par lui-même, exclure l'existence d'un dommage anormal, ni même d'ailleurs justifier une réparation partielle dès lors que la condition d'anormalité est regardée comme remplie (**CE 6 novembre 2013, Mme K., req. n° 352492, aux T.**). En quatrième et dernier lieu, les critères dégagés par le Conseil d'État ne sont absolument pas cumulatifs mais bien alternatifs. Ce n'est que lorsque la disproportion entre l'évolution prévisible de l'état initial et le dommage issu de l'accident médical n'est pas « notable », que les critères tirés de l'exposition du patient au risque et, dans ce contexte, du caractère exceptionnel de ce dernier interviennent dans l'évaluation de l'anormalité du dommage.