Application de la jurisprudence Bianchi un risque n'a pas nécessairement à être spécifique à une thérapie

Caroline Lantero

▶ **To cite this version:**

Caroline Lantero. Application de la jurisprudence Bianchi un risque n'a pas nécessairement à être spécifique à une thérapie. La Semaine Juridique. Administrations et collectivités territoriales, 2010. hal-01694166

HAL Id: hal-01694166
https://uca.hal.science/hal-01694166

Submitted on 26 Jan 2018

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

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

Application de la jurisprudence Bianchi : un risque n'a pas nécessairement à être spécifique à une thérapie.

Note sous Conseil d'Etat, 19 mars 2010, Ancey, req. n° 313457

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que M. Thierry Ancey, atteint d'un cancer des amygdales diagnostiqué en 1997, a fait l'objet d'une radiothérapie qui a entraîné une ostéo-radionécrose, nécessitant une reconstruction de la mandibule ; qu'une première opération, comportant la greffe sur la mâchoire d'un lambeau pédiculé, a été réalisée le 31 août 1998 à l'hôpital Henri Mondor de Créteil ; qu'il a dû être procédé le 9 septembre 1998 à une reprise du geste chirurgical ; qu'au cours de cette seconde intervention, pendant la phase postopératoire, M. a développé une hémiplégie droite massive, attribuée à un accident vasculaire cérébral consécutif à une occlusion de la carotide interne gauche ; que, par l'arrêt attaqué du 26 novembre 2007, la cour administrative d'appel de Paris a confirmé le rejet, par le tribunal administratif de Melun, de son recours indemnitaire dirigé contre l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris dont dépend l'hôpital Henri Mondor de Créteil, ainsi que de celui que son épouse avait présenté, tant en son nom propre qu'en celui de leurs enfants ;

Sans qu'il soit besoin d'examiner l'autre moyen du pourvoi ;

Considérant que, lorsqu'un acte médical nécessaire au diagnostic ou au traitement du malade présente un risque dont l'existence est connue mais dont la réalisation est exceptionnelle et dont aucune raison ne permet de penser que le patient y soit particulièrement exposé, la responsabilité du service public hospitalier est engagée si l'exécution de cet acte est la cause directe de dommages sans rapport avec l'état initial du patient comme avec l'évolution prévisible de cet état, et présentant un caractère d'extrême gravité ;

Considérant que, pour écarter l'application de ce régime de responsabilité, la cour administrative d'appel de Paris a relevé que l'accident dont a été victime M. Ancey n'est pas lié au choix des thérapies mises en oeuvre et que par ailleurs il peut se produire à l'occasion de toute intervention ; qu'en excluant ainsi que la responsabilité de l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris puisse être engagée à raison de la réalisation d'un risque commun à une large catégorie d'actes médicaux, alors qu'une telle circonstance n'est pas une condition de l'engagement de la responsabilité sans faute du service public hospitalier, la cour a commis une erreur de droit ; que son arrêt doit, dès lors, être annulé ;

Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris, en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, le versement aux CONSORTS ANCEY de la somme de 3 000 euros ; que ces mêmes dispositions font obstacle à ce que soit mis à la charge de ces derniers, qui ne sont pas, dans la présente instance, la partie perdante, le versement d'une somme au titre des frais exposés par l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris et non compris dans les dépens ;

D E C I D E :

Article 1er : L'arrêt de la cour administrative d'appel de Paris du 26 novembre 2007 est annulé.

Article 2 : L'affaire est renvoyée à la cour administrative d'appel de Paris.

Article 3 : L'Assistance publique-Hôpitaux de Paris versera aux CONSORTS ANCEY une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Les conclusions de l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 5 : La présente décision sera notifiée aux CONSORTS ANCEY et à l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris.

Note[1]

A la suite d'une intervention chirurgicale pratiquée en 1998, pour reprendre une reconstruction de la mandibule, nécrosée par des séances de radiothérapie, Monsieur Ancey a développé une hémiplégie massive provoquée par un accident vasculaire cérébral. Recherchant la responsabilité de l'Assistance Publique des Hôpitaux de Paris sur le double fondement du risque et de la faute, les consorts Ancey voyaient leur requête rejetée en première instance, puis en appel, avant de se pourvoir en cassation et d'obtenir du Conseil d'Etat la reconnaissance que **l'une des conditions** d'engagement de la responsabilité sans faute de l'AP-HP était remplie, contrairement à ce que les juridictions du fond avait jugé.

Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat se borne en réalité à rappeler l'applicabilité de la jurisprudence d'assemblée Bianchi (CE, Ass., 9 avr. 1993, Bianchi, Rec. p. 127, concl. S. Dael, AJDA 1993, p. 349). Ni il ne l'étend, ni il ne la conditionne. L'arrêt illustre, à l'image de toutes les jurisprudences relatives à l'engagement de la responsabilité sans faute depuis 1993, que lorsque la jurisprudence Bianchi s'applique encore (**I**), ses conditions d'application restent inchangées. En dépit de la fin imminente de ce système, et de l'évidente influence réciproque entre le régime jurisprudentiel de responsabilité pour risque et le régime légal de l'aléa thérapeutique (**III**), la jurisprudence de principe n'est pas élargie. Et en se bornant à faire un syllogisme sur la notion de risque, le Conseil d'Etat ne fait que maintenir intacte la jurisprudence Bianchi (**II**).

I) Lorsque la jurisprudence Bianchi s'applique encore : les vestiges de la responsabilité sans faute.

En 1990, et alors que le régime de la responsabilité hospitalière était encore celui de la faute lourde (abandonné dans CE, 10 avril 1992, Epoux V., Rec. p. 171, concl. H. Legal, AJDA 1992, p. 355), la Cour administrative d'appel de Lyon dégageait de manière inattendue, un cas de responsabilité sans faute de l'hôpital. Il s'agissait des conséquences de l'utilisation d'une thérapeutique nouvelle dont le risque n'était pas connu et dont la mise en œuvre n'était pas imposée par des raisons vitales (CAA Lyon, 21 déc. 1990, Cts Gomez, Rec. p. 498). L'arrêt d'Assemblée Bianchi du 9 avril 1993 consacrait le régime de la responsabilité pour risque par un considérant désormais célèbre, subordonnant toutefois l'engagement de la responsabilité sans faute de l'hôpital à la réunion de cinq conditions strictes. Première condition, l'acte médical doit avoir été nécessaire au diagnostic ou au traitement du malade. Deuxième condition, il présentait un risque connu mais dont la réalisation est exceptionnelle. Troisième condition, rien ne permettait de penser que le patient était particulièrement exposé à ce risque. Quatrième condition, les conséquences dommageables de cet acte doivent être « sans rapport avec l'état initial » du patient et cinquième condition, le dommage doit présenter le caractère d'une « extrême gravité »

Ce considérant de principe a subi une modification en 1997, lorsqu'un arrêt de Section a substitué le terme « malade » par le terme « patient », afin de ne pas exclure du régime, les femmes enceintes ou, les patients subissant une intervention chirurgicale de convenance comme une circoncision, ce qui était le cas en l'espèce (CE, 3 novembre 1997, Hôpital Joseph-Imbert d'Arles, Rec. p. 412, concl. V. Pécresse, RFDA 1998, p. 410). Dans cet arrêt, il

[1] L'auteur remercie vivement Jean-Philippe Thiellay, rapporteur public, de lui avoir communiqué ses conclusions sur l'arrêt commenté.

avait été souligné que le patient n'était pas décédé des suites de sa circoncision (acte chirurgical bénin) mais de la réalisation du risque – connu mais exceptionnel – inhérent à toute anesthésie générale, en l'occurrence un accident cardiaque. Il s'agit là de la seule modification apportée au considérant de principe ainsi cristallisé depuis : « *Considérant que, lorsqu'un acte médical nécessaire au diagnostic ou au traitement du malade présente un risque dont l'existence est connue mais dont la réalisation est exceptionnelle et dont aucune raison ne permet de penser que le patient y soit particulièrement exposé, la responsabilité du service public hospitalier est engagée si l'exécution de cet acte est la cause directe de dommages sans rapport avec l'état initial du patient comme avec l'évolution prévisible de cet état, et présentant un caractère d'extrême gravité* »

Cette modification n'élargissait d'ailleurs pas tant le champ d'application de Bianchi, qu'elle empêchait d'en exclure certaines victimes, sur une subtilité sémantique.

Le régime d'indemnisation issu de cette jurisprudence – et fondé sur la responsabilité sans faute – est en train de disparaître puisque que la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 *relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé* a instauré un régime spécial d'indemnisation des conséquences des accidents médicaux et aléas thérapeutiques, fondé sur la solidarité nationale. Mais pour les faits antérieurs au 5 septembre 2001 (date fixée par l'article 101 de loi), le juge applique toujours la jurisprudence Bianchi. Certes la prescription décennale, également instituée par la loi du 4 mars 2002 (article 1142-28 du Code de la santé publique), annonce une échéance très proche, au terme de laquelle, l'application du système de la jurisprudence de 1993 sera vraiment résiduelle aux quelques cas non prescrits (du fait d'une ignorance légitime de la créance ou pour cause de force majeure) où dont la prescription aura été interrompue (CE, avis, 19 mars 2003, Haddad, Rec., p. 133 et CE, Avis, 11 juin 2003, Mme Mackaie, n° 253465: application à la prescription décennale de la loi n°68-1250 du 31 décembre 1968 relatif à la prescription des créances). Le système de la loi du 4 mars 2002 prendra alors définitivement le relais.

Mais pour l'heure, lorsque le régime jurisprudentiel de la responsabilité sans faute s'applique, il s'applique invariablement.

II) Une précision sur la notion de risque qui maintient intacte la jurisprudence Bianchi.

Les conditions posées par la jurisprudence de 1993 sont strictes et ne doivent être ni ignorées, ni durcies, ni allégées. Le Conseil d'Etat a eu plusieurs fois l'occasion de rectifier l'application et/ou l'interprétation de la jurisprudence Bianchi à laquelle s'étaient livrées les juridictions du fond.

Ainsi le Conseil d'Etat a-t-il rapidement indiqué qu'il ne suffisait pas de se borner à citer le considérant de principe puis affirmer qu'il résultait de l'instruction que les conditions d'engagement de la responsabilité sans faute n'étaient pas remplies : « *Considérant qu'après avoir posé en principe* […], *la cour administrative d'appel de Lyon s'est bornée à affirmer "qu'il ne résulte pas de l'instruction que la transfusion qui a été pratiquée le 4 janvier 1984 sur M. Pavan remplisse les conditions ci-dessus énoncées" ; qu'en ne précisant pas la ou les conditions qui n'étaient pas remplies au cas d'espèce, lafexception cour n'a pas mis le juge de cassation à même d'exercer son contrôle* ; » (CE, 26 mai 1995, Consorts Pavan, Rec. p. 221, concl. S. Daël, RFDA 1995, p. 748).

Ainsi a été rectifiée une interprétation réductrice de la jurisprudence Bianchi quant au « rapport à l'état initial du patient » dans l'appréciation des conséquences dommageables de

l'acte. En se bornant à relever qu'un patient présente de nombreux risques, « *sans rechercher si les dommages qu'il a subis étaient, par leur gravité, hors de proportion avec son état initial* », la Cour Administrative d'Appel commet une erreur de droit (CE, 25 juillet 2007, Mme Russo, n° 293793). Les conclusions du commissaire du gouvernement sous l'arrêt fondateur précisaient déjà qu'une « *disproportion doit éclater entre* » l'état initial du malade « *et les conséquences du remède* » et que « *l'accident doit avoir créé une situation entièrement nouvelle, dont la thérapeutique est la véritable cause* ». Il s'agit bien pour le juge de mesurer un rapport, au sens littéral du terme, et non de se borner à constater un lien théorique entre l'état initial et le dommage survenu pour écarter la responsabilité sans faute. Il est vrai que la frontière entre un terrain éventuellement défavorable et l'absence d'exposition « particulière » au risque, est ténue, et que dans ces cas, la disproportion entre le dommage et l'état initial sert d'arbitre (CE, 14 oct. 2002, Mme Favre et autres, n° 210627, F. ; CE, 22 nov. 2002, Michaali, n° 187477 pour des hémiplégies consécutives à des coronographies sur des patients souffrant de maladie coronarienne, diabète ou hypertension). En d'autres termes, les dommages causés directement par le risque doivent être sans « commune mesure » avec l'état initial du patient.

Ainsi a été précisé que les cinq conditions d'engagement de la responsabilité de l'hôpital sont cumulatives, et qu'il ne saurait en être fait une application alternative ou assouplie. Si une seule condition fait défaut, la responsabilité ne peut être engagée. Le juge n'a donc pas à se prononcer sur le seuil de gravité du dommage s'il estime que la connaissance du risque faisait défaut (CE, 24 octobre 2008, Mme Chottin, n° 297994).

L'arrêt Ancey du 19 mars 2010 est une nouvelle illustration de cette rectification, et il n'en résulte pas davantage un élargissement du champ d'application de la jurisprudence de principe. La Cour Administrative d'Appel de Paris avait dans cette affaire écarté la jurisprudence Bianchi alors qu'elle n'aurait pas dû, et le Conseil d'Etat rappelle simplement son applicabilité dès lors que le risque s'est réalisé, peu important que ce risque soit lié à LA thérapie mise en œuvre, ou inhérent à TOUTE intervention chirurgicale, laquelle est en l'espèce un élément de LA thérapie mise en œuvre.

La Cour avait en effet écarté la responsabilité de l'AP-HP au motif que l'accident médical (un AVC) n'était pas spécifique à la thérapie mise en œuvre (une greffe de la mâchoire). Or, en précisant que le risque était commun à toute intervention, mais pas spécifique à la thérapie choisie dans le cas d'espèce, la Cour avait ajouté une condition supplémentaire à l'applicabilité de Bianchi. Ce qui n'a pas lieu d'être.

Le Conseil d'Etat précise que ce n'est pas l'existence d'un risque *spécifique* à la thérapie qui conditionne l'engagement de la responsabilité sans faute, c'est la *réalisation d'un risque,* fut-il commun à une large catégorie d'actes médicaux.

Les risques thérapeutiques n'entrent pas dans des cases prédéfinies et on ne saurait exiger qu'il existe un risque spécifique, voire exclusif, à chaque thérapie. En revanche, pour chaque thérapie, il y a un risque, et des thérapies fort différentes peuvent se partager un même risque. Logiquement, un risque « commun » à toute intervention chirurgicale est nécessairement un risque lié à la thérapie choisie quand celle-ci nécessite et/ou se matérialise par une chirurgie. En bref, un accident vasculaire cérébral est un risque « commun » à toute intervention chirurgicale, et c'est cela qui compte lorsqu'il se réalise, peu importe que l'intervention soit un triple pontage coronarien ou une reconstruction de la mâchoire.

Un risque peut donc être « commun » et de « réalisation exceptionnelle », et l'analyse tendant à dire que le système Bianchi s'étend à un risque « banal » pourrait être une surinterprétation.

Il n'est pas banal de subir un AVC conduisant à une hémiplégie massive. C'est en revanche un risque « commun » à de nombreux actes chirurgicaux.

Et cela ne diffère pas de la logique du risque anesthésique qui, impulsé par l'arrêt *Hôpital Joseph-Imbert d'Arles* du 3 novembre 1997, et plus particulièrement consacré par l'arrêt *Centre Hospitalier de Seclin* du 27 octobre 2000, constitue un terrain fréquent de « jurisprudences Bianchi » dès lors que l'anesthésie est nécessaire à l'intervention pratiquée : « *Considérant que la responsabilité du service public est susceptible d'être engagée dans les conditions mentionnées ci-dessus du fait des dommages causés par une anesthésie générale* » (CE, 27 octobre 2000, Centre Hospitalier de Seclin, n° 208640, D. 2001, p. 1196, concl. D. Chauvaux; CE, 15 novembre 2006, AP-HM, n° 279273).

Si élargissement il y a, on serait enclin à le voir sur le terrain du caractère exceptionnel de la réalisation du risque, et tenté de conclure à nouveau à une banalisation du risque. On sait qu'une occurrence de 2% a pu être considérée comme non exceptionnelle : « *Considérant qu'il résulte de l'instruction que le risque d'hémiplégie lié à l'opération pratiquée doit être évalué à 2 % ; que sa réalisation ne peut donc être regardée comme exceptionnelle* » (CE, 15 janvier 2001, AP-HP, n° 195774). D'ailleurs, en première instance dans la présente affaire, le tribunal administratif de Melun avait également exclut le système Bianchi pour le caractère non exceptionnel de la réalisation du risque : « *qu'un tel accident vasculaire cérébral, d'une part, n'est pas exceptionnel dans la mesure où sa présence était recensée à l'époque des faits de l'espèce dans plus de 3 % des cas* » (TA Melun, 16 novembre 2005, M. Ancey, n°01-1643).

Devant la Cour administrative d'appel, ces considérations ont disparu, la juridiction ayant écarté une autre des conditions d'applicabilité de la responsabilité sans faute. Mais l'ayant écartée à tort, peut-être se prononcera-t-elle lors du renvoi, sur le caractère exceptionnel ou non de la réalisation du risque, et peut-être conclura-t-elle à nouveau à l'inapplicabilité de la jurisprudence Bianchi. En tout état de cause, le Conseil d'Etat ne procède pas non plus dans le cas d'espèce, à une redéfinition du risque exceptionnel.

La Haute juridiction n'a en définitive jamais fait que préciser Bianchi, sans jamais la généraliser ou la banaliser. Cela étant précisé, il faut maintenant reconnaître que depuis 2002, la coexistence du système Bianchi et du système Kouchner a pu faire naître un dialogue entre les deux, apparaissant en creux dans les jurisprudences subséquentes à la loi.

III) La rencontre du régime jurisprudentiel du risque et du régime légal de l'aléa

La loi n°2002-303 du 4 mars 2002 a consacré le régime de la responsabilité pour faute (article L. 1142-1-I du Code de la Santé Publique) et substitué à l'indemnisation fondée sur le principe de responsabilité sans faute, l'indemnisation de l'aléa thérapeutique au titre de la solidarité nationale (article L. 1142-1-II du CSP).

1) Les leçons de la responsabilité sans faute pour le législateur

La lecture des travaux parlementaires fait clairement apparaître l'impact de l'arrêt Bianchi dans la préparation de la loi, tant au regard de l'impulsion qu'il a créée en matière d'indemnisation des risques, qu'au regard de ses limites en matière d'application. Ces travaux préparatoires ont largement souligné le caractère restrictif de la jurisprudence, matérialisé d'ailleurs par un volume contentieux très limité (Rapport AN, 26 septembre 2001, n°3263, « Titre 1 – Démocratie sanitaire », pp. 13-31 et « Titre III – Réparation des risques

sanitaires », pp. 10-15 et 27-30). S'appuyant en partie sur cette jurisprudence, le législateur en a profité pour en assouplir ou abandonner les critères les plus problématiques.

Ainsi la condition que le dommage soit « *sans rapport avec l'état initial* », laisse place à la condition que les conséquences soient « *anormales au regard de son état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci* ».

A été également considérablement repensé le critère de la **gravité du dommage** qui doit être « extrême » sous le système Bianchi, et n'ouvre ainsi droit à réparation qu'aux patients ayant subi des dommages gravissimes : tétraplégie (Bianchi), paraplégie définitive et graves troubles sphinctériens (CE, 17 mai 2006, Hospices civils de Lyon, n° 272231, concl. Olson), décès (CE, 3 novembre 1997, Hôpital Joseph-Imbert d'Arles), et qui ne doit plus qu'être supérieur à un taux d'incapacité partielle permanente fixé à 25% sous le régime légal.

Enfin, en consacrant l'**aléa**, la loi du 4 mars 2002 a purement abandonné le critère de la **connaissance du risque**. Celui-ci souffre en effet dans le système Bianchi, de la théorie du précédent et ferme toute possibilité d'indemnisation à la première victime recensée d'un risque au motif que ce risque était par définition jusqu'alors inconnu (CE, 7 juillet 2006, Lagorio, n°264217). A ce propos, on notera que la plus-value d'un risque « commun à de nombreux actes » est d'être connu.

S'il subsiste encore une zone de non indemnisation en deçà de cette limite de 25%, elle n'existait pas d'avantage dans le système jurisprudentiel, et la disparition de la responsabilité sans faute ne créé par nécessairement un vide juridique ou indemnitaire. En tout état de cause, il fallait abandonner ce principe, pour rallier au régime légal un juge civil très hostile au concept de responsabilité sans faute et qui estimait que « *la réparation des conséquences de l'aléa thérapeutique* » n'entrait « *pas dans le champ des obligations dont est médecin est contractuellement tenu à l'égard de son patient* » (Cass. Civ., 8 novembre 2000, n° 99-11735, Bull. 2000 I, 287).

2) Les inspirations de la loi pour le juge

Après l'adoption de la loi, deux conditions de Bianchi semblent avoir été précisées dans un sens où la confortation, si ce n'est l'inspiration apportée par l'article l. 1142-1 II du Code de la santé publique ne fait pas de doute.

Le critère du dommage « *sans rapport* » avec l'état initial, que le Conseil d'Etat a tôt fait d'inviter à entendre comme un critère de disproportion éclatante (Concl. S. Dael et CE, 25 juillet 2007, Mme Russo, n° 293793), est complètement conforté par l'exigence légale de « *conséquences anormales au regard de son état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci* ».

De la même façon ou davantage encore, le mécanisme d'indemnisation au titre de la solidarité nationale influence sans doute le juge administratif lorsqu'il doit apprécier la gravité d'un dommage. Sans toutefois ouvrir le régime de la responsabilité sans faute aux victimes pour lesquels les dommages ne sont pas jugés suffisamment graves (le taux d'IPP doit généralement dépasser 50%), le taux légal d'IPP de 25% fixé en tant que seuil d'intervention de la solidarité nationale apporte nécessairement un éclairage nouveau au juge administratif sur la notion de gravité.

Cette influence du mécanisme indemnitaire de l'aléa thérapeutique apparaît d'ailleurs dans les conclusions du Jean-Philippe Thiellay sur l'arrêt commenté. Le rapporteur public mentionne

en effet incidemment que si le requérant ne s'était pas trouvé en l'espèce sous l'emprise du régime jurisprudentiel de responsabilité sans faute, l'application du régime légal de l'aléa médical lui aurait été assurée.

Caroline Lantero