

N°408806

Mme F...

5^{ème} et 6^{ème} chambres réunies

Séance du 6 juillet 2018

Lecture du 26 juillet 2018

Décision à mentionner aux tables du recueil Lebon

CONCLUSIONS

M. Nicolas POLGE, rapporteur public

La jeune A... F... conserve de graves séquelles des conditions de sa naissance le 24 janvier 2001 au centre hospitalier du Puy-en-Velay. Le tribunal administratif de Clermont-Ferrand et la cour administrative d'appel de Lyon ont retenu la responsabilité pour faute du centre hospitalier mais l'ont condamné à indemniser le préjudice subi par l'enfant et ses proches dans des conditions un peu différentes. L'arrêt d'appel ne satisfait pleinement ni la mère de la jeune fille, qui la représente légalement, ni le centre hospitalier.

1/ La logique de leur argumentation respective conduit à examiner d'abord les mérites du pourvoi incident du centre hospitalier, qui conteste sa condamnation dans le principe même de sa responsabilité.

Le centre hospitalier soutient que les motifs de l'arrêt sont, en ce qui concerne le lien de causalité directe retenu entre les fautes relevées et le préjudice mis à sa charge entachés, d'une part, d'insuffisance de motivation, ou de contradiction de motifs, ou d'erreur de droit, et d'autre part de dénaturation et d'erreur de qualification juridique des faits.

La cour a identifié deux fautes médicales, lors de deux étapes du suivi de la grossesse. Son terme était prévu pour le 12 février 2001 environ. La dernière échographie pratiquée le 8 décembre 2000 a mis en évidence une croissance fœtale limite. La cour a retenu qu'un suivi échographique renforcé aurait alors dû être mis en place – c'est la première faute. Ensuite, le 15 janvier 2001, comme il était constaté que l'enfant se présentait par le siège, a été tentée une version du fœtus par manœuvre externe. La manœuvre ayant échoué a été programmée pour le 26 janvier une césarienne, finalement pratiquée en urgence le 24 janvier quand Mme F... s'est présentée au centre hospitalier après la rupture des membranes et que des anomalies du rythme cardiaque du fœtus ont été constatées. La cour a retenu qu'au cours de la tentative de version par manœuvre externe du 15 janvier, l'enregistrement du rythme cardiaque fœtal avait été interrompu trop tôt, alors qu'il n'était pas encore redevenu strictement normal.

Sous le premier angle de sa critique, le pourvoi reproche à la cour, après avoir identifié ces deux fautes médicales, de s'être abstenue de constater si ces fautes étaient à l'origine des troubles de l'enfant, voire d'avoir plus loin retenu le contraire en relevant

qu'il n'est pas certain que le dommage ne serait pas advenu si les actes de surveillance manquants avaient été exécutés.

Mais ces insuffisances apparentes des premiers motifs critiqués dans l'arrêt sont totalement dissipées par ceux qui suivent : il en résulte clairement que la cour ne retient pas un lien direct de causalité entre les fautes médicale et le dommage corporel mais qu'elle retient en revanche une perte de chance d'éviter ce dommage, perte de chance imputable à ces fautes. La rédaction retenue par la cour est très proche des termes de votre propre décision du 26 mai 2010, *P...*, n° 306354, T. 976, 981, où, dans des circonstances similaires, caractérisées selon les conclusions de C. de Salins par le fait « qu'il existe une incertitude sur le lien entre la faute et les séquelles qui ne permet pas d'admettre un lien direct entre eux mais pas de certitude d'absence de lien », vous avez vous aussi retenu une perte de chance.

Le raisonnement de la cour n'est donc pas critiquable.

Repose-t-il sur une base de faits suffisante ? C'est ce que contestent les moyens de dénaturation et d'erreur de qualification juridique des faits.

Les faits en litige concernent deux phases distinctes du suivi de la grossesse et de l'accouchement :

- d'abord, aucun suivi échographique renforcé n'a été mis en place après l'examen du 8 décembre 2000 qui avait pourtant mis en évidence une croissance fœtale limite ;
- ensuite, le 15 janvier 2001, lors de la manœuvre de version de l'enfant entreprise, l'enregistrement du rythme cardiaque a été interrompu (à 10 h 47), alors que le fœtus était en cours de récupération d'une bradycardie (un rythme anormalement faible) et que le rythme cardiaque n'était pas redevenu strictement normal, montrant des oscillations un peu réduites.

S'agissant de l'insuffisance du suivi échographique, le centre hospitalier fait valoir que le rapport du Professeur R..., expert, et du docteur L..., sapiteur, désignés par ordonnance du président du tribunal de Clermont-Ferrand du 15 février 2013, ont admis qu'une césarienne pratiquée *huit jours* plus tôt n'aurait rien changé, parce que, notent-ils, les préjudices liés à l'hypotrophie étaient déjà présents. Mais l'examen qui aurait dû selon eux susciter une surveillance renforcée a eu lieu le 8 décembre 2000, soit près de *sept semaines* et non pas huit jours seulement avant l'accouchement du 24 janvier 2001. C'est donc peut-être à plusieurs semaines près que l'utilité d'anticiper une césarienne aurait pu apparaître, et non pas huit jours seulement.

S'agissant de la faute relevée lors de la manœuvre de version, les experts ont certes estimé, dans le sens du pourvoi, que celle-ci s'était déroulée de manière satisfaisante. Mais cette appréciation porte expressément sur la conformité technique de la manœuvre, et l'arrêt ne relève lui-même aucun geste fautif dans la manœuvre de version en elle-même. La faute relevée porte sur le suivi du rythme cardiaque fœtal au cours de la manœuvre et après. Or le rapport d'expertise énonce lui aussi sans ambiguïté que ce suivi a été interrompu trop tôt, « ce qui a pu faire perdre des chances de mettre en évidence une détresse fœtale ».

Aucune dénaturation ni erreur de qualification juridique n'est donc démontrée en ce qui concerne les liens de causalité entre des fautes et le préjudice retenus par la cour.

Le pourvoi incident présente également à titre subsidiaire une argumentation relative aux modalités d'évaluation du préjudice en soutenant que la cour a commis une erreur de droit, insuffisamment motivé et entaché de dénaturation son arrêt en jugeant que l'état de l'enfant avait nécessité l'assistance permanente d'une tierce personne dès sa sortie de l'hôpital.

La cour a relevé « *qu'il résulte du rapport d'expertise que l'état de santé de A..., dont la consolidation ne pourra être déterminée qu'à la fin de sa croissance, nécessitera, en tout état de cause, l'assistance permanente d'une tierce personne tout au long de sa vie* », et elle a calculé les frais d'assistance par une tierce personne à domicile sur une période débutant à la sortie de l'enfant de l'hôpital, le 24 février 2001, un mois après sa naissance.

Le pourvoi fait valoir que tout nourrisson, quel que soit son état de santé, a besoin d'une assistance par une tierce personne pour tous les actes de la vie courante et soutient qu'une indemnisation à ce titre n'est donc due qu'à la condition que l'état de la victime justifie une assistance spéciale, excédant celle qui est normalement requise pour l'éducation d'un jeune enfant.

Mais en retenant que l'enfant aurait besoin d'une assistance tout au long de sa vie, outre celle de ses parents dans sa toute prime enfance, la cour s'appuie sur le rapport d'expertise, dont il ressortait que l'état de l'enfant était grave, l'expertise estimant le déficit fonctionnel permanent ou l'incapacité permanente partielle à 80 % « avec la nécessité de la présence d'une tierce personne sa vie durant ». Selon d'autres pièces du dossier des juges du fond, l'enfant semble avoir nécessité des soins dès 2002 en centre d'action médico-sociale précoce. Dans des circonstances similaires, vous avez retenu qu'un jeune enfant atteint d'une incapacité permanente de 100 % et totalement dépendant « *a requis une prise en charge adaptée pendant l'ensemble de sa vie* », sans que vous ayez recherché s'il y avait lieu d'exclure la toute prime enfance de la victime (5^{ème} sous-section jugeant seule, 24 juillet 2009, *Consorts O...*, n° 281702, inéd.). MM. Max Le Roy, Jacques-Denis Le Roy et Frédéric Bibal, dans leur ouvrage sur l'évaluation du préjudice corporel, notent qu'il est d'argumentation usuelle de considérer qu'il n'y a pas de besoin de tierce personne supplémentaire jusqu'à l'âge de deux ans, mais soulignent que les arguments de cette sorte sont « *contestables pour les handicaps lourds qui nécessitent des soins très supérieurs à ceux d'une puériculture ordinaire* ». La doctrine fait aussi savoir que « *lorsque les besoins (de l'enfant) sont majeurs (enfants polyhandicapés), la jurisprudence (judiciaire) admet qu'ils soient indemnisés à hauteur de 24h sur 24 alors même que la victime est un nourrisson* » (Bernfeld, « Les enfants victimes de dommages corporels », *La Gazette du Palais*, Janvier-février 2007).

Vous ne devriez donc retenir aucun des moyens du pourvoi incident.

2/ Le pourvoi principal de Mme F... conteste un seul aspect de l'arrêt d'appel, mais dont les conséquences financières sont importantes : la cour a fixé l'indemnisation de l'enfant représenté légalement par sa mère au titre de l'assistance d'une tierce personne à domicile sous déduction des sommes versés au titre de l'allocation pour l'éducation de l'enfant handicapé.

En le faisant d'office, la cour n'a pas méconnu les règles de communication préalable aux parties des moyens d'ordre public retenus par le juge. En effet, vous avez jugé (30 novembre 2005, *G... et autres*, n° 269546, T. 1059), que le juge administratif, saisi de conclusions mettant en jeu la responsabilité de la puissance publique, ne soulève pas

d'office un moyen d'ordre public lorsqu'il constate au vu des pièces du dossier qu'une des conditions d'engagement de la responsabilité publique n'est pas remplie et cela alors même qu'il fonde ce constat sur des dispositions législatives ou réglementaires non invoquées en défense. En conséquence, il n'est pas tenu de procéder à la communication prescrite par les dispositions de l'article R. 611-7 du code de justice administrative pour les moyens relevés d'office par le juge. En particulier (26 mars 2003, *S...*, n° 244533, au recueil) lorsqu'il rejette la demande de réparation d'un préjudice en se fondant sur l'absence de lien de causalité directe entre ce préjudice et l'action de la collectivité en cause, le juge ne soulève pas d'office un moyen, mais relève seulement que l'une des conditions de la mise en jeu de la responsabilité de la puissance publique n'est pas remplie.

Ce raisonnement est transposable, a fortiori, s'agissant de l'évaluation du préjudice.

Cette objection de procédure étant levée, le pourvoi conteste le bien-fondé de la déduction. Vous avez déjà jugé, par une décision très récente du 25 mai 2018, *Mme K...*, n°393827, à mentionner aux tables du recueil, que le montant de l'allocation pour l'éducation de l'enfant handicapé devait être déduit de l'indemnisation reçue au titre de l'indemnisation de l'assistance par tierce personne, comme le juge civil l'avait lui-même jugé (Cass. Civ. 1, 18 juin 2014, n°12-35.252, inéd.).

Mais c'était dans le cadre d'une indemnisation par l'Oniam à laquelle s'appliquent les dispositions spéciales de l'article L. 1142-17 du code de la santé publique qui prévoient la déduction des indemnités de toute nature reçues ou à recevoir d'autres débiteurs du chef du même préjudice

Dans le cadre d'une indemnisation pour faute, s'appliquent les critères dégagés par votre décision du 23 septembre 2013, *centre hospitalier de Saint-Etienne*, n° 350799, T. 432, 839, 840, par laquelle vous avez énoncé « *qu'en vertu des principes qui régissent l'indemnisation par une personne publique des victimes d'un dommage dont elle doit répondre, il y a lieu de déduire d'une rente ou indemnité allouée à la victime du dommage dont un établissement public hospitalier est responsable, au titre de l'assistance par tierce personne, les prestations versées par ailleurs à cette victime et ayant le même objet, tant pour les sommes déjà versées que pour les frais futurs ; que cette déduction n'a toutefois pas lieu d'être lorsqu'une disposition particulière permet à l'organisme qui a versé la prestation d'en réclamer le remboursement si le bénéficiaire revient à meilleure fortune* ».

Le critère d'identité d'objet entre l'indemnisation allouée et la prestation à déduire est strictement commun avec la mise en œuvre de l'article L. 1142-17 du code de la santé publique. Et sur ce point, vous pourrez confirmer votre décision récente. En effet, il résulte de l'article L. 541-1 du code de la sécurité sociale, que l'allocation d'éducation de l'enfant handicapé est accordée pour l'enfant atteint d'un handicap parmi les plus lourds – correspondant à une incapacité permanente partielle de 80 % selon l'article R. 541-1 du code de la sécurité sociale, sans condition de ressources et en fonction des besoins individualisés de l'enfant, pour réparer certains postes de préjudices par ailleurs indemnisable, notamment par l'attribution d'un complément en faveur de « *l'enfant atteint d'un handicap dont la nature ou la gravité exige des dépenses particulièrement coûteuses ou nécessite le recours fréquent à l'aide d'une tierce personne* », ce qui paraît le type de besoin couvert par l'indemnisation de l'assistance par tierce personne.

L'allocation semble donc avoir un objet plus large que l'assistance par tierce personne, mais qui l'inclut.

L'autre critère de la jurisprudence est l'absence de possibilité de récupération par le tiers payeur de la prestation.

Ce critère est également rempli : en effet, si l'Allocation d'éducation de l'enfant handicapé est mentionnée à l'article L. 242-14 du code de l'action sociale et des familles, c'est uniquement pour renvoyer au code de la sécurité sociale, qui régit entièrement cette prestation définie comme prestation familiale, c'est-à-dire une prestation de sécurité sociale. Or, alors que l'article L. 132-8 du code de l'action sociale et des familles prévoit la récupération des aides sociales en cas de retour du bénéficiaire à meilleure fortune, rien de tel n'est prévu pour une prestation de sécurité sociale telle que l'allocation d'éducation de l'enfant handicapé. Par suite, contrairement à ce que soutient le pourvoi, cette allocation n'est pas récupérable par le tiers payeur.

Tous les critères de déductibilité retenus par votre jurisprudence sont donc en principe remplis.

Le pourvoi voudrait cependant vous faire introduire un nouveau critère tiré de la jurisprudence judiciaire récente, selon laquelle, en dépit de son caractère indemnitaire, une prestation (la prestation de compensation du handicap, dans les précédents en cause) ne saurait être déduite de la réparation servie à une victime dès lors qu'aucun recours subrogatoire n'est ouvert au département au titre de cette aide, en application des articles 29 et 33 de la loi n°85-677 du 5 juillet 1985, dite loi Badinter (Cass. 2^{ème} civ. 16 mai 2013, n° 12-18.093, Bull. civ. II, n° 89 ; Cass. 2^{ème} civ. 2 juillet 2015, n° 14-19.797). Ce raisonnement semble avoir été suivi par au moins une cour administrative d'appel, celle de Marseille, dans un arrêt cité par le pourvoi (13 juillet 2016, *centre hospitalier d'Orange*, n° 10MA03054)

Si vous utilisez ce critère, il serait utile aux intérêts de Mme F..., si vous confirmiez en outre pour l'allocation d'éducation de l'enfant handicapé ce que vous avez jugé à propos de l'allocation spéciale d'éducation, qui n'ouvrait pas droit au recours subrogatoire des caisses sur le fondement de l'article L. 376-1 du code de la sécurité sociale (16 décembre 2005, *Centre hospitalier départemental de La Roche-sur-Yon*, n° 251543, aux tables).

Mais on discerne mal le fondement de l'inflexion de jurisprudence qui vous est ainsi proposée. Certes, elle éviterait que l'auteur d'une faute qui a causé un dommage voie sa charge d'indemnisation réduite par la déduction de prestations perçues par la victime dans les droits de laquelle ne serait pas subrogé le tiers payeur de ces prestations. En cas de subrogation, le problème ne se pose pas, car la réduction de la charge de l'auteur de la faute envers sa victime sera compensée par la subrogation du tiers payeur. En l'absence de subrogation, on peut identifier une sorte d'effet d'aubaine pour le responsable. Mais en faisant le choix, qui vous est proposé, de ne pas réduire, par conséquent, l'indemnisation mise à la charge de l'auteur du dommage alors que la victime est déjà définitivement indemnisée de son préjudice par des prestations dont le bénéfice lui est définitivement acquis, en l'absence de récupération, vous prendriez l'option de permettre une double indemnisation de certains chefs de préjudice à seule fin de ne pas alléger la condamnation de l'auteur de la faute. Ce faisant, vous feriez

prévaloir sur le principe de réparation intégrale du préjudice une sorte de dimension punitive de l'indemnisation. Or, au moins, en droit public, l'indemnisation est en principe dépourvue de finalité répressive. Seul s'applique le principe de réparation intégrale du préjudice, qui doit vous conduire à ne pas aménager la jurisprudence dans le sens trop systématique et général recherché par le pourvoi.

Cependant, en critiquant à tort par principe et dans tous les cas de figure la déduction de l'allocation d'éducation de l'enfant handicapé de l'indemnisation du préjudice résultant d'une faute médicale, l'argumentation du pourvoi conduit à s'interroger sur le bien-fondé de cette déduction dans le cas moins général qui est celui de l'indemnisation non de l'intégralité du dommage corporel mais seulement d'une fraction de celui-ci, notamment lorsque comme en l'espèce c'est seulement une perte de chance d'éviter ce dommage ou son aggravation qui est imputable à la faute.

Dans ce cas en effet, la déduction sans restriction de la prestation sociale, à 100 %, de l'indemnisation, laquelle ne tend pas à couvrir 100 % du dommage mais seulement une fraction de celui-ci, aboutit à transférer la charge de la réparation du préjudice depuis l'indemnisation à laquelle aurait pu être condamné son auteur vers les prestations versées par les tiers payeurs en réduisant la charge du responsable (ce qui on l'a vu, n'est pas en soi contraire aux principes de la responsabilité administrative), sans pour autant assurer la réparation intégrale du dommage pour la victime. Ainsi, dans tous les cas où le montant des prestations dont la victime ne couvre pas l'intégralité de son dommage mais reste supérieur à la part due par le responsable, la situation de la victime ne sera pas améliorée par la condamnation du responsable, alors même que la victime conserve une part des dommages à sa charge. Dans le cas où la compensation par des prestations n'est pas entière, la condamnation du responsable améliorera la situation de la victime, mais pour une part de son dommage qui restera inférieure à celle qui est pourtant imputable au responsable, à cause de l'effet d'absorption, en quelque sorte, de l'indemnisation par les prestations d'assurance ou les prestations sociales.

Pour éviter ces effets inéquitables, on pourrait imaginer de prendre en compte les prestations versées par des tiers payeurs dans l'évaluation du préjudice avant imputation partielle de ce préjudice résiduel à l'auteur de la faute. La victime bénéficierait bien alors de la condamnation du responsable chaque fois que son dommage n'est pas déjà intégralement couvert par des prestations, et elle en bénéficierait à proportion du taux de responsabilité du responsable. Les tiers détenteurs d'une action subrogatoire contre le responsable auraient aussi droit dans cette proportion à être remboursés par le responsable. Et le responsable supporterait alors une charge finale à exacte proportion de sa responsabilité dans le dommage. Ce raisonnement paraîtrait aboutir à la répartition la plus équitable des charges entre le responsable, la victime et le tiers payeur, en fonction de la part de responsabilité de l'auteur de la faute dans le dommage. Mais cette répartition proportionnelle entre la victime et le tiers payeur de l'indemnisation mise à la charge du responsable méconnaîtrait le droit de priorité prévu en faveur de la victime par l'article L. 376-1 du code de la sécurité sociale et dont vous avez tiré les conséquences, à la lumière des travaux préparatoires de la loi du 21 décembre 2006, dans l'avis adopté en section du contentieux le 4 juin 2007, *L...*, n° 303422, p. 228, selon lequel « *le législateur a entendu que la priorité accordée à la victime sur la caisse pour obtenir le versement à son profit des indemnités mises à la charge du tiers responsable, dans la limite de la part du dommage qui n'a pas été réparée par des prestations, s'applique, notamment, lorsque le tiers n'est déclaré responsable que d'une*

partie des conséquences dommageables de l'accident. Dans ce cas, l'indemnité mise à la charge du tiers, qui correspond à une partie des conséquences dommageables de l'accident, doit être allouée à la victime tant que le total des prestations dont elle a bénéficié et de la somme qui lui est accordée par le juge ne répare pas l'intégralité du préjudice qu'elle a subi. Quand cette réparation est effectuée, le solde de l'indemnité doit, le cas échéant, être alloué à la caisse ».

Cet avis rappelle évidemment la limite du cumul entre indemnisation mise à la charge du responsable et prestations versées par des tiers : ce cumul ne doit pas excéder l'évaluation du préjudice total. C'est la conséquence du principe de la réparation intégrale, qui interdit la double indemnisation du préjudice. C'est en réalité cette limite qui entraîne, dans le cas courant de responsabilité intégrale de l'auteur de la faute, la déductibilité de prestations telles que l'allocation d'éducation de l'enfant handicapé. Et c'est donc cette limite qui doit aussi s'appliquer dans le cas de responsabilité partielle seulement.

Autrement dit, en cas de responsabilité intégrale comme en cas de responsabilité partielle, les prestations qui réparent les mêmes préjudices que ceux que doit réparer le responsable doivent, pour éviter une double indemnisation de la victime, être déduites de l'indemnité mise à sa charge chaque fois que leur cumul excéderait la charge totale de la victime. Lorsque la responsabilité de l'auteur de la faute est entière, c'est toujours le cas, le cumul entraînerait nécessairement une double indemnisation ; lorsque sa responsabilité n'est que partielle, il faut le vérifier.

Par conséquent, le montant de l'allocation d'éducation de l'enfant handicapé doit être déduit de l'indemnisation des frais d'assistance par une tierce personne lorsque l'auteur de la faute est tenu à la réparation intégrale du dommage corporel, et elle doit aussi l'être lorsqu'il n'est tenu à réparation que d'une part si le montant cumulé de l'allocation et de son complément avec la rente ou indemnité qui devrait lui incomber excède le montant total des frais d'assistance par tierce personne.

En ne l'ayant pas vérifié avant de décider la déduction, la cour administrative d'appel a commis une erreur de droit qui touche au champ d'application de la règle de droit, puisqu'elle a en réalité suivi dans le cas d'une responsabilité partielle, qui exige cette vérification, le raisonnement applicable au cas de la responsabilité intégrale, qui en dispense.

Pour ce motif qui est d'ordre public et dont les parties ont été averties que vous étiez susceptibles de le retenir, vous devriez, tout en rejetant le pourvoi incident du centre hospitalier du Puy-en-Velay, annuler l'arrêt attaqué en tant qu'il statue sur l'évaluation des préjudices subis par A... F... au titre de l'assistance par une tierce personne, conformément aux conclusions du pourvoi de Mme F.... Vous pourrez renvoyer l'affaire à la cour administrative d'appel de Lyon dans cette mesure et mettre à la charge du centre hospitalier du Puy-en-Velay une somme de 3000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative à verser à Mme F....