

Chirurgien : sauveur ou coupable ?

Surgeon: Saviour or Guilty?

Françoise Kamara

Magistrat - Première chambre civile de la Cour de cassation.

Mots clés

- ◆ Devoir d'information
- ◆ Consentement du patient
- ◆ Preuve de l'information
- ◆ Responsabilité du chirurgien
- ◆ Perte de chance
- ◆ Préjudice d'impréparation
- ◆ Faute ou erreur
- ◆ Mise en place de matériel prothétique
- ◆ Affections nosocomiales
- ◆ Aléa thérapeutique
- ◆ Distinction légale des fautes pénales et civiles

Points clés

L'information du patient et son consentement à l'intervention du chirurgien rend la relation entre ces deux acteurs équilibrée. Le devoir d'information incombant aux praticiens trouve son fondement dans le respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la personne humaine. L'information doit porter, notamment, sur les risques graves, même de survenance exceptionnelle.

Ce devoir pèse individuellement sur chaque praticien, tenu d'exercer sa profession en toute indépendance. Il appartient au chirurgien de prouver, par tout moyen, qu'il a rempli son obligation, et non au patient de démontrer que le praticien ne l'a pas informé. En cas de difficulté ou de complication, le praticien doit en informer le patient, pour éviter le conflit.

Le défaut d'information est une faute civile, non pénale. Il est sanctionné par la réparation de la perte de chance pour le patient de refuser l'intervention s'il avait été informé des risques ou par l'indemnisation d'un préjudice d'impréparation du patient au risque qui s'est réalisé.

Si l'erreur n'est pas fautive, il existe plusieurs catégories de fautes : diagnostic, prescription, faute technique, mise en place de matériel, surveillance ou diagnostic post-opératoires, infections nosocomiales.

L'indemnisation du risque thérapeutique et la distinction légale des fautes pénales et civiles a apaisé les relations patient-praticien et praticien-juge.

Keywords

- ◆ Duty of information
- ◆ Consent of the patient
- ◆ Evidence of information
- ◆ Surgeon's liability
- ◆ Loss of chance
- ◆ Lack of psychological preparation to the risk
- ◆ Mistake or fault
- ◆ Prosthesis setting
- ◆ Nosocomial infections
- ◆ Therapeutic risks
- ◆ Legal distinction between civil and criminal liabilities

Key points

The patient's information and his consent to surgery makes the relationship between the patient and the surgeon well balanced. The duty of information weighing on the practitioner finds its roots in the respect of the constitutional principle of safety of human being. The information relates, notably, to serious risks, even to those occurring exceptionally.

Because each practitioner has to exercise his profession independently; he must respect individually the aforementioned duty. It belongs to the surgeon to prove by all means that he has fulfilled his obligation; it is not the patient who has to prove the lack of information. In case of difficulty or complication, the practitioner must inform the patient thereof in order to avoid any conflict: the bed side manner.

The lack of information gives rise to civil liability, not criminal. It is sanctioned by damages repairing the loss of chance for the patient to having refused the surgery, had he been informed about the risks, or repairing the prejudice relating to the lack of psychological preparation to the risk that occurred during the surgery.

If the mistake is not a fault, there are different categories of faults: diagnosis, prescription, technical fault, prosthesis setting, watch or post-surgery diagnosis, nosocomial infections.

The compensation for the therapeutic risk and the distinction between civil and liability have appeased the relationships patient-practitioner and practitioner-judge.

Nous sommes le 3 mars 2003, à l'Académie nationale de chirurgie, le Président Chapuis s'exprime : « *La responsabilité qui pèse sur les épaules du chirurgien est énorme. On lui demande d'être un professionnel d'exception. C'est à la fois juste, motivant, enthousiasmant, mais pour certains, à l'inverse, décourageant et démotivant. A trop demander, à tant menacer, à voir la notion de sanction sans cesse agitée, on voit apparaître, dans une société tournée vers le confort et la sécurité, un désengagement des étudiants vis-à-vis d'un*

certain nombre de spécialités pénibles et à risques. Difficultés et risques sont, de surcroît, démesurément amplifiés par le milieu professionnel lui-même. Il faut désamorcer ce mouvement et, dans le même temps, tenter de mieux informer le public »

C'est ce que je voudrais mettre en relief aujourd'hui : les relations dont apaisées entre les malades et les praticiens, d'une part, et entre les praticiens et les juges, d'autre part.

Correspondance :

Madame le Conseiller Françoise Kamara - Magistrat.
Première chambre civile de la Cour de cassation
E-mail : francoise.kamara@orange.fr

Je souhaite vous le démontrer et vous dire que nous, magistrats, sommes convaincus que les chirurgiens sont des sauveurs : il n'est que de considérer la cancérologie, la traumatologie, l'orthopédie, la cardiologie, la neurologie, l'obstétrique, l'ophtalmologie, les greffes... C'est donc avec beaucoup d'émotion et d'admiration que je me trouve devant vous.

Cicéron, qui était avocat, affirmait que le premier temps de la plaidoirie était la *captatio benevolentiae* : il convient d'obtenir la bienveillance de l'auditoire en le complimentant. Voilà, j'y ai sacrifié... sans préméditation.

Les voies de la pacification entre les acteurs concernés sont les suivantes :

- l'information, qui permet le principe de coopération entre le patient et le chirurgien : la conscience suscite la confiance ;
- la reconnaissance de l'aléa thérapeutique et la distinction de la faute pénale et de la faute civile, ces éléments ne laissant subsister que la sanction de la faute véritable, laquelle sera décelée grâce à l'intervention indispensable de l'expert.

Le devoir d'information

Le devoir d'information est absolument fondamental dans la relation praticien-patient. Il est destiné à répondre au droit de savoir dont dispose le patient.

Voyons-en le principe, la preuve et la sanction.

Le principe

A - Historiquement, L'obligation d'information du premier et le droit de savoir du second sont d'origine jurisprudentielle. Ils ont été affirmés par la Cour de cassation dès 1942 (Arrêt Teyssier, Chambre des requêtes, 28 janvier 1942). Par voie de « forçage » du contrat, le juge a recherché dans la volonté tacite des parties les obligations nécessairement induites par leur convention. C'est ainsi qu'a été dégagée la règle selon laquelle tout professionnel doit à son cocontractant les informations utiles que lui seul détient.

La Haute Cour a ainsi jugé, voici plus de soixante-dix ans, que « *comme tout chirurgien, le chirurgien d'un service hospitalier est tenu, sauf cas de force majeure, d'obtenir le consentement du malade avant de pratiquer une opération dont il apprécie, en pleine indépendance, sous sa responsabilité, l'utilité, la nature et les risques ; en violant cette obligation imposée par le respect de la personne humaine, il commet une atteinte grave aux droits du malade, un manquement à ses devoirs proprement médicaux qui constitue une faute personnelle se détachant de l'exercice des fonctions que l'Administration des hospices a qualité pour réglementer* ».

À la suite de la jurisprudence, qui constitue la réponse la plus immédiate aux aspirations populaires, de nombreux textes sont venus réaffirmer le double aspect de l'information à délivrer et du consentement à obtenir, et, notamment :

- déclarations d'Helsinki (1964) et de Tokyo (1975) ;
- préambule du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (1966) : reconnaissance de la dignité afférente à tous les membres de la famille humaine ;
- article 5 de la Convention européenne sur les droits de l'homme et la biomédecine : « *Une intervention dans le domaine de la santé ne peut être effectuée qu'après que la personne concernée y a donné son consentement libre et éclairé. Cette personne reçoit préalablement une information adéquate quant au but et à la nature de l'intervention ainsi que quant à ses conséquences et à ses risques. La personne concernée peut, à tout moment, librement retirer son consentement* » ;
- article 3-2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union

européenne : « *Dans le cadre de la médecine et de la biologie, doivent notamment être respectés : le consentement libre et éclairé de la personne concernée selon les modalités définies par la loi* » ;

- article 16-3, alinéa 2, du code civil : « *Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir* » ;
- articles L. 1111-2 et s. du code de la santé publique (CSP), issus de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé : « *Toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé...* » ;
- articles R. 4127-35 et R. 4127-36 du CSP ;
- code de déontologie médicale, art. 35 : information, art. 36 : consentement ;
- loi de 1988 sur la recherche biomédicale et loi de 1994 sur la bioéthique ;
- charte du patient hospitalisé.

B - Les patients doivent donc être traités comme aptes à comprendre et à consentir. Le patient est devenu un acteur de sa propre santé, un partenaire du médecin, susceptible de se prendre en charge. La responsabilité dans le choix du traitement chirurgical est presque partagée entre ces deux acteurs. Ainsi, à une médecine quelque peu paternaliste a succédé une relation équilibrée au sein de laquelle praticien et patient coopèrent. Cette relation exige que le médecin délivre au patient l'information à laquelle il a droit.

Et pour bien informer, il est préférable que le praticien soit formé. Dans cet esprit, le Professeur Pierre Vayre a, voici une dizaine d'années, relaté son expérience : « *C'est à nous, médecins, de faire notre propre politique et comment la faire autrement que par une information des étudiants des Universités ? Lorsque j'ai été consultant, j'ai voulu monter, à la Pitié Salpêtrière, une espèce d'enseignement. Qui ai-je eu pour ces cours ? Des infirmières, des assistantes sociales et des administratifs. Je n'ai jamais vu un seul médecin. Ils croient savoir et ils ne savent rien. Ceux qui sont là, ils savent, mais vous avez calculé les 50 000 autres qui ne savent rien et qui ne viennent pas. Sauf pour aller se plaindre qu'on leur fait du mal. Commençons par mettre de l'ordre dans notre propre boutique* ».

Fort heureusement, même s'ils n'ont pas tous suivi un enseignement spécial, les médecins savent donner l'information utile au patient... s'ils le veulent. Alors, ils doivent veiller à toujours le vouloir, sauf en cas de limites ou dispenses justifiées.

Il est jugé que le médecin est tenu de fournir à son patient « *une information loyale, claire et appropriée (1) sur les risques des investigations ou soins qu'il lui propose de façon à lui permettre d'y donner un consentement ou un refus éclairé* » (Civ. 1ère, 14 octobre 1997, Bull. n°278).

Puis, il a été précisé que « *hormis les cas d'urgence, d'impossibilité ou de refus du patient d'être informé, un médecin est tenu de lui donner une information loyale, claire et appropriée sur les risques graves afférents aux investigations et soins proposés, et il n'est pas dispensé de cette information par le seul fait que ces risques ne se réalisent qu'exceptionnellement* » (Civ. 1ère, 15 juillet 1999, Bull. n°250 ; - 9 octobre 2001, Bull. n°252). L'on peut raisonnablement estimer que ces risques doivent être énoncés dès qu'ils sont statistiquement mesurables.

Enfin, la Cour de cassation a affirmé la valeur constitutionnelle du droit à l'information : « *un médecin ne peut être dispensé de son devoir d'information vis-à-vis de son patient, qui trouve son fondement dans l'exigence du respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine, par le seul fait qu'un risque grave ne se réalise qu'exceptionnellement* » (Civ. 1ère, 9 octobre 2001, Bull. n°249).

C'est à ce stade de l'édification de la jurisprudence que la loi du 4 mars 2002 est venue confirmer que *l'information porte sur les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus* (art. L. 1111-2, alinéa 1er, du CSP ; également, art. R. 4127-35 du CSP et art. 35 du code de déontologie).

Cette information peut être donnée *sous toutes les formes*, notamment selon les bonnes pratiques recommandées par la Haute Autorité de santé. Elle est obligatoirement délivrée au cours d'un *entretien individuel* (art. L. 1111-2, alinéa 3, du CSP).

Rappelons, en tant que de besoin, qu'en matière d'actes chirurgicaux à visée esthétique, l'information doit porter non seulement sur les risques graves de l'intervention, mais aussi sur les inconvénients pouvant en résulter (Civ. 1ère, 17 février 1998, Bull. n° 67).

L'on peut souligner que le droit de savoir du patient est complété par l'accès à son dossier médical.

Enfin, pour répondre à l'inquiétude exprimée tout-à-l'heure par Me Leclère, en matière d'expérimentation et de progrès, il est bon de souligner que c'est par le biais de *l'information et du consentement préalables* que le chirurgien peut, en accord avec son patient ou les proches de celui-ci, *tenter une nouvelle approche chirurgicale* pour résoudre une difficulté particulière ou pour améliorer le processus opératoire.

C - Bien entendu, il existe des limites et des dispenses au devoir d'informer le patient.

- Le praticien n'est évidemment pas tenu de renseigner sur les risques objectivement inconnus : il faut que ces risques soient inconnus de la communauté scientifique au regard des données acquises de la science à la date de l'acte, et non du seul chirurgien. En effet, si tel était le cas, ce dernier engagerait sa responsabilité pour avoir ignoré des risques qu'il aurait dû connaître.
- À titre d'illustration, le chirurgien n'est pas responsable de ne pas avoir averti sa patiente du risque d'alopecie post-opératoire au décours d'un lifting par voie endoscopique réalisé en 1995, le risque de souffrance du cuir chevelu dans cette hypothèse étant alors réputé inexistant (Civ. 1ère, 2 octobre 2002, pourvoi n° 01-03.173).
- Un chirurgien n'est pas tenu de réussir à convaincre son patient du danger de l'acte médical qu'il demande : devant subir l'opération de la cataracte de l'œil droit, une patiente a refusé l'anesthésie générale que lui proposait l'ophtalmologiste ; après l'injection anesthésique locale est apparu un chémosis hémorragique qui a provoqué la rupture du globe oculaire ; le praticien, qui avait informé la patiente des risques d'une anesthésie locale, n'était pas tenu de réussir à convaincre sa patiente du danger de son choix (Civ. 1ère, 18 janvier 2000, Bull. n° 13).
- Il peut exister une « limitation thérapeutique » de l'information lorsque celle-ci est de nature à exercer une influence négative sur l'état du patient. De même, par humanité, le praticien peut choisir de ne pas révéler un pronostic grave, sauf le risque de contamination de tiers (Rapport annuel de la Cour de cassation).
- Enfin, le chirurgien est dispensé de l'obligation d'informer son patient sur les risques graves inhérents aux investigations ou aux soins qu'il propose en cas d'urgence, d'impossibilité ou de refus du patient d'être informé : il en est ainsi « *lorsque la nécessité de procéder à une résection endoscopique en complément d'une uréthrotomie, source du risque non révélé, s'est imposée en cours d'intervention comme une nécessité anatomique, en présence de tissus obstructifs que seules les constatations visuelles peropératoires ont permis de déceler, de sorte que le chirurgien ne pouvait*

informer son patient des risques inhérents à cet acte complémentaire sans l'exposer au risque d'une nouvelle intervention sous anesthésie générale ou locorégionale » (Civ. 1ère, 22 mai 2002, Bull. n° 142).

De même, la Convention européenne sur les droits de l'homme et la biomédecine prévoit, dans son article 10-2, le droit au refus d'être informé d'un pronostic fatal, qui ne doit, en toute hypothèse, être révélé qu'avec circonspection.

La charge et la preuve du devoir d'information

A qui ce devoir incombe-t-il ? Ceux qui doivent le remplir sont :

- le praticien prescripteur ;
- celui qui réalise la prescription : « *le médecin radiologiste qui procède à une aortographie prescrite par un autre médecin dispose de par sa qualité et ses fonctions d'un droit de contrôle sur la prescription de son confrère, et il a l'obligation d'éclairer le malade ou ses représentants des risques de l'intervention ; ce médecin engage donc sa responsabilité pour avoir procédé à une telle aortographie, qui n'était ni indispensable ni urgente, sur un mineur, sans avoir obtenu le consentement ainsi éclairé de ses parents* » (Civ. 1ère, 29 mai 1984, Bull. n° 78) ; le praticien a donc un droit et un devoir de contrôle sur la prescription de son confrère ;
- tout le personnel médical et paramédical.

Qui doit en rapporter la preuve ?

Le célèbre arrêt du 25 février 1997 (Civ. 1ère, Bull. n° 75), qui fut difficilement admis par le monde médical, procédait en réalité, enfin, à une lecture normale de l'article 1315 du code civil relativement à la preuve de la délivrance de l'information par les praticiens : selon ce texte, celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit prouver l'existence de celle-ci et celui qui s'en prétend libéré doit justifier qu'il l'a exécutée.

Ainsi, le patient doit prouver qu'il a conclu avec le praticien un contrat de soins, lequel comporte de plein droit une obligation d'information. Quant au praticien, il lui appartient de démontrer qu'il a rempli cette obligation. Avoir exigé, comme par le passé, que le patient prouvât le défaut d'information revenait à exiger de lui la *probatio diabolica*, la preuve diabolique car négative, impossible à établir.

Curieusement, il faut parfois des années de construction pour résoudre une question dont la réponse semble évidente. Ainsi, à titre d'exemple, alors que les juridictions contrôlaient depuis bientôt 100 ans le prix des prestations de services (généralistes, réparateurs automobiles...), les conventions d'honoraires conclues entre les avocats et leurs clients n'étaient pas soumises à ce contrôle. Il a fallu attendre 1998 pour qu'un premier arrêt décidât de leur appliquer le régime général des autres contrats (Civ. 1ère, 3 mars 1998, Bull. n° 85).

Comment rapporter cette preuve ?

Il est de principe, en droit, que la preuve des faits est libre. La preuve de la délivrance de l'information au patient peut donc être rapportée par *tout moyen* (art. L. 1111-2, alinéa 7, du CSP), c'est-à-dire par écrit, par témoins, par présomptions, par aveu ou par serment (procédé rare en pratique), sauf l'exigence particulière d'une preuve écrite en matière de chirurgie esthétique, d'interruption volontaire de grossesse, de stérilisation ou de recherche biomédicale.

Les présomptions sont, selon l'article 1353 du code civil, « *abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat, qui ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes* », étant précisé qu'un seul fait peut caractériser une présomption. Puisqu'elles reposent sur des éléments

factuels, elles ne sont pas définies par la Cour de cassation. En revanche, il convient que les éléments relevés par les juges du fond soient pertinents ; à défaut, leur décision serait cassée pour motifs « impropres » ou « insuffisants » à établir une présomption.

Il a ainsi été jugé que la preuve de l'exécution de l'obligation d'information incombant au chirurgien était rapportée par les éléments suivants : « *Ayant retenu à juste titre que le médecin, à qui incombe la charge de la preuve de ce qu'il a informé son patient dans les conditions prévues à l'article L. 1111-2 du code de la santé publique, peut s'en acquitter par tous moyens, et constaté qu'il résultait de l'expertise que la patiente, atteinte de séquelles après une intervention d'arthrodèse des vertèbres en janvier 2005, avait déjà subi une telle intervention par le même chirurgien avec un résultat favorable, qu'elle était suivie par lui depuis l'année 2000, que les douleurs lombaires étant réapparues en 2002, elle l'avait revu à cette époque puis à de très nombreuses reprises, avant que soit posée l'indication chirurgicale, face à la résistance de la symptomatologie au traitement médical et à la rééducation après trois années d'essai, puis relevé que chaque consultation était suivie d'une lettre du chirurgien adressée au médecin traitant, qu'il avait prescrit une IRM lombaire et que l'intervention n'avait été programmée qu'après une nouvelle consultation, les juges du fond ont estimé dans l'exercice de leur pouvoir souverain d'appréciation que les nombreuses consultations qui avaient précédé l'intervention critiquée démontraient le soin que le chirurgien avait pris pour analyser avec sa patiente, en lien avec son médecin traitant, l'ensemble des éléments de nature à fonder un choix éclairé, établissant que celle-ci avait reçu toute l'information nécessaire sur l'objectif, les conséquences et les risques prévisibles* » (Civ. 1ère, 12 juin 2012, Bull. n° 130).

Mais il faut que l'information donnée soit complète et adaptée. Ne remplit pas cette exigence le document signé par une patiente, dans lequel celle-ci « *reconnaissait notamment avoir été informée sur la nature, laquelle n'était pas précisée, de l'opération prévue, ses avantages et ses risques* », sans qu'il soit démontré que « *le chirurgien aurait explicité les risques précis de l'abdominoplastie, notamment par la remise d'une brochure exhaustive* » (Civ. 1ère, 6 février 2013, Bull. n° 10).

La cour de cassation, comme le Conseil d'Etat, retiennent souvent comme signes de l'information individuelle et adaptée, outre les fiches pré-imprimées et signées, l'entretien individuel, la pluralité d'entretiens, le délai écoulé entre la première consultation et l'intervention, les mentions portées sur la fiche tenue par le praticien (naturellement, il ne peut s'agir d'une fiche remplie après coup).

La sanction du défaut d'information

A - Le manquement au devoir d'information constitue toujours une *faute civile*, jamais une faute pénale.

Chronologiquement, il a, tout d'abord, été jugé que le défaut d'information entraînait pour le patient une perte de chance de refuser l'intervention. La réparation accordée était égale à un pourcentage du préjudice corporel subi, souverainement apprécié par les juges du fond.

Puis, à partir de 1998, il a été retenu que ce défaut ne causait aucune perte de chance s'il n'était pas prouvé que, dûment informé, le patient aurait renoncé au traitement chirurgical. Ainsi, à propos d'un homme de 47 ans qui, souffrant d'une gonarthrose évolutive du genou droit avec désaxation dont tous les traitements avaient échoué, a bénéficié d'une intervention chirurgicale ayant permis de modifier l'angle d'axation du membre inférieur, à la suite de quoi il a souffert d'un syndrome de loges dont le chirurgien n'avait pas mentionné le risque, il a été jugé : « *Bien qu'un patient n'ait pas été informé d'un risque, qui s'était réalisé, afférent à l'intervention*

chirurgicale subie, il ne justifie pas d'un préjudice résultant de la perte de la faculté qu'il aurait eue, s'il avait été informé, de refuser l'opération, dès lors que, d'une part, celle-ci, eu égard à l'échec de tous les traitements antérieurs, était indispensable, seule de nature à améliorer son état, et qu'elle avait abouti à l'amélioration escomptée, et que, d'autre part, ce patient ne souffrait du fait du risque réalisé que de troubles moindres que ceux découlant de la non-réalisation de l'intervention » (Civ. 1ère, 7 octobre 1998, Bull. n° 287).

Mais cette solution laissait sans réparation le *dommage d'impréparation du patient* à l'égard de la catastrophe survenue. Or, être informé permet de s'accoutumer au handicap et de prévoir, en cas de besoin, l'organisation de sa vie future : c'est en ce sens que la Cour de cassation juge que : « *Il résulte des articles 16 et 16-3, alinéa 2, du code civil que toute personne a le droit d'être informée préalablement aux investigations, traitements ou actions de prévention proposés, des risques inhérents à ceux-ci, et que son consentement doit être recueilli par le praticien, hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle elle n'est pas à même de consentir. Dès lors, le non-respect du devoir d'information qui en découle, cause à celui auquel l'information était légalement due, un préjudice que le juge ne peut, sur le fondement de l'article 1382 du code civil, laisser sans réparation* » (Civ. 1ère, 3 juin 2010, Bull. n° 128).

Parachevant la construction de cette solution, la Haute Cour précise que : « *Indépendamment des cas dans lesquels le défaut d'information sur les risques inhérents à un acte d'investigation, de traitement ou de prévention a fait perdre au patient une chance d'éviter le dommage résultant de la réalisation de l'un de ces risques, en refusant qu'il soit pratiqué, le non-respect, par un professionnel de santé, de son devoir d'information cause à celui auquel l'information était due, lorsque ce risque se réalise, un préjudice résultant d'un défaut de préparation aux conséquences d'un tel risque, que le juge ne peut laisser sans réparation* » (Civ. 1ère, 23 janvier 2014, Bull. n° 13). Par suite, si aucun risque ne s'est réalisé, la responsabilité du chirurgien qui a omis d'avertir le patient de l'existence des divers risques auxquels il était exposé, et qui ne se sont pas produits, ne sera pas engagée.

Le Conseil d'Etat statue de la même manière (CE, 10 octobre 2012, 5ème et 4ème sous-sections réunies, n° 350426).

B - Le défaut d'information sur une complication survenue au cours de l'intervention est souvent sanctionné par un contentieux. Pour l'éviter, il faut reconnaître et expliquer la difficulté rencontrée. **Ceci est très important** : si seulement 5 % des propos d'un orateur sont généralement retenus, vous devez retenir ce qui suit.

Il vous appartient d'informer le patient de toute difficulté, anomalie, complication, maladresse, voire faute, advenue au cours de l'intervention.

D'ailleurs, l'article L. 1142-4 du code de la santé publique dispose que toute personne victime d'un dommage imputable à l'activité de prévention, de diagnostic ou de soins doit être informée par le professionnel ou l'établissement de santé sur les circonstances et les causes du dommage, dans les quinze jours de la découverte du dommage ou de sa demande.

Il est largement préférable *d'informer spontanément* : il s'agit de désamorcer le conflit. Aux USA, où les poursuites contre les praticiens sont redoutables, le chirurgien se tient au pied du lit du patient à son réveil pour lui expliquer les difficultés survenues : c'est la *bedside manner*. Et cela fonctionne : nombre de procès sont ainsi épargnés.

Pourquoi ? Parce qu'en reconnaissant sa faute, le praticien n'est plus perçu comme l'égal de Dieu. Il devient humain, comme le patient lui-même, et presque plus faible que le patient. Il a besoin de sa protection, de son pardon. Et le patient que l'on a traité en adulte, à qui l'on a expliqué, auquel on a exprimé des regrets, comprend et pardonne. D'où,

pas de plainte pénale, pas de procès civil : une conciliation. Bien entendu, il faut d'abord avoir averti son assureur. D'autres facteurs de l'apaisement des relations praticien-patient et praticien-juridictions résident, d'une part, dans la reconnaissance de l'aléa thérapeutique, qui exclut le recours à la notion de faute, d'autre part, dans la distinction des fautes pénales et civiles.

La faute, la reconnaissance de l'aléa thérapeutique et la distinction des fautes pénales et civiles

La notion de faute

Rappelons que la responsabilité du médecin est une notion très ancienne. Elle avait été prévue par le code de Hammurabi, plus de 1750 ans avant notre ère. De même, la loi des XII Tables à Rome (450 avant J.C.) énonçait que la faute commise par le chirurgien engageait sa responsabilité :

« Si un médecin traitant un homme libre pour une grave affection au moyen d'un bistouri, provoque la mort de cet homme ou bien si, en ouvrant le *nakaptu* (abcès ou cataracte) au moyen du bistouri, il fait perdre son œil, on coupera la main du médecin ».

En France, c'est en 1835 que, pour la première fois, a été prononcée la condamnation d'un médecin accoucheur pour maladresse. Pour contourner la difficile application de la faute pénale, la Cour de cassation a alors retenu la responsabilité « délictuelle » civile de l'obstétricien, en visant les articles 1382 (*Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer*) et 1383 du code civil (*Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou son imprudence*).

Et, en 1936, la Haute Cour a substitué à la responsabilité délictuelle civile, la *responsabilité contractuelle*, ce qui lui a permis de retenir la prescription de 30 ans au lieu de la prescription de 3 ans, qui s'appliquait en raison de l'identité entre la faute pénale et la faute civile. L'affaire concernait une femme souffrant d'une radiodermite des muqueuses de la face après le traitement par rayons X d'une affection nasale : « *Il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat comportant, pour le praticien, l'engagement, sinon, bien évidemment, de guérir le malade, ce qui n'a d'ailleurs jamais été allégué, du moins de lui donner des soins, non pas quelconques, ainsi que paraît l'énoncer le moyen du pourvoi, mais consciencieux, attentifs et, réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science. La violation, même involontaire, de cette obligation contractuelle, est sanctionnée par une responsabilité de même nature, également contractuelle. L'action civile, qui réalise une telle responsabilité, ayant ainsi une source distincte du fait constitutif d'une infraction à la loi pénale et puisant son origine dans la convention préexistante, échappe à la prescription triennale de l'art. 638 du code d'instruction criminelle* » (Cass. ch. civile, 20 mai 1936).

Evidemment, les « données acquises de la science » sont souvent discutées. Les références médicales optimales, discutées dans les conférences de consensus, sont également prises en considération. Et, bien sûr, les experts jouent un rôle souvent déterminant dans la recherche de ces données afin d'éclairer le juge.

Rappelons que, depuis la loi du 4 mars 2002, la prescription de la responsabilité civile ou administrative médicale est de 10 ans à compter de la consolidation du dommage (art. L. 11142-28 du CSP).

La faute médicale s'apprécie *in abstracto*, par référence au comportement d'un bon praticien de la même spécialité,

placé dans les mêmes circonstances. Par suite, la maladresse est tenue pour fautive.

Mais l'erreur est-elle fautive ? Il existe, parfois, un certain malentendu entre le médecin et le juriste à cet égard. Mais, normalement, l'erreur n'est pas fautive, elle est « excusable », notamment en matière de diagnostic.

Sont donc retenues comme fautes :

A - Faute dans le diagnostic : il s'agit de l'hypothèse où le praticien ne s'est pas entouré de toutes les précautions et méthodes scientifiques les mieux adaptées ; est également fautif le retard dans le diagnostic.

Mais le médecin n'est pas lié par le diagnostic établi antérieurement par son confrère : « *Un médecin, tenu, par l'article R. 4127-5 du code de la santé publique, d'exercer sa profession en toute indépendance, ne saurait être lié par le diagnostic établi antérieurement par un confrère, mais doit apprécier, personnellement et sous sa responsabilité, le résultat des examens et investigations pratiqués et, le cas échéant, en faire pratiquer de nouveaux conformément aux données acquises de la science* » (il s'agissait du diagnostic de sarcome utérin posé dès 2002 par un premier praticien, qui avait recommandé une hystérectomie, cette opération ayant été retardée par la patiente jusqu'en 2004 au vu du diagnostic erroné moins sévère posé par le second praticien au vu de résultats différents de l'anatomopathologie : Civ. 1ère, 30 avril 2014, Bull. n°77).

B - Faute dans la prescription ou dans le choix thérapeutique : notamment dans l'indication opératoire, ou dans le choix d'opérer dans un établissement insuffisamment équipé.

C - Faute technique : dans la réalisation de l'intervention elle-même ; inattention, maladresse, négligence, imprudence ; il conviendra de prouver que le praticien a manqué à son obligation de moyens ; en particulier, la faute peut résider dans l'omission de faire réaliser des examens complémentaires préopératoires (biopsie, radiographie, étude du gaz dans le sang...).

D - Faute en matière de mise en place de matériel, notamment prothétique :

Il a été jugé, pendant plusieurs décennies, que le chirurgien était tenu d'une obligation de sécurité de résultat : « *le contrat formé entre le patient et son médecin met à la charge de ce dernier, sans préjudice de son recours en garantie, une obligation de sécurité de résultat en ce qui concerne les matériels qu'il utilise pour l'exécution d'un acte médical d'investigation ou de soins* » (par exemple : Civ. 1ère, 9 novembre 1999, Bull. n°300). Il ne pouvait s'exonérer de sa responsabilité qu'en démontrant l'existence d'une cause étrangère.

Mais la Cour de cassation vient de décider, à l'inverse, que la responsabilité du chirurgien du fait d'une prothèse défectueuse, posée en décembre 1999, supposait la preuve de sa faute. Dans cette affaire où, dans les suites de la cure d'une hernie inguinale, une prothèse de testicule avait éclaté lors d'une partie de tennis, la Haute Cour a jugé que : « *Eu égard aux objectifs et à l'économie de la Directive 85/374/CEE du 25 juillet 1985 modifiée, transposée aux articles 1386-1 à 1386-18 du code civil, et à l'interprétation qu'en a donné la Cour de justice de l'Union européenne, la responsabilité des prestataires de services de soins, qui ne peuvent être assimilés à des distributeurs de produits ou dispositifs médicaux et dont les prestations visent essentiellement à faire bénéficier les patients des traitements et techniques les plus appropriés à l'amélioration de leur état, ne relève pas, hormis le cas où ils en sont eux-mêmes les producteurs, du champ d'application de la Directive et ne peut, dès lors, être recherchée que pour faute lorsqu'ils ont recours aux produits, ma-*

tériels et dispositifs médicaux nécessaires à l'exercice de leur art ou à l'accomplissement d'un acte médical, pourvu que soit préservée leur faculté et/ou celle de la victime de mettre en cause la responsabilité du producteur sur le fondement de ladite Directive lorsque se trouvent remplies les conditions prévues par celle-ci » (Civ. 1ère, 12 juillet 2012, Bull. n°165). Il peut être remarqué qu'au regard de leur date, les faits susdits n'étaient pas soumis aux dispositions de l'article L.1142-1 du CSP, issues de la loi du 4 mars 2002, qui disposent que « hors le cas où leur responsabilité est encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé, les professionnels de santé [...] ne sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute ».

Pour sa part, le Conseil d'Etat qui avait jugé, dans une affaire relative à la défaillance d'un respirateur artificiel, que « sans préjudice d'éventuels recours en garantie, le service public hospitalier est responsable, même en l'absence de faute de sa part, des conséquences dommageables pour les usagers de la défaillance des produits et appareils de santé qu'il utilise » (CE, 9 juillet 2003), a récemment réitéré cette solution : « Le service public hospitalier est responsable, même en l'absence de faute de sa part, des conséquences dommageables pour les usagers de la défaillance des produits et appareils de santé qu'il utilise » (CE, 12 mars 2012, CHU de Besançon, req. n°327449).

L'on ne peut donc que constater la divergence actuelle des solutions arrêtées par la Cour de cassation et par le Conseil d'Etat.

E - Faute dans la surveillance post-opératoire : manquement à l'obligation générale de prudence et de diligence, à la nécessaire adaptation du traitement, à la mise en œuvre de recherches ou d'investigations complémentaires.

F - Faute dans le diagnostic des complications post-opératoires.

Ici prend place le chaînage des responsabilités, en raison de la succession des praticiens, imposée notamment par la directive européenne sur le temps de travail. Du fait de l'obligation de repos de sécurité après une garde, il n'est plus permis à un praticien d'assurer seul la continuité des soins.

Il faut donc réaliser une bonne communication et une coopération efficace entre les membres d'une équipe chirurgicale, en veillant à la transmission complète des informations (art. 64 du code de déontologie).

G - Infections nosocomiales : deux régimes successifs se sont appliqués :

- avant la loi du 2 mars 2002 : obligation de sécurité de résultat ; la faute était présumée pour la contamination exogène ou endogène ;
- depuis cette loi, pour les interventions réalisées à compter du 5 septembre 2001 : la responsabilité du chirurgien n'est engagée qu'en cas de faute (à la différence de l'établissement de santé, qui reste soumis à l'obligation de sécurité de résultat, dont il ne peut s'exonérer qu'en démontrant l'existence d'une cause étrangère : art. L. 1142-1, alinéa 2, du CSP).

Mais, au-delà de ces fautes médicales, il existe désormais un système longtemps espéré d'indemnisation du risque thérapeutique.

L'indemnisation de l'aléa thérapeutique

Comme le disait un vieil auteur : « en mathématiques, il faut une lente appropriation des concepts ». Cette règle se vérifie dans tous les domaines. Ainsi, la réparation de l'accident médical non fautif a fait l'objet, pendant trente ans, d'une dizaine de propositions de loi d'origine parlementaire, émanant tant de députés que de sénateurs.

Et c'est, finalement, le 4 mars 2002 qu'a été votée la loi relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, dite Kouchner, instituant l'indemnisation de l'aléa thérapeutique : « 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 » - schématiquement, IPP supérieure à 24 % et diverses autres incapacités temporaires ou définitives (article L. 1142-1 du CSP).

Récemment, pour distinguer l'aléa thérapeutique de la faute, la Cour de cassation a retenu que l'atteinte, par un chirurgien, à un organe ou une partie du corps du patient que son intervention n'impliquait pas, est fautive, en l'absence de preuve, qui lui incombe d'une anomalie rendant l'atteinte inévitable ou de la survenance d'un risque inhérent de cette intervention qui, ne pouvant être maîtrisé, relèverait de l'aléa thérapeutique (Civ. 1ère, 20 mars 2013, n°12-13900).

En outre, à l'occasion du décès d'une patiente, des suites d'un malaise cardiaque provoqué, juste avant l'anesthésie préalable à une intervention de liposuction, par l'injection de deux produits sédatifs, la Haute Cour a précisé que « les actes de chirurgie esthétique, quand ils sont réalisés dans les conditions prévues aux articles L. 6322-1 et L. 6322-2 du code de la santé publique, ainsi que les actes médicaux qui leur sont préparatoires, constituent des actes de soins au sens de l'article L. 1142-1 du même code » et relèvent donc de l'indemnisation par l'ONIAM (Civ. 1ère, 5 février 2014, Bull. n° 21).

**** NB :** Néanmoins, le nouvel article L. 1142-3-1 du code de la santé publique, issu de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2015 du 22 décembre 2014, dispose que le dispositif de réparation au titre de la solidarité nationale n'est pas applicable aux demandes applicables aux demandes, postérieures au 31 décembre 2014, d'indemnisation de dommages imputables à des actes dépourvus de finalité préventive, diagnostique, thérapeutique ou reconstructrice, y compris dans leur phase préparatoire ou de suivi.

Par suite, il appartiendra à la jurisprudence de définir les actes dépourvus de finalité thérapeutique ou reconstructrice. Rappelons qu'avant l'entrée en vigueur de la loi précitée du 4 mars 2002, le juge judiciaire n'indemnisait pas l'aléa thérapeutique, tandis que le Conseil d'Etat avait exceptionnellement admis la responsabilité du service public hospitalier en cas de réalisation d'un risque exceptionnel ayant entraîné des dommages d'une extrême gravité (CE, Ass., 9 avril 1993, arrêt Bianchi, req. n°69336).

Désormais, la solidarité nationale répare les préjudices assez graves causés par un accident inhérent à un traitement médical ou chirurgical, dans le secteur public comme dans le secteur privé.

Par suite, il est plus aisé pour les juridictions de ne pas retenir l'existence d'une faute du praticien comme elles pouvaient être tentées de le faire à seule fin de permettre l'indemnisation d'une situation dommageable liée à la réalisation d'un acte thérapeutique.

En outre, la nouvelle indemnisation fait une large place à un processus amiable et assez rapide.

C'est dans ces circonstances que l'on peut constater que les relations sont apaisées entre le patient, le praticien et le juge.

De même, le fait d'avoir différencié le régime des fautes pénales et civiles a contribué à cet apaisement.

La distinction des fautes pénales et civiles

L'abandon du principe de l'unicité de la faute pénale et de la faute civile était nécessaire : la relaxe pénale du praticien du chef du délit d'homicide ou de coups et blessures involontaires interdisait au juge civil de réparer le dommage de la victime sur le fondement d'une faute civile d'imprudance.

Par suite, les juridictions pénales, lorsqu'elles étaient saisies, pouvaient être incitées à retenir une faute pénale pour ne pas priver la victime de toute réparation (les infractions volontaires sont hors de notre propos, car elles justifient toujours une poursuite pénale).

La loi du 10 juillet 2000 a procédé à cette séparation des deux types de faute, énonçant que *l'absence de faute pénale non intentionnelle ne fait pas obstacle à l'exercice d'une action devant les juridictions civiles afin d'obtenir la réparation d'un dommage sur le fondement de l'article 1383 du code civil si l'existence de la faute civile prévue par cet article est établie*.

Par suite, la relaxe pénale et la prescription triennale de l'action pénale sont à présent sans effet sur l'action en indemnisation devant le juge civil pour une faute d'imprudance ou de négligence, dans un délai de prescription de dix ans à compter de la consolidation.

Rappelons que la faute pénale est caractérisée en cas de maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de prudence ou de sécurité, et que les peines sont aggravées en cas de violation manifestement délibérée d'une telle obligation. Les affaires pénales parvenues à la Cour de cassation au cours des cinq dernières années sont en faible nombre : quinze, soit trois par an pour toute la France et... elles étaient vraiment méritées. Les poursuites pénales représentent, généralement, environ 1 % des réclamations amiables et judiciaires contre les médecins.

Pour le reste, les actions civiles fondées sur une faute d'imprudance ou de négligence, qui sont nettement plus nombreuses, conduisent, en France, à une réparation juste et raisonnable des préjudices des victimes. Mais nous savons que, malheureusement, ces actions sont très durement ressenties par les praticiens.

Avant de conclure, devant les nombreux experts présents, je souhaiterais souligner **l'importance de l'expertise**.

En 1999, le Master of the Rolls, qui est Head of Civil Justice, a souhaité voir rapprocher la procédure britannique de la procédure française, plus efficiente. Traditionnellement, chaque partie disposait d'un rapport de l'expert choisi par elle et le juge confrontait tous les rapports pour apporter une solution au conflit. La procédure était lourde et coûteuse. Il a donc été introduit, sur l'autre rive de la Manche, la possibilité pour le juge de recourir à un seul expert, désigné par les responsables des secteurs professionnels concernés. Depuis lors, les Britanniques s'aperçoivent que contredire les conclusions de l'expert unique désigné à la demande du juge est presque impossible, car cet avis unique semble s'imposer comme objectif et impartial, alors que les avis de chacun des experts choisis par les parties pouvaient être plus aisément discutés.

Je dois bien reconnaître que la situation est la même en France : l'avis de l'expert est bien souvent déterminant. C'est dire, mais vous le savez, que l'expert doit être éminemment scrupuleux et rigoureux, tant son opinion est fondamentale pour la compréhension technique du dossier par les magistrats et pour leurs décisions.

Conclusion

Nous sommes toujours le 3 mars 2003 et je m'inspire toujours des sages paroles de vos Grands Anciens, qui demeurent d'une parfaite actualité.

C'est le Professeur Vayre qui s'exprime : « *Le chirurgien n'est plus le thaumaturge défié qui faisait ce qu'il voulait, drapé*

dans sa toge. C'est fini. Nous sommes des êtres comme les autres et nous devons accepter la critique. Et, pour mieux l'accepter, nous devons la faire nous-mêmes à l'avance et, déjà quand on aura acquis cet état d'esprit, beaucoup de difficultés tomberont ».

Ainsi, comme le dit l'un des vôtres, le chirurgien est souvent sauveur, parfois coupable, mais toujours responsable dans l'exercice de son art.

Bibliographie

1. Hureau J, Poitou D. L'Expertise médicale - en responsabilité médicale et en réparation d'un préjudice corporel. - Masson Editeurs Paris 2005.
2. Hureau J, Chouard CH (au nom d'un groupe de travail de la Commission XVII – Éthique et droit). Compétence scientifique et technique de l'expert et qualité de l'expertise en responsabilité médicale. Bull. Acad. Natle Méd. 2011;195(7):1729-32. séance du 18 octobre 2011.