

Les aspects médico-légaux du « No Go » en chirurgie orthopédique

Medico-legal Consequences of the No Go Procedure in Orthopedic Surgery

H Coudane [1,2], JL Danan [2], M Mangin [3], V Seivert [2,3], B Py [2,4], J Leonhard [5]

1. PU PH Chef de service ATOL - 29, av du Maréchal de Lattre de Tassigny - 54035 Nancy.

2. Ph D Équipe Universitaire Faculté de médecine de Nancy - Université de Lorraine - 9, avenue de la Forêt de Haye - 54500 Vandœuvre les Nancy.

3. CCA service ATOL - 29, av du Maréchal de Lattre de Tassigny - 54035 Nancy.

4. Professeur de droit privé et sciences criminelles - IFG-ISCRIMED EA 7301 - Université de Lorraine - 13 place Carnot - 54035 Nancy.

5. MCU droit Faculté de droit de Nancy - Université de Lorraine - 13 place Carnot - 54035 Nancy.

Mots clés

- ◆ Chirurgie orthopédique
- ◆ Complications
- ◆ Droit médical
- ◆ Consentement du patient
- ◆ Information pré opératoire

Résumé

Le No Go permet l'arrêt d'une procédure chirurgicale entre l'entrée du patient au bloc opératoire et avant la réalisation de l'incision. Le patient peut alors engager à l'encontre du chirurgien et/ou de l'établissement de soins une demande de réparation du préjudice subi. Sur le plan pénal la qualification infractionnelle reste difficile à établir ; sur le plan civil le patient (ou son conseil) pourra toujours soulever le défaut d'information à partir du moment où il aura été tenu ignorant de ce type de procédure dans le cadre de la l'information pré opératoire qui est obligatoire en chirurgie réglée.

Keywords

- ◆ Orthopedic surgery
- ◆ Complications
- ◆ Health laws
- ◆ Consent of patient
- ◆ Patient's information

Abstract

Used in aeronautics "No Go" allows stopping proceedings of take-off; by assimilation in surgery No Go allows to stop of the management of the patient between his arrival in the operating block and the realization of the surgical approach. The French Code of Public Health explicitly imposes pre-operative information, so that patient can make a serene decision. Actually many surgeons are sentenced by court of justice according to a poor or bad or incomplete preoperative information which is mandatory since a famous law published on 4 March 2002. In case of realization of a "No Go process", lawyer of the patient can lodge a complaint on the penal or civil court of justice when the patient was not warned of this procedure.

1. Introduction

Le terme « No Go » est utilisé en aéronautique pour stopper le décollage d'un avion lorsque les éléments clé de la procédure ne sont pas réunis. Par assimilation en chirurgie le « No Go » correspond à l'arrêt de la procédure chirurgicale prévue entre l'entrée du patient au bloc opératoire et avant la réalisation de l'incision.

L'organisme d'accréditation des chirurgiens orthopédistes (Orthorisq) a effectué un sondage via internet auprès de 2000 chirurgiens orthopédistes démontrant que l'incidence et la fréquence sont importantes et que la « récurrence » du processus No Go est loin d'être négligeable (1).

Correspondant à un événement porteur de risque (EPR), ou selon la nouvelle dénomination de la HAS, à un EIAS

(événement indésirable associé aux soins) le No GO peut être source d'une demande en réparation du patient qui en est victime.

2. La mise en jeu de la responsabilité

Cette mise en jeu ne revêt aucun caractère particulier par rapport à la mise en jeu médico-légale du chirurgien ou de l'établissement. Le patient peut engager une procédure contre le chirurgien et/ou l'établissement de soins soit sur le plan civil (ou administratif), sur le plan pénal ou auprès d'une commission de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux (CCI) et accessoirement auprès de la commission disciplinaire de première instance du conseil régional (ou inter régional) de l'ordre des médecins.

Correspondance :

Henry Coudane, Équipe Universitaire Faculté de médecine de Nancy - Université de Lorraine - 9, avenue de la Forêt de Haye - 54500 Vandœuvre les Nancy.

E-mail : h.coudane@chru-nancy.fr

Disponible en ligne sur www.academie-chirurgie.fr

1634-0647 - © 2016 Académie nationale de chirurgie. Tous droits réservés.

DOI : 10.14607/emem.2016.1.070

2-1. Sur le versant pénal

2-1-1. En dehors des qualifications classiques (coups et blessures involontaires) il faut relever la possibilité pour le patient de soulever dans le cas particulier du NO GO la possibilité de la mise en danger d'autrui prévue par l'article 121-3 du code pénal.

« *Le fait d'exposer directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement est puni d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende.* »

Il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait.

Ainsi, les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter, sont responsables pénalement s'il est établi qu'elles ont, soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer.

2-1-2. Pour que le délit de mise en danger d'autrui prévu par l'article 121-3 soit constitué, plusieurs éléments doivent être réunis

2-1-2-1. Un danger évident et connu

Les juges doivent pouvoir constater que l'auteur de l'infraction (*a priori* le chef d'établissement) a eu conscience du danger créé et a pu envisager la possibilité d'un accident, même si, bien entendu, il n'en a pas souhaité la réalisation.

Autrement dit, le risque doit être absolument évident et il faut être en mesure de prouver qu'il était connu par les responsables de l'établissement ou de la clinique. Si devant les juridictions civiles, il suffit de démontrer que l'employeur (public ou privé) aurait dû savoir. Il convient, devant les juridictions pénales, de prouver concrètement que l'employeur savait et qu'il s'est abstenu de toute action destinée à traiter le risque.

2-1-2-2. Une exposition directe

Il faut établir que l'exposition au risque a été directe. Elle doit résulter d'une décision, explicite ou implicite, du chef d'établissement public ou privé dans l'exercice de son pouvoir d'organisation des soins. Le seul fait que des salariés (publics) ou le chirurgien (libéral) se trouvent brusquement confrontés à un risque ne suffit donc pas pour caractériser l'infraction.

2-1-2-3. Un risque de mort ou de blessures

Par ailleurs, le législateur désigne le risque comme devant être immédiat et susceptible, en cas de réalisation, d'entraîner la mort ou une mutilation ou encore une infirmité permanente. En d'autres termes, le dommage envisagé, même s'il est important, doit au moins être susceptible de laisser des séquelles définitives à la victime.

En pratique, cela signifie que le délit de mise en danger d'autrui peut être constitué dès lors que le taux d'incapacité permanente partielle (IPP) résultant d'un éventuel dommage est susceptible d'être élevé ou a fortiori a entraîné la mort.

2-1-2-4 En résumé : sur le plan pénal la victime d'un NO GO peut soulever l'article 121-3 du Code pénal mais la « démonstration juridique » reste très contraignante

La responsabilité pénale (6) suppose en effet la réunion de trois critères : une faute, un dommage corporel subi par le patient, et un lien de causalité certain entre la faute et le dommage. L'absence d'un de ces trois éléments fait échapper à toute responsabilité pénale. Enfin sur le plan procédural les

parquets peuvent faire demander une expertise sur dossier médical sans convocations des parties et « *les juges d'instruction n'étant pas assez nombreux l'instruction à charge et à décharge se raréfie en matière de contentieux de responsabilité des professionnels et établissements de santé (Lucas-Baloup) (2).* »

La tâche de l'expert désigné dans la procédure pénale sera par ailleurs difficile car il devra démontrer le caractère bijectif direct et constant entre la prise en charge et la réalisation du préjudice. Actuellement la jurisprudence ne permet pas de retrouver de jugements ou arrêts concernant le No go. Toutefois l'enquête menée par Orthorisq montre que dans deux cas ayant eu pour conséquence du No Go la mort du patient des instructions pénales sont en cours (1).

2-2 sur le versant civil

2-2-1 La mise en jeu de la responsabilité du praticien et ou des établissements ne revêt pas dans les cas du No Go de caractéristiques particulières à partir du moment où le patient apporte la preuve qu'il a subi un préjudice. La loi du 04 mars 2002 (5) sur le droit des malades a schématiquement restauré le principe de la responsabilité pour faute, en dehors des cas où le dommage du patient est dû au fait d'autrui, ou à un produit de santé. L'article L. 1142-1 du Code de la Santé Publique précise que « *Hors les 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.* »

Toutefois dans le cadre de l'information préopératoire il faut constater que le no go ne fait pas toujours partie des éléments portés à la connaissance du patient. On sait que le devoir d'informer l'information a désormais un fondement légal et non plus contractuel et que cette obligation d'information constitue depuis la loi du 4 mars 2002 (5) un véritable droit du patient. Ainsi, l'article L. 1111-2 dispose que « *Toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé. Cette 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. Lorsque, postérieurement à l'exécution des investigations, traitements ou actions de prévention, des risques nouveaux sont identifiés, la personne concernée doit en être informée, sauf en cas d'impossibilité de la retrouver. Cette information incombe à tout professionnel de santé dans le cadre de ses compétences et dans le respect des règles professionnelles qui lui sont applicables. Seules l'urgence ou l'impossibilité d'informer peuvent l'en dispenser* » (3).

2-2-2 Il faut enfin rappeler l'arrêt du 3 juin 2010 de la 1ère chambre civile de la cour de cassation, qui a affirmé que le non-respect du devoir d'information cause à celui auquel l'information était légalement due un préjudice en vertu de l'article 1382 du code civil que le juge ne peut laisser sans réparation... Dès lors cet arrêt, par rapport à la réparation qui avait un fondement contractuel, adopte comme fondement la violation d'une obligation légale découlant notamment de l'article 16-3 du code civil qui pose le principe d'un droit personnel à être informé et associé pleinement aux décisions portant atteinte à l'inviolabilité du corps humain, en totale indépendance de la notion de perte de chance (3).

Un autre arrêt de cette même Cour de cassation du 23 janvier 2014 a corrigé l'arrêt du 2 juin 2010 qui permettait de voir un patient indemnisé alors qu'il n'avait subi aucun préjudice L'application au No Go de ce revirement jurisprudentiel laisse le champ ouvert à de nombreuses plaidoiries puisqu'il permet théoriquement au patient d'être indemnisé sans qu'il n'ait

subi aucun préjudice. Il faut maintenant attendre les décisions des juridictions de fond vis-à-vis du No Go...

2-3 Les Commissions de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux (CCI)

2-3-1 Les Commissions de Conciliation et d'Indemnisation des Accidents Médicaux des Affections Iatrogènes et des Infections Nosocomiales (CCI) sont indépendantes de l'ONIAM. Présidées par un magistrat, ces commissions sont composées (outre le président) de membres représentant les usagers, les professionnels de santé, les établissements de santé, les assureurs, l'ONIAM, ainsi que de personnalités qualifiées. Elles se réunissent en moyenne une fois par mois.

2-3-2 Les CCI ont pour mission de favoriser la résolution des conflits entre usagers et professionnels de santé par la conciliation, directement ou en désignant un médiateur et de permettre l'indemnisation des victimes d'accidents médicaux dont le degré de gravité est supérieur au seuil fixé par le décret du 4 avril 2003 et des victimes d'un accident médical grave, ayant pour origine un acte de prévention, un acte de diagnostic ou un acte thérapeutique, à condition que l'acte en cause soit postérieur au 4 septembre 2001. Les actes de chirurgie esthétique ne font pas partie du dispositif et ne sont donc pas susceptibles de faire l'objet d'une indemnisation.

2-3-3 En pratique il faut que la procédure « No Go » entraîne un préjudice avec un taux d'IPP supérieur à 24 % et/ou des conditions précises d'arrêt des activités professionnelles liées directement au No Go. Il est nécessaire de rappeler que les décisions rendues par les CCI ne s'imposent pas aux juridictions civiles et administratives.

3° Que doit-on faire et ne pas faire en cas de No Go ?

3-1 Prévenir le patient

La première chose à faire est de prévenir le patient de l'existence de cette procédure et donc de la réalisation possible la d'un No Go ne serait-ce que parce que l'information revêt un caractère obligatoire (4) et doit être continue (7) ... et enfin tracée dans le dossier médical du patient. Il est encore mieux de la réitérer en dehors du bloc opératoire au calme et dans la sérénité...Le chirurgien doit prévenir son assureur en responsabilité (exercice libéral) et procéder à une déclaration EIAS. En fonction de chaque cas particulier il doit, avec le patient, programmer l'intervention. Toute la procédure est identifiée sur le site de la HAS. Dans quelques cas particuliers il faut aussi procéder à une revue de morbidité et de mortalité (RMM) qui est une analyse collective, rétrospective et systémique de cas marqués par la survenue d'un décès, (Orthoriscq

(1) a rapporté 3 décès à la suite de No Go) d'une complication, ou d'un événement qui aurait pu causer un dommage au patient, et qui a pour objectif la mise en œuvre et le suivi d'actions pour améliorer la prise en charge des patients et la sécurité des soins.

3-2 Éviter la récurrence

Il faut éviter la « récurrence » du No Go et revoir toutes les chaînes des procédures utilisées : le taux de récurrence d'un No Go n'est pas négligeable (1) quelques chirurgiens orthopédistes ayant rapportés dans leur expérience 2 voire 3 procédures de No Go ...

3-3 Ne pas masquer la complication

Il ne faut surtout pas masquer de quelque façon que ce soit cette complication, en faire porter la responsabilité à un autre membre de l'équipe (anesthésiste, personnel paramédical) ou à l'administration de l'établissement de soins qu'il soit public ou non. Il est par ailleurs totalement déconseillé au chirurgien de tenter de trouver directement avec le patient un terrain de « conciliation » ...

4 Conclusions

Le No Go est un EIAS dont la survenue est fréquente dans l'exercice de la chirurgie orthopédique et dont la récurrence n'est pas rare. En dehors de cas exceptionnels, le préjudice pour le patient est minime mais les moyens juridiques de mise en jeu de la responsabilité du praticien sont multiples en particulier sur le plan civil. Le No go est une procédure de sécurité dans la prise en charge du patient et ne pas l'utiliser constituerait alors un « No No Go » c'est-à-dire une erreur voire une faute dont les conséquences médico légales seraient probablement beaucoup plus graves que celles engendrées par le No Go lui-même.

Bibliographie

1. Benfrench E. Le « No Go » en chirurgie orthopédique. E-Mem Acad Natle Chir. À paraître.
2. Lucas-Baloup I. « L'expert peut-il avoir tort ? » Lucas-Baloup Avocats à la Cour. La lettre du cabinet Jan 2016 1-7.
3. Lucas-Baloup I. Information du patient : encore un revirement de la jurisprudence (<http://www.gyneco-online.com>).
4. Article L1111-2 du code de la santé publique.
5. Loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.
6. Vialla F. Comparaison des jurisprudences rendues en matière de responsabilité pour défaut d'information. Médecine et Droit. 2013;120:57-64.
7. Ponselle A. La qualification de délit de risques causés à autrui de l'article 223-1 du Code pénal revisitée par la Chambre criminelle. Revue Droit & santé. 2011;39:63-7.

Conflits d'intérêts

Les auteurs ne déclarent aucun conflit d'intérêt dans la réalisation de ce travail.