

## Les consolidations du droit de la responsabilité hospitalière

AJDA 6 avril 2020, p. 714

Caroline Lantero, MCF en droit public – UCA – EA4232

**Le droit de la responsabilité hospitalière a connu de grandes révolutions jusqu'à la loi Kouchner de 2002. Mais depuis, l'observation de la jurisprudence révèle une forme de conciliation entre la promotion des droits des patients et le pragmatisme propre aux mécanismes d'engagement de la responsabilité administrative. Dans ce domaine, où le juge est à la fois un laborantin du contentieux, un juge de l'humain, et un ingénieur des régimes d'indemnisation, les dix-huit ans de la loi coïncident parfaitement avec la maturité d'une jurisprudence tout en équilibre.**

\*

La responsabilité hospitalière est une matière récente qui a eu besoin de véritables révolutions jurisprudentielles pour naître, croître puis sortir de son isolement juridictionnel. Ce n'est qu'en 1935, soit 100 ans après la première affaire jugée par la Cour de cassation en matière médicale ([Cass. 18 juin 1835, aff. Dr. Thouret-Noroy, S.1835, I, 402](#)), que le Conseil d'État se reconnaît compétent pour juger les fautes commises par les préposés de l'hôpital ([CE 8 nov. 1935, Loiseau et Philipponeau, n° 29669, n° 31999, Leb. 1019](#)) et ce n'est qu'en 1960 que le juge judiciaire cesse de juger des fautes du médecin commises à l'hôpital ([Cass. 1<sup>re</sup> civ. 7 juillet 1960, Bull. 1960 p.130](#)) après que le Tribunal des Conflits a tranché en faveur de la compétence du juge administratif ([TC 25 mars 1957, Chilloux et Isaad Slimane, n° 1624 et 1626, Leb. p. 816](#)). Naturellement, le régime de responsabilité est alors celui de la faute lourde, car à l'instar du médecin qui tenait historiquement son immunité de ce qu'il était la main de Dieu, l'administration tient sa franchise de responsabilité de la difficulté de l'art médical. Dans un premier temps, les divergences s'installent entre le juge judiciaire et le juge administratif. Alors que la Cour de cassation engage la responsabilité médicale sur un fondement contractuel ([Cass. 1<sup>re</sup> civ. 20 mai 1936, Mercier, D. 1936, 1, 88](#)), qu'elle admet que toute faute engage la responsabilité ([Cass. 1<sup>re</sup> Civ. 30 oct. 1963, Bull. civ. n° 465, D. 1964, p.81](#)) et refuse la responsabilité fondée sur l'aléa ([Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 nov. 2000, Destandau c. Tourneur et MSA, n° 99-11735, Bull 2000 N° 287 p. 186](#)), le Conseil d'État statue sur un fondement extracontractuel, conserve un régime de responsabilité pour faute lourde jusqu'en 1992 ([CE 10 avr. 1992, Époux V. n° 79027, Leb. p. 171](#)) et admet un régime de responsabilité sans faute pour les aléas thérapeutiques ([CE, Ass., 9 avr. 1993, Bianchi, n° 69336, Leb.](#)). Dans un deuxième temps, les juridictions tentent et parviennent à se rejoindre sur certains points à la fin des années 1990 (défaut d'information, perte de chance, infections nosocomiales). Mais cela ne suffit pas.

Pour faire naître dans un troisième temps un régime commun de responsabilité au juge administratif et au juge judiciaire, il a fallu une révolution législative. La loi du 4 mars 2002<sup>1</sup> a opéré une unification sans précédent des régimes de responsabilité, des droits des patients invocables, et des mécanismes de réparation. La responsabilité sans faute disparaît (presque) et un dispositif de réparation par la solidarité nationale est mis en place pour l'indemnisation des dommages issus de l'aléa et des

---

<sup>1</sup> Loi n° 2002-403 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, dite loi Kouchner.

infections nosocomiales graves. Ce sera sans doute la dernière « révolution » du droit de la responsabilité hospitalière.

Le contentieux de la responsabilité hospitalière est un laboratoire privilégié, car il est incroyablement stable et reste numériquement modeste (1,4% des affaires enregistrées devant les TA, 1,6% devant les CAA, 1% devant le Conseil d'État<sup>2</sup>), ce qui laisse le temps de nourrir une réflexion et de stabiliser les postures. Il est également un contentieux original car le législateur est désormais très présent dans cette matière, ce qui la place sur ce point très à part des autres branches de la responsabilité administrative et rend plus nécessaire qu'ailleurs le dialogue du juge administratif et du juge judiciaire pour affiner l'unification des régimes<sup>3</sup>. L'observation de la jurisprudence marque, dans son ensemble et bien qu'elle soit toujours en mouvement<sup>4</sup>, une stabilisation du droit de la responsabilité hospitalière. Stabilisation au sein de laquelle on identifie le plus souvent un objectif de conciliation entre la recherche d'un humanisme envers le patient, d'un pragmatisme envers le monde médical et le respect des règles gouvernant la responsabilité administrative.

Dans ce regard porté sur le quatrième temps de la construction du droit de la responsabilité hospitalière, il convient de revenir, à la lumière des dernières jurisprudences, sur le travail réalisé par le Conseil d'État quant aux aménagements des règles du procès (I), quant à son costume de juge de l'éthique (II) et quant à son rôle de juge de l'indemnisation (III).

## I. Les rééquilibrages contentieux

En 2019, le contentieux de la responsabilité hospitalière a été le support du retentissant avis *Rollet* (CE, 27 mars 2019, Consorts Rollet n° 426472, Leb.) faisant revivre *EFS* en dépit du décret dit *JADE*<sup>5</sup> et de la jurisprudence *Centre Hospitalier de Vichy* mettant un terme à la tentation de « Czabajiser » le plein contentieux indemnitaire (CE, 17 juin 2019, Centre hospitalier de Vichy, n° 413097, Leb.). D'autres jurisprudences témoignent d'un assouplissement des règles contentieuses au bénéfice des justiciables (A). Certaines ont même modifié les règles du contentieux administratif général pour les adapter au contentieux de la responsabilité hospitalière (B).

### A. La responsabilité hospitalière comme support des rééquilibrages : le cas de l'expertise et de la provision

Par trois décisions du 23 octobre 2019, le Conseil d'État a assoupli la possibilité de critiquer l'expert, précisé les conditions de contestation du rapport d'expertise et facilité l'allocation de sommes provisionnelles en cours de procès. Si ces règles s'étendent au contentieux général, le fait que la responsabilité hospitalière en soit un support n'est pas surprenant, car elles répondent particulièrement à des attentes des justiciables dans le contentieux médical et de la réparation du dommage corporel.

Souvent, l'expert est regardé par les patients comme l'allié de l'hôpital et du médecin, tenu par un esprit de corps indéfectible. C'est loin d'être la vérité en pratique. Mais lorsqu'à cet *a priori* s'ajoutent des raisons objectives de croire à son manque d'impartialité, il peut devenir nécessaire de demander

---

<sup>2</sup> L. Marion et C. Maugüé, *La responsabilité du service public hospitalier*, LGDJ Syst., 2019, p. 19.

<sup>3</sup> D. Duval-Arnould, La convergence des jurisprudences administrative et judiciaire, AJDA 2016. 355

<sup>4</sup> A. Jacquemet-Gauché, Un droit en mouvement, AJDA 2016. 353.; L. Marion et C. Maugüé, La responsabilité du service public hospitalier, préc., pp. 13-14 et D. de Béchillon, préface, pp. 7-8.

<sup>5</sup> F. Poulet, Sortie par la porte, la jurisprudence *Établissement français du sang* revient par la fenêtre, AJDA 2019. 1455.

sa récusation. S'il ne l'accepte pas de lui-même, une procédure est alors prévue à l'article R. 621-6-4 du code de justice administrative. De telles demandes sont aussi rarement mises en œuvre que satisfaites (4 litiges devant les tribunaux administratifs en 2019, une récusation par l'expert en cours d'instance, 3 rejets). Le Conseil d'État tempère une contrainte procédurale en admettant que la partialité de l'expert, dont la demande de récusation a été rejetée en première instance, puisse faire l'objet d'une discussion devant le juge du fond, même si le jugement rejetant la demande de récusation est devenu définitif (CE 23 oct. 2019, n° 423630). Le même jour, il se prononce sur la question plus fréquente de l'expertise irrégulière pour défaut de respect du contradictoire. En théorie, une expertise irrégulière peut justifier qu'une nouvelle expertise soit ordonnée ou que le rapport soit écarté des débats à peine d'irrégularité du jugement (CE 20 janv. 1982, Jugla, n°19138, T. pp. 740). Mais ce dernier cas est devenu rare, car le juge a tendance à retenir le rapport comme « élément d'information » que les parties peuvent contradictoirement discuter devant lui. *In fine*, le juge statue en s'appuyant sur le document, ce qui peut être constitutif d'une erreur de droit, par exemple lorsque l'expert n'a pas communiqué un élément décisif (CE 15 oct. 2018, n° 413937). Le Conseil d'État a donc dû rappeler que c'est devant l'expert et non devant le juge, que les éléments « de nature à exercer une influence sur la réponse aux questions posées » doivent pouvoir être discutés (CE 23 oct. 2019, CH Bretagne Atlantique, n° 419274, aux T.).

Une même logique de rééquilibrage contentieux au profit de la victime émerge d'une troisième décision du 23 octobre 2019, dans laquelle le Conseil d'État admet sans difficulté qu'une allocation provisionnelle soit accordée par un jugement ordonnant une expertise avant dire droit. Traditionnellement réticent à accorder une provision lorsque la responsabilité n'était pas absolument certaine (CE, 10/1 SSR, 15 mars 1968, Hôpital-hospice de Fourmies, n° 70198, T. p. 904, 1112) ou lorsque le montant minimal de la dette n'était pas connu (CE 20 nov. 1970, EDF, n°79627), le Conseil d'État ne l'admettait que très rarement (CE 17 déc. 1975, Lecallenec, n° 14864). Sans doute l'introduction du référé-provision dans le droit positif en 2001 a-t-elle acculturé le juge administratif au mécanisme de l'allocation provisionnelle, mais les conclusions à fin d'indemnités provisionnelles restent rares en cours d'instance et les décisions les accordant, encore plus. Peut-être l'affirmation récente de la nécessité de lier le contentieux dans le cadre d'un référé-provision (CE 24 sept. 2019, Garde des Sceaux, n° 427923, Leb. T.) conduira-t-elle à renoncer au référé et s'adresser globalement au juge du fond et a-t-elle conduit le Conseil d'État à assouplir le dispositif un mois plus tard. Il a en effet admis que le juge du fond accorde une provision si la responsabilité de l'administration est constatée et s'il « est en mesure de fixer un montant provisionnel dont il peut anticiper qu'il restera inférieur au montant total qui sera ultérieurement défini » (CE 23 oct. 2019, CH de Cannes, n° 420485, Leb. T.). On perçoit aisément la volonté indemnitaire au profit des victimes lorsque l'issue de la procédure est encore repoussée et que les frais d'expertise vont de nouveau être avancés par elles.

#### **B. La responsabilité hospitalière comme objet du rééquilibrage : le cas de la liaison du contentieux**

Le Conseil d'État a très fortement réorganisé la règle de la demande préalable dans le contentieux de la responsabilité hospitalière avec l'avis *Blard* de mai 2019. Il a jugé que la saisine de la commission de conciliation et d'indemnisation (CCI) valait demande préalable auprès de l'établissement au sens de l'article R. 421-1 du code de justice administrative, neutralisant finalement toute difficulté liée au défaut de liaison du contentieux lorsque le litige commence par la procédure amiable (CE 29 mai 2019, *Blard*, n° 426519). Discutable du point de vue de la stricte orthodoxie des règles du procès administratif<sup>6</sup>, cette jurisprudence, qui tend clairement à neutraliser quelques chausse-trappes

---

<sup>6</sup> Voir notre commentaire, AJDA 2019. 2391.

parasites de la procédure, s'inscrit dans la facilitation contentieuse au profit des justiciables. Dans la même veine, une décision *Cissoko* parachève les aménagements jurisprudentiels réalisés dans l'articulation, avec la procédure amiable, des délais contentieux propres au procès administratif et que la loi n'avait pas prévus. Le Conseil d'État avait déjà souligné le caractère suspensif d'une saisine de la CCI (CE 17 sept. 2012, ONIAM, n° 360280, Leb. 333) et conditionné l'opposabilité des délais contentieux à une mention spécifique des voies et délais de recours en matière hospitalière (CE 13 juil. 2013, Houcham, n° 368260, Leb. T. pp. 755-829). Précisant que la notion de « saisine » de la CCI s'entend de la demande d'indemnisation comme de la demande de conciliation, il ajoute qu'une demande de conciliation introduite après une procédure amiable d'indemnisation (qui n'aboutit pas) interrompt à nouveau le délai contentieux (CE 5 juin 2019, Cissoko, n° 424886). On pourrait voir dans cette ligne jurisprudentielle la volonté de tout faire pour donner une chance à la procédure amiable. Nous pensons que le Conseil d'État souhaite surtout lever les pièges et les embûches posées par l'article R. 421-1 du code de justice administrative.

## II. Les équilibres d'un juge de l'éthique

Si on embrasse les explications sociologiques de l'histoire de la responsabilité médicale<sup>7</sup>, la faute technique n'est jamais autant le catalyseur du procès que ne l'est la faute dite d'humanisme, ou plus précisément la faute « contre l'humanisme », expression apparue dans la littérature juridique en 1956<sup>8</sup>, et qui renvoie aux manquements aux devoirs inhérents au ministère du médecin et à la violation des droits subjectifs du patient<sup>9</sup>. L'un des premiers médecins confrontés à la justice en France n'a pas tant été poursuivi pour avoir coupé les deux bras d'un enfant afin de pouvoir le faire naître, que pour avoir été désagréable, hautain et s'être cru juridiquement intouchable<sup>10</sup>. Le Docteur Thouret-Noroy, célèbre pour être à l'origine de la première décision de la Cour de cassation, n'a pas tant été poursuivi pour avoir sectionné l'artère brachiale lors d'une saignée, que pour avoir dissimulé son erreur et n'avoir pas porté assistance ensuite à son patient<sup>11</sup>. Le juge administratif est devenu en quelques années un juge de la faute d'humanisme pour tous les enjeux ayant un fondement déontologique. Cela est particulièrement notable dans l'emblématique contentieux du défaut d'information, mais aussi dans celui de l'interdiction de l'obstination déraisonnable où il s'agit pour l'heure davantage de dicter un devoir d'humanisme que de sanctionner une faute.

### A. Un juge de la faute d'humanisme

Qu'on le voie comme moyen balai ou comme péché originel dans nombre de litiges, le défaut d'information est devenu omniprésent dans le contentieux de la responsabilité hospitalière<sup>12</sup> avec un champ d'application en constante expansion depuis 2000. La décision *Telle* du Conseil d'État a été un tournant majeur de la jurisprudence, car elle a posé le (large) champ d'application du devoir d'information, renversé la charge de la preuve, et opté pour la réparation fractionnée du préjudice en application de la théorie de la perte de chance (CE 5 janv. 2000, *Telle*, Leb. 5). Ces éléments ont été relayés par la loi en 2002 et l'obligation d'informer le patient, jusqu'alors déontologique, est devenue

---

<sup>7</sup> J. Barbot, *Aux frontières de l'irresponsabilité médicale, Les médecins en procès au début du XIXe siècle*, Sciences sociales et santé, 2018/4 Vol. 36, pp. 65-92.

<sup>8</sup> R. Savatier, J.-M. Auby, J. Savatier et alii, *Traité de droit médical*, Librairies techniques, 1956, p. 476.

<sup>9</sup> M. Lannoy, *Corps à corps : la personne humaine en droit de la responsabilité hospitalière*, RDSS 2015. 117.

<sup>10</sup> C. Sureau, *Les trois fautes de Frédéric Hélie*, Bull Acad Natl Med, 2000, vol. 184 (9), 1963-1975.

<sup>11</sup> C. Sureau, *Fallait-il tuer l'enfant Foucault ?*, Paris, Stock, 2003, p. 339.

<sup>12</sup> V. A. Minet-Leleu, *Le contentieux du défaut d'information médicale symbole de l'indulgence excessive du juge administratif*, AJDA 2016. 36.

légale (art. L. 1111-2 CSP). En 2012, le Conseil d'État dédouble les préjudices issus du défaut d'information et ajoute le préjudice d'impréparation à celui de la perte de chance de se soustraire au risque (CE 10 oct. 2012, B. et L., n° 350426). Initié par la Cour de cassation au visa de l'article 16 du code civil qui interdit toute atteinte à la dignité de la personne (Cass. 1<sup>e</sup> Civ. 3 juin 2010, n° 09-13591), ce nouveau préjudice paraissait particulièrement sanctionner cette faute d'humanisme consistant à déconsidérer un droit subjectif du patient. Et si le Conseil d'État s'est démarqué de la Cour de cassation (qui elle-même a rationalisé sa jurisprudence en la matière : Cass. 1<sup>e</sup> Civ. 23 janv. 2014, n° 12-22123) en ne se fondant pas sur une atteinte à un droit subjectif du patient, le fait d'admettre que le préjudice moral d'impréparation est désormais présumé (CE 16 juin 2016, Champeaux, n° 382479) subjectivise quelque peu le droit à l'information. De plus, s'il n'emploie jamais le terme « faute d'humanisme », le Conseil d'État ne range plus non plus le défaut d'information, manquement déontologique du médecin s'il en est (art. R.4127-35 CSP), dans la catégorie – peu opportune – des fautes « dans l'organisation et le fonctionnement du service de nature à engager la responsabilité » depuis presque dix ans.

Le défaut d'information est également devenu une composante importante de la faute dite caractérisée au sens du dispositif anti-Perruche<sup>13</sup>. D'abord conditionnée à des critères de gravité et d'évidence (CE 13 mai 2011, Lazare, n° 329290 ; CE 18 juil. 2011, CH de Sens, n° 328881 ; CE 31 mars 2014, CH de Senlis, n° 345812 et 346767), la faute prénatale a pu être caractérisée alors que les examens avaient été consciencieusement réalisés et n'avaient rien détecté, mais qu'en présence de forts soupçons cliniques et d'une « forte probabilité » que l'enfant à naître soit atteint d'une affection justifiant une interruption médicale de grossesse, l'équipe médicale aurait dû informer la patiente de la possibilité de demander l'avis du centre pluridisciplinaire de diagnostic prénatal quant à la poursuite de la grossesse (CE 7 avril 2016, X et CPAM du Bas-Rhin, n° 376080, 376225, Leb. T). En la matière, il y a peut-être lieu d'observer une bascule de la faute caractérisée, cette « faute lourde légèrement maquillée pour être plus acceptable » (J.-P. Thiellay, Concl., RFDA 2011. 772), en faute simple légèrement aggravée pour ne pas paraître sortir du champ d'application de la loi. Ainsi, dans une décision du 13 novembre 2019, le Conseil d'État a jugé qu'un praticien hospitalier prenant en charge une femme avancée dans sa grossesse et suivie antérieurement dans le secteur privé, commettait une faute caractérisée en ne reprenant pas le suivi manquant et en ne proposant pas les examens qui auraient dû l'être plus tôt (CE 13 nov. 2019, K., n° 420299, Leb. T.).

## **B. Un juge du devoir d'humanisme**

L'interdiction de l'obstination déraisonnable est un devoir déontologique du médecin très antérieur à la loi sur la fin de vie<sup>14</sup> et la menace d'une sanction de l'obstination déraisonnable est réelle dans le contentieux hospitalier (TA Nîmes, 2 juin 2009, n° 0622251, AJDA 2009. 2474 ; CAA Nancy, 5 juil. 2016, n°14NC02090). Or, les litiges portent davantage sur la contestation d'une décision d'arrêt ou de limitation des traitements que sur l'engagement de la responsabilité pour faute liée à un acharnement thérapeutique. Mais comment ne pas relever la posture du juge administratif amené à trancher ces questions ? Le cadre jurisprudentiel, légal et réglementaire de ces questions est désormais connu, et il est simplement question ici de souligner à quel point le juge administratif est poussé dans des retranchements purement éthiques. C'est le cas lorsqu'il exhorte le monde médical à « dégager une position consensuelle » et « être avant tout guidé par le souci de la plus grande bienfaisance » à l'égard du patient (CE, Ass., 24 juin 2014, Lambert et a., n° 375081, Leb. 175), alors qu'il n'y a pas de base légale ou réglementaire à une telle injonction. C'est encore le cas, lorsque la décision concerne des enfants et qu'il indique au médecin de prendre en compte l'avis des parents, lequel « revêt une importance particulière » alors que la combinaison des articles R. 4127-37-2 du code de la santé

<sup>13</sup> Article 1<sup>er</sup> de la loi n°2002-333 du 4 mars 2002 devenu article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles.

<sup>14</sup> Serment d'Hippocrate : « *Je ne prolongerai pas abusivement les agonies* ».

publique (qui porte sur le consentement aux soins par les parents, mais pas sur le consentement à l'arrêt des soins) et de l'article 371-1 du Code civil ne permet pas d'exiger le consentement des parents à un tel acte (CE 8 mars 2017, APHM, n° 408146 ; CE 5 mars 2018, A. c. Min. de la Santé, n° 416689, Leb. 1). Le juge va chercher dans le « principe humaniste de bienfaisance, qui est un des piliers de l'éthique médicale »<sup>15</sup>, les sources de sa décision. Il assume ici un rôle qu'aucune autre branche de la responsabilité administrative ne lui donne.

### **III. La stabilisation des régimes d'indemnisation**

Depuis l'adoption de la loi Kouchner, le juge administratif a dû se saisir des dispositifs de solidarité mis en place et de la substitution d'un tout nouveau régime d'indemnisation à ceux qu'il manipulait jusqu'alors dans le contentieux de la responsabilité. Le travail d'affinement de l'articulation est très net depuis dix ans, tant au regard du régime hybride d'indemnisation relatif aux infections nosocomiales, qu'au regard de l'ensemble des enjeux que la solidarité nationale a fait surgir (A). Plus largement, le juge administratif a poursuivi un véritable effort d'harmonisation des mécanismes d'indemnisation. À défaut d'atteindre les montants du juge judiciaire, il a œuvré en ce sens et, sans se départir de son orthodoxie, a adopté les mêmes mécanismes d'identification des préjudices (B).

#### **A. Les équilibres trouvés entre responsabilité et solidarité**

L'une des illustrations les plus convaincantes de la recherche d'équilibre menée par le juge administratif est celle du régime juridique d'indemnisation des dommages issus d'infections nosocomiales. Confronté à une articulation légale complexe distinguant les dommages réparés par la solidarité nationale en raison de leur gravité, des dommages relevant de la responsabilité des établissements, le Conseil d'État a méthodiquement précisé le régime, sans craindre de revenir sur quelques errements quant à la définition juridique de l'infection nosocomiale et de réinjecter du réalisme là où il n'y avait plus que des apories. Il a d'abord jugé que lorsque le seuil de gravité des dommages est atteint, l'ONIAM paye automatiquement et se retourne le cas échéant – c'est-à-dire en cas de faute établie – contre l'établissement ensuite, par la voie de la subrogation (CE 21 mars 2011, CH Saintes, n° 334501). Pour les dommages n'atteignant pas le seuil de gravité requis pour faire intervenir la solidarité nationale, il a jugé que la responsabilité des établissements était « de plein droit » et devait être soulevée d'office par le juge (CE 6 mars 2015, CH de Roanne, n° 368520), automatisant là encore l'indemnisation des victimes. C'est sur la définition juridique de l'infection nosocomiale qu'il a le plus évolué. Après avoir longtemps exclu les infections causées par un germe endogène (CE 27 sept. 2002, M<sup>me</sup> N. c/ CHI de Créteil, n° 211370, Leb. 13), il a renoncé à cette subtilité (CE 10 oct. 2011, CH d'Angers, n° 328500, Leb.), élargissant considérablement la définition. Puis, se rangeant à l'épidémiologique, il l'a resserrée en la définissant comme celle qui se déclare au cours ou au décours d'une hospitalisation, mais ni avant ni après (CE 21 juin 2013, CH du Puy-en-Velay, n° 347450, Leb.). Demeurait, s'agissant de la responsabilité de plein droit des établissements, la question de la « cause étrangère » susceptible d'être exonérante. Elle n'avait pas été reconnue depuis 2002, car les critères de la force majeure, alors exigés, ne pouvaient évidemment jamais être réunis dès lors qu'une infection nosocomiale n'est par définition ni extérieure ni imprévisible, et que la seule irrésistibilité ne suffisait pas par elle-même à dégager les établissements de leur responsabilité. Dans sa décision *Bazizi* de mars 2018, le Conseil d'État assume un revirement en renonçant aux impossibles

---

<sup>15</sup> Observations du Conseil national de l'ordre des médecins, RFDA 2014. 692

critères de la force majeure. La cause étrangère est désormais constituée par « une autre origine que la prise en charge » et l'infection survenant à l'hôpital ne sera pas nosocomiale si elle n'est pas imputable aux soins (CE, Sect., 23 mars 2018, Bazizi, n° 402237, Leb. 90). Les premières jurisprudences écartant le caractère nosocomial de l'infection émergent et sont encore rares, mais le critère de la géolocalisation a perdu de son implacable automaticité et les établissements peuvent enfin s'exonérer de leur responsabilité de plein droit (par ex. CAA Marseille, 2 mai 2019, n° 17MA02068 ; CAA Lyon, 28 nov. 2019, n° 17LY02889). La définition comme le régime d'indemnisation sont ici stabilisés.

Au-delà du seul régime d'indemnisation des infections nosocomiales, les dernières évolutions contentieuses montrent un Conseil d'Etat à nouveau tout en équilibre qui, bien qu'élargissant les conditions d'indemnisation d'un dommage par la solidarité nationale, veille à ne pas occulter les fenêtres de responsabilité de l'établissement de santé. Sur ce dernier point, il a en effet dû composer avec des situations faisant succéder responsabilité et solidarité (CE 30 mars 2011, Hauteux, n° 327669, Leb. 148) ou, plus complexes encore, mêlant la responsabilité à la solidarité. Ainsi, pour les infections nosocomiales aux conséquences graves dont l'ONIAM assure automatiquement l'indemnisation, l'action récursoire dont l'office dispose contre l'établissement n'est ouverte qu'en cas de « faute établie à l'origine du dommage, notamment le manquement caractérisé aux obligations posées par la réglementation en matière de lutte contre les infections nosocomiales ». Le mot « notamment » est important et le Conseil d'Etat a estimé qu'une faute ayant entraîné la perte d'une chance d'éviter l'infection nosocomiale était une « faute établie à l'origine du dommage » (CE 28 nov. 2014, ONIAM c. CH Saintes, n° 366154, Leb.). Il a cependant écarté le défaut d'information des cas d'ouverture de l'action récursoire, estimant que l'ONIAM n'était pas subrogé dans ce droit du patient, ce qui renforce la démonstration que le défaut d'information est une faute éthique<sup>16</sup> pas tout à fait comme les autres<sup>17</sup>. Plus récemment, confronté à une faute (purement médicale) ayant fait perdre une chance d'éviter, non pas l'infection nosocomiale par elle-même, mais le risque d'exposition à une infection nosocomiale, le Conseil d'Etat a jugé que l'action récursoire était ouverte à l'ONIAM (même pour la première fois en appel d'ailleurs), et qu'il devait être garanti en proportion de l'ampleur de la faute initiale en dépit de ce que le décès était imputable à l'infection (CE 25 mai 2018, ONIAM c. AP-HP, n° 410142). Une solution identique a été retenue pour une faute d'organisation du service à l'origine d'une chute ayant occasionné une fracture, laquelle a nécessité une intervention chirurgicale au cours de laquelle le patient a contracté une infection nosocomiale, qui a entraîné le décès du patient (CE 20 décembre 2018, ONIAM, n° 415991). Le juge administratif estime que la faute initiale est à l'origine directe (bien que non exclusive) du dommage, et ne laisse aucune place à la déresponsabilisation des établissements de santé dans la mise en œuvre d'un dispositif d'indemnisation par la solidarité nationale.

Inversement, il rééquilibre le champ d'intervention de la solidarité nationale qui avait tendance à se scléroser sur la question de l'anormalité du dommage et qui restait fermé à certaines victimes. En effet, pour ouvrir le champ d'application de l'indemnisation par la solidarité nationale, un accident médical non fautif ou une infection nosocomiale doit non seulement atteindre un certain seuil de gravité (fixé par les textes, ce qui ne soulève ainsi aucune difficulté), mais aussi un seuil d'anormalité que le législateur n'avait pas précisé. À notre sens, le juge administratif a eu plus de difficultés que le juge judiciaire sur cette question, car il a dû abandonner certains réflexes propres au contentieux de la responsabilité sans faute qu'il maniait sous l'empire de la jurisprudence *Bianchi* (préc.), avant

---

<sup>16</sup> Voir sur ce point, et en regard de la solution identique de la Cour de cassation (Civ. 1<sup>re</sup>, 18 déc. 2014, n° 13-21.019, FS-P+B+I, D. 2015. 72) P. Jourdain, L'ONIAM ne peut se prévaloir d'un défaut d'information du patient pour exercer un recours subrogatoire, RTD Civ. 2015. 154.

<sup>17</sup> Cette interprétation paraît pouvoir être appuyée par le fait que la formation n'ait pas suivi les conclusions de N. Polge (disponibles sur ArianeWeb) qui proposait d'écartier cette différence.

l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002. Il a ainsi et de manière trop sévère par rapport à l'esprit de la loi qui ne désignait plus de responsable, mais un guichet payeur, estimé que l'anormalité du dommage s'appréciait en tenant compte de l'exposition particulière du patient au risque et du caractère indispensable de l'intervention (CE 16 déc. 2013, *Audy*, n° 354268, *Leb. T.* 806). Puis il a choisi de faire émerger une autre grille d'évaluation basée sur une reconnaissance alternative de l'anormalité : soit le dommage est sans aucun rapport avec ce qu'aurait été l'état du patient en l'absence de traitement (CE, 12 déc. 2014, *ONIAM*, n° 355052, *Leb.*) ; soit « dans les conditions où l'acte a été accompli, la survenance du dommage présentait une probabilité faible » (CE 12 déc. 2014, *Bourgeois*, 365211 ; CE 15 avr. 2015, *Hauet Lelarge*, n° 370309). Cette notion de « probabilité faible » n'était pas stabilisée et, alors que la Cour de cassation avait fixé un plafond de 6% quant à la fréquence des risques (Cass. 2<sup>e</sup> Civ, 15 juin 2016, n° 15-16.824), les juridictions administratives n'avaient pour repère que les anciennes jurisprudences du Conseil d'État prises sous l'empire de la jurisprudence *Bianchi*, avec un maximum infranchissable de 1 % (selon les termes de Didier Chauvaux dans ses conclusions<sup>18</sup> sur CE 15 janv. 2001, *APHP*, n° 195774, *Leb. T.*). Finalement, et tenant compte de ce que le dispositif d'indemnisation par la solidarité nationale devait être moins rigoureux que le régime de responsabilité sans faute antérieur, le Conseil d'État a estimé que la probabilité de survenue du dommage pouvait être regardée comme faible jusqu'à 3% (CE, 5<sup>e</sup> et 6<sup>e</sup> CRH, 4 fév. 2019, *Guesdon*, n° 413247, *Leb. T.*). Ainsi et dans les moindres détails, la jurisprudence se fixe.

Enfin, il a encore repoussé certaines frontières de l'indemnisation par la solidarité nationale en élargissant le cercle de ses bénéficiaires. D'abord en tirant – de manière assez téléologique – de la rédaction de l'article L. 1142-1-1 du code de la santé publique relatif au régime spécial d'indemnisation automatique par l'ONIAM des dommages issus d'infections nosocomiales « graves », qu'elle impliquait la prise en charge de l'ensemble des dommages des victimes, y compris ceux des victimes par ricochet (CE 9 déc. 2016, *ONIAM*, n° 390892, *Leb. T.* 943-950). Plus récemment, et de manière beaucoup moins téléologique, en redéfinissant la notion d'ayants droit susceptibles d'en bénéficier lors de la survenue d'un accident médical non fautif. Sans toucher au fait que ce droit ne s'ouvre qu'au décès de la victime principale (CE 30 mars 2011, *Hautreux*, n° 327669, *Leb.* 148 ; CE, 20 juin 2018, *ONIAM*, n° 408819 et 410118, *Leb.*) et non à la date de l'accident (contrairement aux mécanismes habituels dans le contentieux de la responsabilité), le Conseil d'État profite des silences de la loi<sup>19</sup> pour manipuler la notion d' « ayants droit », s'affranchir de la nécessité d'un lien successoral et admettre plus largement que les proches non-héritiers sont également éligibles à l'indemnisation de leurs préjudices propres, en particulier le préjudice d'affection (CE, sect., 3 juin 2019, *Fougère-Derouet et M. Miez*, n° 414098, *Leb.*). Dans la première extension, le Conseil d'État parachève l'application de la loi. Dans le second, il accepte d'endosser le rôle plus nuancé de sécheur de larmes<sup>20</sup>.

## **B. Stabilisation et rationalisation des préjudices**

La stabilisation de l'indemnisation des préjudices doit beaucoup à celle de la notion même de préjudices, laquelle doit beaucoup au législateur qui, en 2006, a rendu la notion de « poste de préjudice » déterminante pour distinguer ceux sur lesquels le recours des tiers payeurs peut s'exercer, de ceux sur lesquels il est interdit<sup>21</sup>. Le Conseil d'État s'était doté d'une nomenclature assez globalisante des postes de préjudices (CE Sect. 4 juin 2007, *Lagier et Guignon*, n° 303422 et 304214,

---

<sup>18</sup> Conclusions citées dans C. Barrois de Sarigny, Sur les conditions de prise en charge de l'aléa thérapeutique par la solidarité nationale, RDSS 2019. 303

<sup>19</sup> Article L. 1142-1 du code de la santé publique, modifié par la loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique.

<sup>20</sup> C. Malverti, C. Beaufils, Qui a le droit ?, AJDA 2019. 1578.

<sup>21</sup> Loi n° 2006-1640 du 21 décembre 2006 de financement de la sécurité sociale pour 2007.



Leb. 228), tandis qu'une instruction ministérielle suggérait au juge judiciaire d'utiliser la nomenclature dite Dintilhac<sup>22</sup> qui s'est rapidement avérée plus maniable, plus lisible et, à bien des égards, plus « indemnistrice ». Là encore, le Conseil d'État a fait un pas vers l'harmonisation des pratiques et a renoncé aux limites des siennes en se ralliant à l'utilisation de la nomenclature Dintilhac (CE 7 oct. 2013, Hamblin, n° 337851, Leb. 243 ; CE 16 déc. 2013, De Moraes, n° 346575, Leb. 315). Sans jamais « *ab.jurer* » son avis Lagier, il a envoyé les signaux suffisants pour le faire sans le dire. Ici en faisant une application au cordeau de la nomenclature Dintilhac (CE 28 mai 2014, AP-HP c. Ancey, n°351237), là par la voix de son rapporteur public : « *Il vous appartiendra toutefois de vous référer désormais à la nomenclature dite « Dintilhac » issue du rapport éponyme* »<sup>23</sup> sur une énième décision appliquant ladite nomenclature (CE 10 déc. 2015, Janot, n° 374038, Leb. T.). Ont ainsi été reconnus par le juge administratif, par référence au vocabulaire *Dintilhac* et alors qu'ils n'étaient pas prévus de manière autonome dans sa nomenclature issue de l'avis *Lagier*, le déficit fonctionnel temporaire (Hamblin, préc.), puis l'ensemble des préjudices temporaires (De Moraes, préc.), le préjudice d'accompagnement des proches (AP-HP C. Ancey, préc.), puis tous les préjudices des proches y compris la perte de revenus pour le proche faisant office de tierce personne (Janot, Préc.), le préjudice d'établissement et le préjudice spécifique résultant des pathologies évolutives (CE 18 déc. 2017, Grau, n°401314), la possibilité de réparer à la fois la perte de revenus et l'incidence professionnelle (CE 30 mars 2018, Colin. C. ONIAM, n°408052) et, enfin, la réalité d'un préjudice de perte de revenus et d'incidence scolaire, même chez le très jeune enfant qui ne travaillera ni ne sera jamais scolarisé (CE 24 juil. 2019, Depecker, n° 408624, Leb.). Empruntant presque ouvertement aux méthodes du juge judiciaire, le Conseil d'État semble être désormais entièrement converti<sup>24</sup> à la nomenclature Dintilhac.

Quant à la rationalisation, le juge de la responsabilité hospitalière ne renie pas ses gènes de juge administratif et s'écarte de certaines solutions choisies par le juge judiciaire, ce qui lui permet d'ailleurs, selon nous, de rester fidèle aux règles gouvernant la réparation du préjudice corporel en droit français. Il est permis d'évoquer au moins deux illustrations.

La première porte sur la perte de chance. Alors que la Cour de cassation, dès qu'elle identifie une faute du médecin, tend à voir une « chance » là où il n'y a qu'une hypothèse et à voir une certitude là où il n'y a qu'une probabilité<sup>25</sup> (Cass. 1<sup>e</sup> Civ. 22 mars 2012, n° 11-10.935, F-P+B+I, D. 2012. 877 et récemment encore Cass. 1<sup>e</sup> Civ. 24 oct. 2019, n° 18-19.459), le Conseil d'État est plus mesuré et insiste depuis quelques années<sup>26</sup> sur le fait qu'elle n'est pas un substitut de lien de causalité, mais bel et bien un préjudice à part entière. Dans le domaine du retard de diagnostic ou du défaut d'information, l'incertitude porte sur ce qu'aurait été l'état de santé de la victime sans la faute. En revanche, il doit toujours être certain que la faute a concouru au dommage. Seules les proportions dans lesquels la faute a concouru au dommage relèvent d'un raisonnement probabiliste. Ainsi, a-t-il écarté le préjudice de perte de chance indirecte au sujet d'une femme enceinte traitée par médicaments antiviraux qui n'avait pas été informée des risques d'un tel traitement pour l'enfant. En l'espèce, le risque ne s'était pas réalisé, mais l'enfant est né porteur d'un autre handicap. Sa mère faisait valoir qu'informée du

---

<sup>22</sup> Circulaire de la DACS n° 2007-05 du 22 février 2007 relative à l'amélioration des conditions d'exercice du recours subrogatoire des tiers payeurs en cas d'indemnisation du dommage corporel, BO n° 2007-02 du 30 avril 2007 ; Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels, 2005, La documentation française, 50 p.

<sup>23</sup> L. Marion, Le préjudice d'accompagnement est-il indemnisable par le juge administratif ?, AJDA 2016. 500.

<sup>24</sup> A. Minet, Indemnisation de l'impossibilité d'exercer un jour une activité professionnelle, 2020. 65.

<sup>25</sup> G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *Les conditions de la responsabilité*, 4<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2013, n° 370 et s. ; P. Jourdain, La perte de chance déduite de la faute médicale, RTD civ. 2012. 529.

<sup>26</sup> Il a eu à notre sens une petite inclination « judiciaire » dans le raisonnement dans CE 6 mai 2010, Pradeau, n° 306354, T. 976, 981.

risque associé à la prise d'antiviraux, elle aurait pu être en mesure de renoncer à sa grossesse et de se soustraire au handicap de l'enfant et invoquait ainsi une sorte de perte de chance indirecte ([CE 18 mars 2019, Loubeau, n° 418458, Leb. T.](#)). Inversement et selon la même logique, il jugé qu'il n'y a pas lieu de convoquer la perte de chance si la faute (décision de ne pas faire une césarienne) porte en elle l'intégralité du dommage (issu des manœuvres obstétricales), car il est certain qu'avec une césarienne, le bébé n'aurait jamais été exposé à ce qu'il a subi ([CE 18 mars 2019, Saifi et Annic, n° 417635, Leb. T.](#)).

Enfin, le Conseil d'État s'éloigne également du juge judiciaire s'agissant des cas de figure particuliers dans lesquels la victime du dommage perçoit des allocations extérieures. Le principe est toujours de déduire les aides extérieures du montant de l'indemnisation mis à la charge du responsable sur un poste de préjudice patrimonial donné (incidence professionnelle, assistance tierce personne par ex.). Cela ne soulève aucune difficulté lorsque le tiers dispose d'un pouvoir subrogatoire contre le responsable et peut récupérer les sommes (c'est le cas des caisses de sécurité sociale). En revanche, et c'est sur ce point que le Conseil d'État prend le contre-pied de la Cour de cassation ([Cass. 2<sup>e</sup> civ. 16 mai 2013, n° 12-18.093](#); [Cass. 2<sup>e</sup> civ. 2 juillet 2015, n° 14-19.797](#)), lorsque la loi ne prévoit pas de recours subrogatoire (c'est le cas de l'allocation éducation d'enfant handicapé) il a jugé qu'« *en vertu des principes qui régissent l'indemnisation par une personne publique des victimes d'un dommage dont elle doit répondre* », la déduction reste de mise, sauf dans les cas où le tiers payeur pourrait légalement exiger un remboursement par la victime en cas de retour à meilleure fortune ([CE 23 sept. 2013, CH de Saint-Étienne, n° 350799, T. 432, 839, 840](#)). Confronté à une situation inédite dans laquelle la faute avait causé une perte de chance justifiant une réparation fractionnée du préjudice, le Conseil d'État a proposé un calcul minutieux consistant à ne déduire les aides extérieures qu'à proportion de l'excédent du montant cumulé de la condamnation et de l'allocation ([CE 26 juil. 2018, Rolland, n° 408806](#)). Là où la position de la Cour de cassation conduit de façon très discutable à un profit pour la victime, le Conseil d'État mesure à la fois les bornes de son office (n'oublions pas que la jurisprudence *Mergui* plane toujours sur le plein contentieux indemnitaire), et les règles gouvernant la réparation du préjudice corporel en droit français, laquelle doit être intégrale, sans perte ni profit pour la victime. Certes, il y a là une aubaine pour le responsable. Mais la réparation du préjudice corporel est entièrement tournée vers la victime dont l'indemnisation ne doit par ailleurs jamais avoir de finalité punitive à l'égard du responsable.