

Conclusions

M. Maxime BOUTRON, Rapporteur public

1. Mme J F..., qui présentait depuis l'adolescence une scoliose à double courbure thoracique et lombaire, a subi une **intervention chirurgicale** au Centre hospitalier universitaire (CHU) de Poitiers le 11 avril 2006. A la suite de cette intervention et des nombreuses reprises qui s'en sont suivies, elle a présenté des **troubles neurologiques et mécaniques** (déficit fonctionnel permanent évalué à 50 %), dont l'expert désigné par le tribunal administratif de Poitiers a estimé qu'ils étaient la **conséquence d'un accident médical**. Mme F... et son époux, H F..., agissant en leur nom personnel et en qualité de représentants de leur enfant mineur Esaïe F..., ainsi que la fille de Mme F..., M V..., ont présenté une **réclamation indemnitaire** au CHU de Poitiers et à l'Office National d'indemnisation des Accidents médicaux (ONIAM), puis ont saisi le tribunal administratif de Poitiers d'une demande tendant à la condamnation de ces derniers à les indemniser des préjudices subis.

2. Par un jugement du 25 avril 2017, le TA, d'une part, a retenu un défaut d'information du CHU, dont il a estimé qu'il était à l'origine d'une **perte de chance de 20 %** d'échapper à cet accident et, d'autre part, a estimé que les conditions d'indemnisation au titre de la solidarité nationale prévues par le II de l'art. L. 1142-1 du code de la santé publique étaient remplies. Il a ainsi jugé, en application de votre jurisprudence H... (CE, 5/4 ssr, 30 mars 2011, 327669, Rec. p148 ; v. plus spécifiquement, lorsque la faute entraînant la perte de chance est un défaut d'information : CE, 5/4 ssr, 6 mars 2015, CHU de Grenoble, 368010), que les préjudices résultant des séquelles de Mme F... devaient être réparés à hauteur de 20 % par le CHU et de 80 % par l'ONIAM, « à l'exception pour ce dernier des préjudices dont la CPAM de la

Vienne, la MGEN, M. Henry F... et ses enfants demandent réparation ». L'ONIAM a fait appel du jugement et la MGEN, la CPAM et les consorts F...-V... ont formé des appels incidents et provoqués. Le 4 juin 2019, en cours d'instance devant la cour, **Mme F... est décédée** et ses ayants droit ont repris l'instance.

Par l'**arrêt attaqué devant vous du 30 juillet 2019**, la CAA de Bordeaux a porté le taux de la perte de chance liée au défaut d'information de 20 à 50 %, également jugé que les conditions prévues au II du L. 1142-1 étaient remplies, et a ramené la part du préjudice à prendre en charge par la solidarité nationale à 50 %.

3. Elle a par ailleurs – et c'est le seul objet du pourvoi – jugé que, Mme F... étant décédée, les dispositions du II du L. 1142-1 **ouvraient désormais à ses ayants droit un droit à réparation de leurs préjudices propres au titre de la solidarité nationale** et, à ce titre, condamné l'ONIAM à verser 3 000 euros à M. F... et à chacun à des deux enfants en réparation de leurs préjudices d'affection et, s'agissant de M. F..., à 1000 euros en raison de son préjudice sexuel. L'ONIAM doit être regardé comme nous demandant d'annuler cet arrêt en tant qu'il le condamne à indemniser les consorts F...-V... de leurs préjudices propres, soit d'annuler l'article 7 de l'arrêt.

4. Vous le savez, le II l'article L. 1142-1 du code de la santé publique limite la réparation, au titre de la solidarité nationale, pour l'indemnisation des ayants droits au cas de décès du patient : *« Lorsque la responsabilité d'un professionnel, d'un établissement, service ou organisme mentionné au I ou d'un producteur de produits n'est pas engagée, un accident médical, une affection iatrogène ou une infection nosocomiale ouvre droit à la réparation des préjudices du patient, et, **en cas de décès, de ses ayants droit** au titre de la solidarité nationale, lorsqu'ils sont directement imputables à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins et qu'ils ont eu pour le patient des conséquences anormales au regard de son état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci et présentent un caractère de gravité, fixé par décret, apprécié au regard de la perte de capacités fonctionnelles et des conséquences sur la vie privée et professionnelle mesurées en tenant notamment compte du taux d'atteinte permanente à l'intégrité physique ou psychique, de la durée de l'arrêt temporaire des activités professionnelles ou de celle du déficit fonctionnel temporaire. / Ouvre droit à réparation des préjudices au titre de la solidarité nationale un taux d'atteinte permanente à l'intégrité physique ou psychique supérieur à un pourcentage d'un barème spécifique fixé par décret ; ce pourcentage, au plus égal à 25 %, est déterminé par ledit décret. »*

5. La **loi dite Kouchner**, n° 2002-303 du 4 mars 2002 qui a mis en place le transfert à la solidarité nationale des conséquences des accidents médicaux, affections iatrogènes ou infections nosocomiales non fautifs, s'est montrée sur ce point **moins généreuse que votre jurisprudence Bianchi** (Ass, 9 avril 1993, 69336, Rec. p127 ; Sect, 3 novembre 1997, Hôpital Joseph Imbert d'Arles, 153686, Rec. p412) qui couvrait tous les préjudices de la victime directe mais aussi des proches, victimes par ricochet et ayants droit (v par exemple

pour les victimes par ricochet CE, 5/7 ssr, 27 octobre 2000, 208640, Centre hospitalier de Seclien, Rec. p412). Ce dispositif légal était d'abord centré sur le seul patient. Puis la loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique a ensuite procédé à un élargissement en visant le patient mais aussi « *en cas de décès* » « *ses ayants droits* ». Ils ont donc droit à l'indemnisation non seulement des préjudices propres du défunt transmis aux ayants droits (Section 29 mars 2020, APHP, 195662, au Recueil ; 5/6 chr, 20 juin 2018, Oniam c/M. D..., 408819-410118, T. p903-911) mais aussi de leurs préjudices personnels causés par le décès (Sect, 3 juin 2019, Mme F-D..., 414098, au Recueil, aux conclusions de Cécile Barrois de Sarigny). Si la victime n'est pas décédée en revanche, ces dispositions excluent l'indemnisation des victimes par ricochet (5/4 ssr, 30 mars 2011, Oniam c/M. et Mme H..., 327669, Rec. p148).

6. Le pourvoi qui doit être regardé comme dirigé contre l'arrêt uniquement en ce qu'il statue sur l'indemnisation des proches de la victime au titre de la solidarité nationale, à travers ses deux moyens, pose deux questions qui vont vous conduire à **confirmer explicitement deux conditions d'indemnisation des ayants droit** qui ressortent de votre décision de Section Mme F-D... précitée.

I. La première porte sur la cause du décès. Doit-il être lié à l'accident médical en cause dans la procédure d'indemnisation au titre des préjudices propres en tant que « proches de la victime » ?

7. La question est bien distincte de celle qui porte sur l'action de l'héritier, qui se transmet par la mort de la victime de l'accident, indépendamment de sa cause. La succession des faits n'est pas anodine dans la présente affaire. Mme F... est décédée en cours d'instance devant la cour administrative d'appel, en 2019. **L'ONIAM, dans son mémoire devant la cour du 26 juin 2019, a interrogé le lien entre l'accident médical survenu et le décès.** Il estimait que le lien n'était nullement rapporté, ni même allégué et que dans ces conditions l'indemnisation des victimes par ricochet devait être exclue. Or la Cour ne s'est pas prononcée sur ce point. L'ONIAM estime qu'en ne recherchant pas si le décès était lié à l'accident médical, la cour a commis une erreur de droit.

Pour plusieurs raisons sur lesquelles nous allons revenir, nous estimons que ce moyen est bien fondé :

8. Tout d'abord le régime d'indemnisation par la solidarité nationale des ayants droit est doublement un régime d'exception. D'abord en raison de l'intervention de la solidarité nationale, qui est limitée à trois grands domaines prévus par le législateur. Il est nécessairement d'interprétation stricte. On concevrait mal de transférer vers la solidarité nationale les conséquences d'un décès sans aucun lien avec un accident médical. Si une victime d'un accident médical devait mourir quelques années après d'un accident de la route par exemple sans aucun lien avec l'accident médical, nous ne concevons pas que l'ONIAM

puisse être appelé. Sauf à vouloir lui demander de consentir des dépenses sans aucun lien avec sa mission légale et son principe de spécialité.

9. Ensuite, il s'agit d'un régime d'exception parce qu'il indemnise les ayants droit. Nous remarquons au demeurant que plusieurs rapporteurs publics ont devant vous invité à cette prudence. Ainsi Jean-Philippe Thiellay dans ses conclusions sous la décision ONIAM c/Epoux H..., CE, 5/4 ssr, 30 mars 2011, 327669, Rec. p148) : « *Les tiers, ayants droit ou simples victimes par ricochet (cette catégorie est plus large), ne sont nulle part prévus lorsque la victime directe n'est pas décédée des suites de l'accident. [...] Le caractère relativement exceptionnel, et favorable, de cette indemnisation conduit à retenir une définition plutôt étroite des bénéficiaires* ».

10. Nous croyons par ailleurs que votre jurisprudence a déjà largement tracé le chemin de cette exigence de lien. Dans votre décision de Section Mme F-D... précitée, vous n'envisagez au point 3 l'indemnisation au titre de la solidarité nationale des ayants droit d'une personne décédée que dès lors qu'elle est décédée, nous citons le groupe de mots qui suit, « *en raison d'un accident médical* ». En refusant de transmettre la question prioritaire de constitutionnalité dont elle était saisie, la cour de cassation s'est prononcée en ces termes (Civ 1^{ère}, 13 septembre 2011, 11-12.536 : le dispositif en question, poursuivant l'objectif de concilier « *d'une part, l'exigence d'une indemnisation équitable des patients victimes et de leurs proches et, d'autre part, l'équilibre des finances publiques et la pérennité du système* » avait pu, sans méconnaître le principe d'égalité, « *réserver la faculté, pour les ayants droit de la victime principale, d'obtenir réparation de leur préjudice propre auprès de l'ONIAM à l'hypothèse où cette victime est décédée et les en priver lorsqu'elle a survécu* ».

11. Le principe d'égalité impose cette lecture. On conviendrait difficilement de réserver au regard de l'indemnisation par la solidarité nationale, un sort différent s'agissant des préjudices antérieurs à la mort aux ayants droit de deux victimes différentes, victime du même accident médical, au seul motif que dans l'un des cas, une autre cause (sans lien avec l'accident médical) a causé le décès.

12. Nous vous proposerons donc de juger explicitement que dès lors que la question du lien est posée, le juge doit s'assurer de la cause du décès. Il est de son office de s'assurer du respect de l'ensemble des conditions légales. Bien entendu, vous l'aurez compris, nous n'entendons pas exiger cette démonstration de la cause du décès en toute hypothèse. Dans la plupart des cas, la cause du décès ne pose même pas question, notamment parce qu'elle suit l'accident dans un délai bref. Et il serait très inopportun d'importuner davantage encore les proches. Mais lorsque l'ONIAM, qui est chargé d'instruire la demande, pose la question, notamment parce que le décès intervient au cours de la partie juridictionnelle de la procédure, il nous semble que le juge doit procéder à la recherche.

Vous pourrez donc censurer cette première erreur de droit.

II. La seconde question porte sur la possibilité ou non, en cas de décès, d'indemniser les préjudices nés antérieurement au décès pour les ayants droit

13. La cour a jugé que pouvaient être indemnisés des préjudices antérieurs au décès, en l'occurrence le préjudice sexuel subi par M. F.... La doctrine la plus autorisée s'était posée cette question. Ainsi dans leur chronique (Qui a le droit ?, AJDA 2019 p1578), Clément Malverti et Cyrille Beaufiles indiquent que « la rédaction de la décision ne permet pas de trancher sur la nature juridique du décès de la victime : s'agit-il simplement d'un seuil d'entrée dans le dispositif ou du seul fait générateur susceptible d'ouvrir droit à indemnisation ? Une fois le décès survenu, la première interprétation permettrait en effet l'indemnisation du préjudice moral d'accompagnement (voir un proche souffrir) ou des préjudices financiers (pertes de revenus engendrés par la nécessité d'une présence régulière auprès du malade) antérieurs au décès, ce que la seconde interprétation, en toute rigueur, n'autoriserait pas : seul le préjudice d'affection résultant du décès lui-même et les préjudices financiers en découlant directement seraient pris en charge. A titre personnel, la seconde interprétation, qui retient le décès comme un fait générateur, nous semble la plus cohérente avec le dispositif tel qu'il a été conçu par le législateur, sans quoi il faudrait pouvoir justifier au regard du principe d'égalité - ce qui ne serait cependant sans doute pas impossible - pourquoi, par exemple, l'indemnisation du préjudice d'accompagnement pour les proches d'une personne gravement malade du fait d'un aléa thérapeutique ne s'impose qu'en cas de décès. ».

Autrement dit, et pour reprendre la dichotomie évoquée par Clément Malverti et Cyrille Beaufiles dans la chronique précitée, la cour a retenu le décès comme **un seuil d'entrée** et non comme un fait générateur. Nous avons ce faisant la conviction qu'elle a commis une erreur de droit. Accepter que le décès soit une condition, ou un seuil qui une fois franchi, ouvre toutes les indemnisations, nous semble inconcevable pour quatre raisons :

- La première est **l'approche nécessairement stricte du dispositif d'indemnisation par la solidarité nationale**, de nouveau.
- La deuxième est le **principe d'égalité**. On ne concevrait pas que les préjudices d'accompagnement du malade qui a subi un accident médical, ne soient indemnisés qu'en cas d'issue finale mortelle. Il faut donc s'en tenir aux seuls dommages causés par le décès.
- Dans la **décision de Section précitée**, vous ne vous prononcez qu'au sujet de préjudices subis « *du fait* » du décès ou « *ayant résulté* » de ce décès. Et la cour de cassation exclut elle aussi les préjudices nés du vivant de la victime (Civ 1^{ère}, 30 juin 2021, 19-22.787, publié au Bulletin).
- **Si quelque chose de plus large avait été voulu**, il l'aurait été dans le respect du principe d'égalité comme pour les dommages causés par les infections nosocomiales les plus graves (5/4 chr, 9 décembre 2016, ONIAM c. M. et Mme Adil L..., 390892, T. p 943-950 : le régime du 1^o de l'article L. 1142-1-1 a vocation à réparer l'ensemble des dommages qu'ils aient été subis par les patients ou leurs proches) ou pour les

dommages causés par les mesures sanitaires d'urgence (5/4 chr, 27 mai 2016, M. M... et Mme X..., 391149, T. p943-950 : articles L. 3134-1 et suivants du code de la santé publique).

Vous pourrez donc censurer cette seconde erreur de droit.

Nous ne vous proposerons pas de régler l'affaire au fond. Il est nécessaire que les ayants droit puissent répondre sur les causes du décès.

En l'espèce, il n'y a pas lieu de mettre à la charge des ayants droit la somme demandée par l'ONIAM sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Et leurs conclusions sur ce fondement ne peuvent qu'être rejetées.

PCMNC :

- **Annulation**
- **Renvoi de l'affaire devant la cour administrative d'appel de Bordeaux**
- **Rejet des conclusions de l'ONIAM au titre de l'article L. 761-1**