

La perte de chance en responsabilité hospitalière : le point de vue de l'avocat

Libres propos d'un avocat de victimes sur les incidences pratiques de la perte de chance

Me Dominique ARCADIO, avec la participation de Me Julien DEYRES, Avocats au Barreau de Lyon – Cabinet ARCADIO.

De 1980 à aujourd'hui, l'avocat en dommage corporel que je suis, nourri au dogme de la « *réparation intégrale du préjudice* », a vécu toutes les évolutions, voire les « révolutions » de la matière :

- « L'aléa thérapeutique », autrefois appliqué devant les seules juridictions administratives - devenu cet « *accident médical non fautif* » étendu à toutes les scènes juridiques dès la loi du 4 mars 2002 - texte majeur, instaurant au profit des patients victimes une solidarité nationale sans équivalent dans d'autres législations
- La naissance des CCI¹, « objet juridique non identifié », d'une portée pratique considérable, comme on le mesure aujourd'hui avec un recul de plus de quinze ans
- Le ralliement des juridictions administratives à la notion de « perte de chance » en matière de responsabilité médicale depuis l'arrêt du Conseil d'Etat du 21 décembre 2007 (*Centre hospitalier de Vienne c/ M. Joncart*), commenté par ailleurs
- Les travaux du CNAM conduits par Madame LAMBERT-FAIVRE, suivi du rapport DINTILHAC et de la Nomenclature du même nom avec ses multiples traductions jurisprudentielles
- La loi du 21 décembre 2006 accordant à la victime un droit de préférence par rapport aux organismes sociaux en cas de partage ou de... « Perte de chance » précisément
- L'adoption par les Cours d'appel civiles d'un référentiel, présentant autant, sinon plus de mérites que celui de l'ONIAM, dont on a pu lire qu'il « *était d'une aide certaine pour les juges* »

¹ Commission de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux et des affections iatrogènes

Aussi, quand l'opportunité m'a été donnée d'exprimer le point de vue de l'avocat sur la notion de « perte de chance », j'ai accepté sans hésitation, avec l'espoir de faire entendre une voix singulière, issue de la pratique...

La voix d'un avocat de victimes animé de la conviction que le sort des victimes peut être amélioré devant le Juge administratif sans trahir les principes de droit, même sur le terrain de la perte de chance,

Au-delà des avancées positives certaines dont nous nous félicitons (I), nous mettrons en avant les points pour lesquels une amélioration est attendue (II)...

I/ Des avancées positives

1.1- Nous rejoindrons les différents intervenants sur **une définition** de la « perte de chance », exprimée de la même façon ou presque,

→ par les juges administratifs : « *Perte d'une possibilité de réalisation d'un évènement favorable* ».

→ et par les juges civils : « *La perte de chance présente un caractère direct et certain chaque fois qu'est constatée la disparition certaine d'une éventualité favorable* » (Cass. Civ. 16/01/2013).

1.2- Nous adhérons volontiers au **recours à la notion de perte de chance en matière de responsabilité médicale**, même si c'est au détriment d'une jurisprudence administrative qui jusqu'en 2007 faisait la part belle aux victimes, en indemnisant intégralement les préjudices dès lors qu'une faute était constatée.

Comment en effet défendre un droit à indemnisation identique pour une victime présentant un état antérieur justifiant le recours à des soins, et pour une victime en bonne santé renversée sur un passage clouté !

1.3- Nous nous rallierons à l'idée que la perte de chance puisse s'apprécier « *en fonction de la probabilité de succès d'une intervention correctement réalisée* » comme l'a récemment rappelé le Conseil d'Etat (CE 5^e et 6^e ch. 18/07/2018 n°409390).

1.4- Nous admettrons que la perte de chance relève de « *l'appréciation souveraine* » du juge administratif, comme c'est le cas au tribunal de grande instance ou devant la CCI.

1.5- Nous constaterons avec satisfaction que le défaut d'information trouve les mêmes réponses devant les différents ordres de juridictions.

Mais en tant que **praticien** du dommage corporel, nous militons pour une application commune des principes juridiques, quelle que soit la scène compétente : juge civil, juge administratif, ou CCI.

A situation égale, le patient victime d'un accident médical dans un établissement public engendrant une « perte de chance », doit bénéficier des mêmes règles que celui subissant le même sort en établissement privé.

Or, tel n'est pas toujours le cas.

Comme si les mêmes formules produisaient des résultats différents...

II/ Des améliorations nécessaires

2.1- Le contradictoire doit être strictement respecté au stade de l'évaluation de la perte de chance

2.1.1- Le juge administratif s'appuie sur différents outils pour apprécier le taux de perte de chance.

Si certains doivent évidemment être privilégiés, d'autres ne nous apparaissent pas tout à fait adaptés à la matière...

On comprendra aisément le recours aux « *travaux de l'expert* ».

C'est unanimement l'élément clé.

Si l'expertise n'évalue pas le taux de « perte de chance », le tribunal doit donc inviter l'homme de l'Art à se prononcer précisément sur ce point.

Mais ce débat doit s'inscrire dans le respect du contradictoire.

2.1.2- On souscrira volontiers à la nécessité pour le juge de puiser dans les « **éléments de l'instruction et l'argumentation des parties** » le taux de perte de chance.

2.1.3- En revanche, on sera très réservés sur les propositions « *de modélisation de PUIGSERGER et MARTINET* », suggérant une formule mathématique assez absconde : $n = (P2-P1) / P2$ (où *P1* représenterait la probabilité de survenue du dommage en l'absence de faute, et *P2* la probabilité de survenue du dommage en présence d'une faute).

En effet, il n'y a pas de « formule miracle » en la matière, tant il est vrai que l'homme reste au cœur de l'analyse.

De plus cette méthode ne paraît pas intégrer, autant qu'on puisse la comprendre, le « *bénéfice escompté du geste médical* » qui dans notre médecine moderne est un élément à prendre en considération !

N'est-ce pas d'ailleurs là la « *probabilité de succès* » qui se trouve évincée de ce raisonnement, alors que c'est précisément le critère retenu Conseil d'Etat ?

2.1.4- Mais surtout nous avons quelques peines à admettre que les « **Conclusions des rapporteurs publics** » puissent permettre à la juridiction d'appréhender le calcul de la « perte de chance », sans que nous ayons pu apporter la contradiction – ou notre approbation – à ce raisonnement.

Si nous pouvons comprendre le souci du rapporteur public de proposer à la juridiction une « modélisation » obéissant à des critères rigoureux, nous apprécierions d'être informés de ces critères avant le jour de l'audience !

Si « modélisation » (*le terme même nous paraît malgré tout antinomique avec la matière du dommage corporel et ses principes d'appréciation in concreto*) il doit y avoir, ne peut-elle donner lieu à un débat contradictoire avec les principaux intéressés (*victime et régleur*) sur le quantum de la perte de chance.

Quel dommage d'être privé de cet échange et de cette réflexion !

Quel progrès pourrait faire la matière si l'on pouvait effectivement « *connaître les méthodes de calcul retenues par le juge* », avec transparence, et avant l'audience.

Selon nous, l'expert médical, doit se livrer à une revue de la littérature scientifique, débattue par l'ensemble des parties, pour tenter d'arrêter un taux de perte de chance.

La controverse, si controverse il y a, s'inscrira ensuite dans les écritures des parties, les arguments de chacun pouvant faire évoluer, dans l'esprit du juge, le vecteur de la perte de chance.

Mais dans cette conception, **toutes les parties sont invitées à enrichir ce débat**, et l'humain reste au centre de celui-ci !

Il faut créer des passerelles entre le tribunal administratif, la doctrine et les avocats spécialisés en la matière, pour améliorer notre approche de cette « modélisation », puisque le but affiché par tous est d'avoir la décision la plus « juste » possible.

Mais en restant dans nos tours d'ivoire respectives, nous ne pouvons pas faire progresser la matière.

2.2- Les effets de la perte de chance doivent s'apprécier en respectant le « droit de préférence » posé par la loi du 21 décembre 2006

On a jusqu'alors beaucoup parlé de la notion de perte de chance, mais peu de ses effets.

A première vue, on pourrait penser qu'une perte de chance de 60% d'éviter le dommage en l'absence de faute, par exemple, entraînerait en cas de faute :

- une indemnisation de la victime limitée à 60% de son dommage
- un recours des organismes sociaux dans la proportion de 60% de leurs débours,
- et corrélativement, une obligation de l'assureur de l'Hôpital Public n'excédant pas 60%.

Mais seule cette dernière assertion est vérifiée !

En effet, depuis la loi du 21 décembre 2006, un **droit de préférence** a été institué **au profit de la victime** dans ses rapports avec les organismes sociaux.

Ce texte était appelé des vœux de la doctrine depuis les travaux de Madame LAMBERT-FAIVRE et ne se concevait qu'à travers la Nomenclature DINTILHAC !

Le choix du législateur était clair : en cas de « partage » ou de « perte de chance », la victime doit désormais bénéficier d'un droit de préférence dans ses rapports avec les organismes sociaux.

Cela la conduit, dans le plafond des sommes dues par l'assureur en application de la perte de chance retenue, à voir son préjudice **indemnisé en priorité**, l'organisme social ne pouvant prétendre qu'au solde s'il y en a.

En reprenant l'exemple d'un taux de perte de chance de 60 %, la répartition devrait être la suivante, au titre des dépenses de santé :

- Total des dépenses de santé : 10 000€

- Reste à charge de la victime : 6 000 €

- Remboursement par la CPAM : 4 000 €

- L'hôpital n'est qu'à 60% du montant total des dépenses de santé, soit 10 000 € x 60% = 6 000 €

La victime devant être indemnisée en priorité au vu de la loi du 21 décembre 2006, recevra donc l'intégralité de son préjudice effectif, soit 6 000 €, la CPAM ne pouvant réclamer les débours qu'elle a exposés.

C'est le législateur qui a imposé cette règle.

Pour permettre son application, celle-ci doit épouser les postes de la Nomenclature DINTILHAC, d'autant que la loi prévoit un recours « poste par poste ».

D'où la nécessité d'une application **systematique** de la Nomenclature DINTILHAC par le juge administratif.

Mais aussi une application rigoureuse, conforme au texte de cette Nomenclature.

S'agissant des postes « dépenses de santé actuelles et futures », il y est mentionné :

« Il s'agit d'indemniser la victime directe du dommage corporel de l'ensemble des frais hospitaliers, médicaux, paramédicaux et pharmaceutiques (infirmiers, kinésithérapie, orthoptie, orthophonie, etc.), le paiement de la plupart de ces dépenses étant habituellement pris en charge par les organismes sociaux. »

« Les dépenses de santé futures sont les frais hospitaliers, médicaux, paramédicaux, pharmaceutiques et assimilés, même occasionnels mais médicalement prévisibles, rendus nécessaires par l'état pathologique de la victime après la consolidation. »

On doit savoir qu'une personne lourdement handicapée peut dépenser entre 100€ et 200€ par mois pour ses protections, son nécessaire à sondage (*gants, crèmes, désinfectant...*), ses gélifiants pour éviter les fausses routes, etc., toutes sommes qui ne sont pas remboursées par les organismes sociaux.

Elles font partie de ce poste de préjudice, au sens de la Nomenclature.

Or, on constate que dans la pratique, les juridictions administratives ont tendance à évincer ces frais de l'assiette des « dépenses de santé », au motif qu'il « *n'y aurait pas de remboursement des organismes sociaux* ».

Ce qui prive « mécaniquement » les victimes du bénéfice du droit de préférence.

Cette règle ne vaut pas seulement pour les dépenses de santé, mais aussi pour les « pertes de gains professionnels futurs », pour lesquels les organismes sociaux sont susceptibles de verser des prestations (*pension d'invalidité, rente « AT », Allocation temporaire d'invalidité, etc.*).

A titre d'exemple, Madame C. 53 ans, gérante de librairie, victime d'un AVC en 2009 non diagnostiqué.

Responsabilité de l'administration : 60%.

Ses pertes de gains professionnels futurs seront reconnues par le tribunal à hauteur de 322 438 €.

La victime, assurée sociale, bénéficie d'une pension d'invalidité dont le capital représentatif est de 279 663 €.

Si l'on applique la règle de la perte de chance conformément à la loi de 2006, on arriverait nécessairement au calcul suivant :

- Total du poste PGPF : 322 438 €

- Préjudice effectif de Madame C : 322 438 € - 279 663 € = 42 775 €

*- L'administration ne saurait être tenue à plus de 60% du préjudice total, soit : 322 438 x 60% = **193 462 €.***

*- Par application du droit de préférence, Madame C devrait donc percevoir : **42 775 €**, et l'organisme social le reliquat dans la limite de la dette de l'administration, soit : 193 462 € - 42 775 € = **150 687 €.***

- Or, Madame C ne percevra rien au motif suivant :

« La victime a bénéficié d'une pension d'invalidité servie par le RSI qui s'est élevée en arrérage échus et capital futur à 279 663 €.

Que ce montant a ainsi compensé entièrement les pertes de revenus professionnels en lien avec les fautes constatées.

Que le principe de préférence ne peut trouver à s'appliquer dès lors qu'elle a bénéficié du versement de ces prestations » TA LYON – 13/09/2016 n°1307063

On mesure bien que la règle du droit de préférence est ainsi éludée, comme si elle n'existait pas !

2.3- La référence à la perte de chance un outil qui ne doit pas se limiter au « principe » d'indemnisation : il est d'utilisation universelle

Nous visons ici le cas d'enfants lourdement handicapés à la naissance (*Infirmes moteurs cérébraux*) et qui ne pourront jamais travailler.

Cet élément est indiscutable, et constitue une **certitude**.

Devant ce préjudice irréductible, les juges civils retiennent l'existence d'une « perte de gains professionnels futurs », même si la victime n'a jamais travaillé.

Pour parvenir à cette indemnisation, ils s'en remettent à une « **perte de chance de revenus raisonnablement espérés par la victime** » au regard de différents critères qui ne sont pas immuables, ni limitatifs, ni même parfaits, mais qui relèvent de l'office du juge (*revenus moyens, valeur statistique du salaire médian, milieu socio-professionnel des parents, revenus de la fratrie...*).

Ce raisonnement fait d'ailleurs écho à l'évolution jurisprudentielle en droit administratif rappelée par l'un des intervenants², qui a progressivement appliqué la perte de chance dans différents domaines : *perte de chance de remporter un procès, de réussir un concours, d'obtenir une licence d'importation, d'accéder au corps des professeurs des Universités, de remporter un contrat public... et de promotion pour un fonctionnaire...*

C'est donc de façon incompréhensible pour nous que, dans le contentieux de la réparation du dommage corporel, le Conseil d'Etat refuse d'indemniser les pertes de gains professionnels si la victime n'exerçait pas d'activité professionnelle avant le fait à l'origine du dommage !

C'est précisément dans ces situations que le recours à la notion de « perte de chance » pourrait être précieux.

On la retient pour un fonctionnaire qui n'a pas pu accéder à une promotion en raison d'un refus illégal de l'administration de l'inscrire au tableau d'avancement, et on la refuserait de principe à un enfant qui avait toute la vie devant lui, et toutes les chances d'en faire quelque chose !

Le recours à la notion de perte de chance est indispensable pour appréhender correctement le contentieux de la responsabilité médicale, qui ne peut se satisfaire d'un raisonnement binaire : réparation intégrale / absence de réparation.

² Monsieur Christophe TESTARD, Professeur à l'Université de Clermont-Auvergne

Celle-ci permet d'affiner un raisonnement complexe, qui est à apprécier au regard de la gravité de l'état initial et de la difficulté de soins, eu égard aux connaissances acquises de la science médicale.

Mais on ne doit pas oublier l'objectif premier de « la perte de chance », qui doit permettre *in fine*, d'indemniser les victimes au plus près de leur dommage.

C'est avec la conviction qu'elle peut être mieux utilisée par les juridictions administratives, que nous souhaitons clore ce propos, qui se veut constructif.

Et si on donnait un peu plus sa chance à la « perte de chance » ?