

Mise en jeu de la responsabilité chirurgicale pénale : Quelle indemnisation ?

Setting Up Criminal Surgical Responsibility: What Compensation?

Alain Legoux

Premier Avocat Général de la Cour de Cassation.

Résumé

L'élargissement du domaine du droit et notamment celui des patients, étend et transforme l'exercice de la médecine. Il n'y a, cependant, pas de droit pénal propre à l'activité médicale. L'obligation qui s'impose au médecin est toujours de mettre en œuvre des soins « conformes aux données acquises de la science ».

Mots clés

- ◆ Responsabilité chirurgicale
- ◆ Droit pénal
- ◆ Expertise médicale
- ◆ Discipline médicale
- ◆ Erreur de diagnostic

Abstract

The expansion of the law discipline, particularly that of patients, extends and transforms medical practice. However, there is no criminal law specific to the practice of medicine. The obligation imposed on the physician is always to provide healthcare "in accordance with the data acquired from science" (Evidence Based Medicine).

Keywords

- ◆ Surgical responsibility
- ◆ Criminal law
- ◆ Medical expertise
- ◆ Law discipline
- ◆ Medical mistake

Correspondance

Maître Alain Legoux

Premier Avocat Général de la Cour de Cassation.

E-mail : alainlegoux@icloud.com

Notre société connaît dans la période contemporaine un élargissement du domaine du droit. Dans le système de santé cette extension se manifeste de façon multiforme.

D'un côté, la médecine est utilisée au-delà des limites thérapeutiques pour régler des domaines dont elle n'est pas l'enjeu premier : par exemple la santé dans les relations du travail, dans les politiques publiques (tabac, alcool, conduite automobile, etc.) ou encore dans l'environnement ou l'assurance.

D'un autre côté, le patient perd un « état » pour acquérir un « statut ». Dans la loi du 4 mars 2002 (relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé) le patient est un usager du système de santé. Avec sa prescription médicamenteuse, il devient un consommateur de produits de santé et gagne un « statut » proche de celui du consommateur de produits courants. Les victimes d'effets secondaires indésirables perdent leur « état » de victime pour accéder à un « statut » de victime. Un statut, c'est le bénéfice de pouvoir exercer des droits.

Ces droits nouveaux

Ils sont mis en œuvre de manière croissante, entraînant les professionnels de santé dans une relation juridique, voire pénale. Cela s'est fait progressivement au cours du XIX^e siècle, mais deux arrêts de la Cour de cassation, les arrêts Mercier et Teyssier de 1936 et 1942, ont servi de fondement au droit appliqué actuel.

Les droits nouveaux des patients comme les obligations du médecin sont constamment dans une recherche d'équilibre.

Dans l'arrêt Mercier du 20 mai 1936 il s'agit d'un traitement radiologique qui a entraîné une radiodermite des muqueuses de la face. La patiente a attaqué son médecin en dommages-intérêts et l'affaire a donné à la Cour de cassation l'occasion d'établir plusieurs principes.

Tout d'abord, elle donne à la relation médecin/patient une nature juridique contractuelle, c'est-à-dire civile et non pénale. Tenant compte de l'évolution constante des techniques et pratiques médicales et de l'aléa inhérent à la nature humaine, elle n'impose pas au médecin une obligation de résultat de guérison, mais de pratiquer des soins « conformes aux données

acquises de la science ». C'est une obligation de moyens. Cela signifie que pourvu qu'il soigne en suivant les « données acquises de la science » pour employer l'expression de la Cour de cassation, ou les « connaissances médicales avérées » pour reprendre celle du code de la santé publique, on ne peut lui reprocher de ne pas guérir.

Depuis, s'est développée une nouvelle forme de responsabilité du médecin qui relève d'une obligation de résultat, c'est l'obligation de sécurité au titre du matériel et des produits qu'il utilise. Le chirurgien doit répondre des appareils, produits et instruments qu'il utilise par une obligation de résultat. Une affaire jugée le 22 novembre 2007 par la première chambre de la Cour de cassation (N° 05-20.974) le rappelle *a contrario* en exonérant le chirurgien, c'est l'affaire des gants en latex. Une patiente fait une réaction allergique grave à la suite du contact avec le latex des gants et attaque le chirurgien. Mais, après qu'il eut été constaté que les gants utilisés étaient exempts de tout vice et que le praticien n'avait commis aucune faute, celui-ci est mis hors de cause. Si les gants avaient été défectueux, la responsabilité du chirurgien, bien que n'ayant commis aucune faute, aurait été retenue.

L'arrêt Teyssier du 8 janvier 1942 ajoute l'obligation de recueillir le consentement du patient. Un automobiliste à la suite d'un accident se fracture humérus, radius et cubitus ; le chirurgien procède à l'ostéosynthèse et, trois mois plus tard, à la suite d'une gangrène gazeuse, à l'amputation de l'avant-bras. Le patient l'attaque en dommages-intérêts et lui reproche de ne pas l'avoir informé qu'il aurait pu être traité par un appareillage plâtre.

Il n'y a pas de droit pénal spécifique à la matière médicale

L'arrêt pose alors le double principe de l'appréciation souveraine par le chirurgien de l'utilité, de la nature et des risques du geste qu'il envisage sous réserve que, sauf cas de force majeure, il obtienne préalablement le consentement du malade. Par la suite, ce principe a été intégré dans le Code civil (l'article 16 « interdit toute atteinte à la dignité de la personne humaine » et l'article 16-3 dispose : « 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 »).

Ce devoir d'information a un peu varié par la suite : le 3 juin 2010 la Cour de cassation reconnaissait le caractère autonome de son indemnisation (Cass.1ère civ., N° 09-13591) avant de l'encadrer ensuite dans certaines limites sans pour autant remettre le principe en cause.

Son application a pu entraîner des dérives : le code de la santé publique (art. L1111-2) dispose que l'« information est délivrée au cours d'un entretien individuel » mais la pratique utilise des formulaires rédigés par des compagnies d'assurances ou des ordres professionnels, avec des décharges dont la sophistication, la longueur ou le luxe de détails inutiles escamotent le dialogue singulier qui est pourtant gage d'une relation de confiance. De plus, ces documents ne sont d'aucun intérêt en cas de faute pénale.

L'équilibre des relations médecin/patient, comme les droits et obligations de chacun sont donc fixés par des constructions juridiques qui permettent de rechercher la responsabilité selon des régimes différents, sans faute, pour faute et, très exceptionnellement, avec un caractère pénal.

Il n'existe pas à proprement parler de droit pénal spécifique à l'activité médicale. Ce sont les règles générales du code pénal qui s'appliquent, c'est-à-dire celles relatives aux atteintes involontaires à la vie et à l'intégrité physique. On ne parlera pas des atteintes volontaires car, dans ce cas, on sort totalement de l'activité médicale. Il y a d'ailleurs très peu de condamnations pénales de médecins, mais elles sont très médiatisées.

L'erreur de diagnostic n'entraîne pas en soi la responsabilité du médecin

Depuis la loi du 10 juillet 2000 qui a redéfini les délits non intentionnels, l'article 121-3 du code pénal dispose « *les personnes... qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé... 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* ».

Le chirurgien est donc autorisé par sa mission à porter atteinte à l'intégrité corporelle, mais dans un but thérapeutique (article 122-4 al. 1er CP). Pour relever du champ pénal il faut plus qu'une erreur, il faut que l'erreur constitue une faute. On pourra citer par exemple le choix d'un traitement obsolète, l'absence grave de surveillance, le choix d'une voie opératoire dangereuse ou inadaptée. L'erreur de diagnostic qui normalement ne permet pas d'engager la responsabilité du médecin peut, toutefois, l'entraîner, si elle est directement à l'origine du décès de la victime : par exemple lorsque le médecin régulateur du SAMU procède à un interrogatoire incomplet et envoie sur place un médecin généraliste et non une ambulance, ou encore lorsqu'un endocrinologue ordonne des examens sanguins sans en signaler l'urgence, alors qu'il a affaire à une patiente évoluant vers un coma diabétique.

La responsabilité pénale du chirurgien suppose donc un lien de causalité direct et certain qui exige un examen très concret des circonstances. Il faut que la faute reprochée au praticien soit directement ou indirectement à l'origine du dommage, une simple privation de chance de survie ne pouvant constituer une faute pénale, pas plus que la notion de présomption ne trouverait à s'appliquer. Comment peut-on déclinier ce principe dans deux cas d'exercice contemporain de la chirurgie ?

La chirurgie robotique est de plus en plus fréquemment utilisée. Comment distinguer alors l'origine d'un dommage et son lien avec la faute puisqu'un appareil s'interpose entre le chirurgien et le patient ? S'il s'agit d'une insuffisance de formation du manipulateur ou d'une défaillance dans l'utilisation du robot, le chirurgien sera tenu pour responsable. En revanche, s'il s'agit d'une défaillance du robot (conception ou programmation) la responsabilité du fabricant ou du programmeur pourra être retenue. Je crois, d'ailleurs, que cette question a été évoquée à l'Académie Nationale de Chirurgie qui a recommandé que la qualité de la formation relève essentiellement de l'université et non du fabricant du robot.

On peut également imaginer une action contre l'hôpital qui aurait autorisé un chirurgien à utiliser un robot alors que sa formation était insuffisante.

Des régimes de responsabilité différents équilibrent l'intérêt des médecins et des patients

Un autre cas d'exercice contemporain de la chirurgie est celui de l'équipe médicale. Il faut ici rappeler le principe du droit pénal selon lequel la responsabilité ne peut être que personnelle. Je citerai pour exemple un cas jugé par la Cour de cassation il y a quelques années (Cass. crim. 10 févr. 2009, N° 08-80.679). Il s'agit d'une patiente qui décède d'une hémorragie interne du fait d'une incision sous-ombilicale trop profonde de l'aorte, pratiquée par un interne sous la surveillance du gynécologue. À la suite d'une procédure devant les juges du fond, la responsabilité de l'interne est retenue et non celle du chirurgien. La Cour de cassation décide alors d'une responsabilité personnelle partagée en retenant à la fois la responsabilité de l'interne du fait de son geste et celle du chirurgien du fait de son défaut de surveillance, chacun ayant commis une faute entretenant un lien direct de causalité avec la mort de la patiente.

En dehors de la responsabilité pénale, la jurisprudence comme le législateur ont institué différents régimes de responsabilité afin d'équilibrer l'intérêt des professionnels de santé et celui des victimes.

La loi du 4 mars 2002 a créé l'ONIAM qui permet à la victime d'un accident médical grave d'être indemnisée par l'assurance du professionnel de santé si celui-ci a commis une faute, ou par la solidarité nationale lorsqu'il n'y a pas eu de faute mais que l'accident a entraîné un taux d'atteinte permanente à l'intégrité physique ou psychique supérieur à 24 %. L'ONIAM, c'est-à-dire la solidarité nationale doit également indemniser les affections iatrogènes et nosocomiales (CSP art. L 1142-1).

L'aléa thérapeutique dont les conséquences n'entraînent pas un dommage supérieur à ce seuil n'entre pas dans le champ de couverture de la solidarité nationale, ni dans celui des obligations dont un médecin est contractuellement tenu à l'égard de son patient. On pourra reprendre la définition de l'aléa thérapeutique dans cette formulation de la Cour de cassation (Bull. civ., n°287, 8 nov. 2000) : « la survenance en dehors de toute faute du praticien, d'un risque accidentel inhérent à l'acte médical et qui ne pouvait être maîtrisé ».

Il faut préciser que le lien de causalité entre le fait à l'origine du dommage et le dommage lui-même pose parfois des difficultés en raison de l'incertitude scientifique ou du caractère multifactoriel des dommages. Ceci a conduit à aménager les règles de preuve. On en trouvera un exemple dans l'indemnisation de victimes sérielles et la notion de perte de chance.

L'indemnisation des victimes sérielles est bien connue. Des victimes d'effets secondaires de la vaccination contre l'hépatite B ont attaqué Sanofi Pasteur alors qu'aucun consensus scientifique n'était en mesure d'incriminer le produit, pas plus que de le mettre hors de cause. Devant l'impossibilité de dégager un lien de causalité classique la Cour de cassation s'est fondée sur la notion de « présomptions graves, précises et concordantes » pour déduire un lien causal entre le produit et le dommage (Cass. civ. 1, N° 08-11.073). Mais il faut ajouter que ces présomptions reposent sur un faisceau de critères objectifs (non-exclusion formelle du risque par les études scientifiques ; rapidité des premières manifestations ; absence d'antécédents dans la famille de la victime ; aucune autre cause explicative possible).

L'expert est tenu aux règles du procès équitable

La question de la perte de chance combine une incertitude et une certitude. L'incertitude est que si la faute n'avait pas été commise, l'amélioration du patient était possible, mais sans certitude. La certitude est que la faute a fait perdre au patient la possibilité d'une amélioration. Une absence totale d'indemnisation au motif de l'incertitude, comme une indemnisation totale au motif de la certitude, heurtent toutes deux le raisonnement.

La théorie de la perte de chance permet de dépasser ces deux excès opposés sans quitter le terrain de la causalité en en faisant une appréciation plus fine. L'indemnisation y est celle d'une probabilité d'amélioration qui a été ruinée par un soin fautif. C'est pourquoi la réparation est fonction de la chance perdue et non de l'indemnisation qui aurait été accordée si la chance s'était totalement réalisée.

Mais, dès lors qu'un dommage relève d'une indemnisation, son étendue exacte doit être déterminée. C'est le rôle de l'expert. Sa mission est définie par le juge, en fonction des circonstances du dossier.

L'expert, qui conserve une totale liberté par rapport aux parties comme par rapport au juge, n'a pas avec la victime une relation thérapeutique. Il a pour mission de donner un avis permettant au juge d'en tirer une application du droit. Souvent, en raison de la technicité de l'expertise, son avis s'apparente à une pré décision.

L'expert est tenu aux règles du procès équitable au sens de l'article 681 de la Convention européenne des droits de l'homme, notamment depuis le célèbre arrêt Mantovanelli de la CEDH (18 mars 1997). Il peut être récusé, de la même manière qu'un juge, s'il ne respecte pas les règles déontologiques qui s'appliquent à lui. Toutefois, la Cour de cassation a cherché un équilibre entre impartialité de l'expert et qualité de l'expertise en limitant les hypothèses de contestation à un doute « légitime » et « actuel » qui doit être « raisonnable » et « suffisant ».

Conclusion

On voit que le champ d'exercice de la médecine s'étend et se transforme, par des missions d'éducation et de conseil aux biens portants, par les avancées rapides des connaissances scientifiques, par l'irruption de l'intelligence artificielle, comme par les formes nouvelles d'exercice du métier, dans un contexte social d'extension des droits subjectifs. Ceci entraîne une mise en cause plus systématique des professionnels. On peut discuter de l'opportunité de créer un droit spécifique à la matière médicale. Pour ma part, je crains qu'il y ait un danger dans la multiplication de régimes spécifiques, celui de briser la cohérence du droit français, alors que le système mis au point au fil des années a trouvé un équilibre.