

ACADÉMIE NATIONALE de CHIRURGIE

French Academy of Surgery

Les Cordeliers, 15, rue de l'École de Médecine - 75006 Paris. - Tél. 01.43.54.02.32
administration@academie-chirurgie.fr • www.academie-chirurgie.fr

LA RESPONSABILITÉ JURIDIQUE DU CHIRURGIEN

Paris le 4 décembre 2014

Avec le soutien de  COVIDIEN

La responsabilité juridique du chirurgien

Paris le 4 décembre 2014

Sous la présidence de :

Daniel Jaeck, Professeur Émérite, Chirurgien honoraire des hôpitaux de Strasbourg, Président de l'Académie Nationale de Chirurgie

Avec la participation de :

Yves Chapuis, Professeur Émérite, Chirurgien honoraire des hôpitaux de Paris, membre de l'Académie Nationale de Chirurgie

François Richard, Professeur Émérite, Chirurgien honoraire des hôpitaux de Paris, membre de l'Académie Nationale de Chirurgie

Didier Legeais, Chirurgien Urologue, PANACEA-GPM Assurances

Amélie Chiffert, Avocate au Barreau de Paris

Marguerite Merger-Pelier, Magistrat honoraire, ancienne Présidente de CCI

Bénédicte Papin, Avocate au Barreau de Paris

Erik Rance, Directeur de l'ONIAM et de l'ORM

Denis de Valmont, Médecin, SHAM Assurances

Antoine Watrelot, Chirurgien Gynécologue, ASSPRO, Cabinet Branchet

Angélique Wenger, Avocate au Barreau de Paris

Dorothee Dibie, Magistrat, Présidente de la CCI d'Ile de France

François Vialla, Professeur des Universités, Directeur du Centre Européen d'Etudes et de Recherche Droit & Santé, Université de Montpellier

Nicolas Gombault, Directeur de la MACSF-Le Sou Médical

Georges Lacoeylhe, Avocat au Barreau de Paris

Philip Cohen, Avocat au Barreau de Paris, Ancien membre du Conseil de l'Ordre des Avocats, Ancien membre du Conseil National des Barreaux

Philippe Cuq, Chirurgien Vasculaire, Président de l'UCDF et du BLOC

André Lienhart, Professeur Émérite, Anesthésiologiste des hôpitaux de Paris, SFAR

Bernard Denis, Chirurgien Urologue, Expert auprès de la Cour de Cassation

Alain Haertig, Professeur des Unoversités, Coordinateur du DU de Réparation Juridique du Dommage Corporel à l'UPMC, Chirurgien des hôpitaux de Paris, Expert auprès de la Cour de Cassation

Philippe Breil, Chirurgien Viscéral, FCVD, Expert auprès de la Cour d'Appel de Paris

Jean Guigue, Magistrat honoraire, ancien Président de la CCI d'Ile de France

Organisateur : Philippe Marre, Archiviste-Bibliothécaire 2014 de l'Académie

Sommaire

La responsabilité juridique du chirurgien	2
Allocution du Pr Daniel Jaeck	4
Intervention du Pr Yves Chapuis	4
A. ÉTAT DES LIEUX 2014	5
1. Évolution du contexte médico-légal entre 2002 et 2014	5
Dr Didier Legeais : La Réglementation	5
Maître Amélie Chiffert : La Jurisprudence	7
Madame Marguerite Merger-Pelier : Témoignage sur toute une vie de synthèse	7
2. Principales raisons des réclamations des patients	8
Maitre Bénédicte Papin	8
3. Évolution du rôle de l'ONIAM (Organisme National d'Indemnisation des Accidents Médicaux) et de l'ORM (Observatoire des Risques Médicaux)	12
Mr Erik Rance	12
4. Sinistralité des établissements de soins	16
Dr Denis De Valmont	16
5. Sinistralité des praticiens	17
Dr Antoine Watrelot	18
6. Echanges avec les participants	19
B. PRÉSENTATIONS ET DÉBATS DESTINÉS A INSPIRER LES RECOMMANDATIONS DE L'ACADÉMIE NATIONALE DE CHIRURGIE	24
1. Information du Patient	24
Maitre Angélique Wenger	24
Madame Dorothee Dibie	32
Mr François Vialla	32
2. Aléas, Fautes, Maladresses fautives et non fautives	42
Mr Nicolas Gombault,	42
Maitre Georges Lacoeylthe	45
Échanges avec les participants	46
3. De la Responsabilité Individuelle à la Responsabilité Partagée : Relations Chirurgiens-Anesthésistes	47
Maitre P Cohen	47
Dr P Cuq	52
Pr A Lienhart	53
Échanges avec les participants portant sur les conséquences en responsabilité médicale de l'évolution vers l'hyperspécialisation en chirurgie	53
4. Experts et Expertises	54
Dr B Denis	54
Pr A Haertig	57
Echanges avec les participants	58
5. Sensibilisation des chirurgiens à l'éventualité d'une mise en cause	58
Dr P Breil	58
Mr J Guigue	60
Echanges avec les participants	61
CONCLUSION ET RECOMMANDATIONS	62
D Jaeck et P Marre	62

Allocution du Pr Daniel Jaeck

Mesdames, Messieurs, chers Collègues,

Ce colloque est la réédition du colloque organisé sur le même thème en mars 2003 à la maison du barreau à Paris par l'Académie Nationale de Chirurgie, à l'initiative de son Président de l'époque le Pr Yves Chapuis et soutenu par TYCO Health Care.

L'évolution de la jurisprudence et de la sinistralité a conduit l'Académie à faire le point sur un sujet dont l'actualité est de plus en plus pressante, toujours à la maison du barreau et toujours avec le soutien de TYCO Health Care devenu Covidien.

Évoquant la responsabilité civile du chirurgien, le Pr Chapuis faisait référence il y a 11 ans au Pr Émile Forgue de Montpellier pour constater que les mises en cause des chirurgiens n'étaient pas une nouveauté. En 1939 le Pr Forgue publiait en effet un ouvrage intitulé "les pièges de la chirurgie en diagnostic et en thérapeutique : erreurs et fautes ou faits présumés tels. Conditions et limites de la responsabilité".

Le colloque de 2003 se concluait sur la constatation d'un taux de sinistralité faible (122 dossiers clos en 1998) contrastant avec un taux d'indemnisation élevé (31000 € en moyenne par dossier).

Du point de vue de SHAM (Société Hospitalière d'Assurances Mutuelles) les accidents médicaux ne sont pas fatals et pourraient être évités 8 fois sur 10 si l'on considère que 80% d'entre eux sont consécutifs à des dysfonctionnements de service, les défaillances humaines n'en représentant que 20%.

La loi du droit des malades du 4 mars 2002, dite loi Kouchner, si elle n'avait pas pu encore produire d'effets en 2003, est à l'origine de l'augmentation de la sinistralité actuelle. Elle a institutionnalisé **l'aléa médical sans faute**, fondé sur le risque chirurgical pouvant entraîner un dommage indépendant de la pathologie en cause et de la qualité du geste chirurgical nécessaire pour la traiter. L'indemnisation de ce dommage est alors à la charge de la collectivité nationale, par l'intermédiaire de l'ONIAM (Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux) dont le budget a doublé en 10 ans. En cas de faute reconnue, l'indemnisation reste à la charge de l'assurance du chirurgien.

Ce colloque a pour objet d'aider le chirurgien à mieux prévenir et à mieux gérer les accidents médicaux, l'objectif étant de diminuer cette sinistralité dont souffrent les patients, mais aussi les chirurgiens et les assureurs.

Je remercie les organisateurs et les intervenants, ainsi que le laboratoire Covidien, et je ne puis ouvrir ce colloque sans saluer la mémoire du Pr Pierre Vayre, récemment disparu, qui s'est consacré à la prévention du risque chirurgical.

Intervention du Pr Yves Chapuis

Je me dois de rappeler en préambule à cette brève intervention le rôle que Philippe Marre a joué en 2003 dans l'organisation de notre premier colloque. Dix ans plus tard, la situation a-t-elle changée ?

Sans aucun doute et à des titres divers. La chirurgie mini-invasive s'est développée, l'approche multidisciplinaire est monnaie courante, la radiologie interventionnelle

devient un partenaire et peut impliquer le chirurgien, l'usage grandissant de matériel de plus en plus sophistiqué exige une formation particulière et la collaboration de techniciens spécialisés, le transfert de certaines tâches au personnel infirmier va se développer.

Dans le même temps la loi va accentuer les droits des patients (droit à la santé dans la future loi de 2015). Les associations de patients se développent et veulent de plus en plus se faire entendre. Il est même envisagé de les institutionnaliser dans la gestion de l'Hôpital public.

De nouveaux équilibres sont ainsi à trouver entre patient et chirurgien au moyen d'une information réelle et claire. Et par un dialogue constructif entre avocat, juge et assureur.

A. ÉTAT DES LIEUX 2014

1. Évolution du contexte médico-légal entre 2002 et 2014

Dr Didier Legeais : La Réglementation

2002. Rappel de la loi du droit des malades du 04 03 02, dite loi Kouchner.

- Accès libre du patient à l'ensemble de son dossier médical.
- Introduction de la notion d'aléa médical ou accident médical non fautif.
- Création d'une procédure d'évaluation du dommage et d'indemnisation éventuelle de celui-ci rapide, simple et gratuite, où l'intervention de l'avocat n'est pas nécessaire, devant la CRCI (Commission Régionale de Conciliation et d'Indemnisation)
- Réclamation déposée par la victime ou son entourage auprès de la CRCI devenue CCI (Commission de Conciliation et d'Indemnisation).
- Expertise contradictoire évaluant le dommage demandée par la CCI.
- Avis rendu par la CCI fondé sur les conclusions de l'expertise après audition des parties sur des critères objectifs stricts :
 - . Survenue du dommage après le 04 09 01
 - . Seuils de gravité : AIPP > 24% (Atteinte permanente à l'Intégrité Physique et Psychique), ATAP 6 mois consécutifs ou 6 mois non consécutifs sur une période de 12 mois (Arrêt Temporaire des Activités Professionnelles) et DFT > 50% pendant 6 mois consécutifs ou 6 mois non consécutifs sur une période de 12 mois (Déficit Fonctionnel Temporaire).
- Indemnisation des préjudices éventuels à la charge de l'ONIAM (Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux) en cas d'accident non fautif (aléa médical).
- Indemnisation à la charge de l'assurance du chirurgien en cas d'accident fautif.

L'activité des CCI représente plus de 50% des mises en cause (>40000 en 10 ans) avec un rythme de croisière de 4500 par an et un plafond assurantiel de 3 millions € par affaire.

Cette loi ne fait que reprendre les règles du code d'Hamurrabi et du code de

déontologie.

2002 Rappel de la loi About sur les garanties d'assurances du 31 12 02.

La garantie trentenaire devient décennale.

Elle ne prend pas effet lors du fait générateur, mais lors de la réclamation et s'étend sur 10 ans à partir de la date de consolidation.

2003. Accès au dossier médical du patient par la personne de confiance et les ayant droits.

Création des CRUQ (Commission des Relations avec les Usagers et de la Qualité de la prise en charge) qui ont notamment pour rôle d'expliquer les complications, de rassurer les patients et les familles et ainsi de désamorcer nombre de conflits.

Assurance professionnelle chirurgicale partiellement prise en charge par la CNAM.

2004. ANAES. Rappel du respect des obligations déontologiques d'information du patient.

2005. HAS. Idem.

2007. Charte du patient hospitalisé. Consentement libre et éclairé.

2008. ORM. Observatoire des Risques Médicaux, rattaché à l'ONIAM.

2009. Loi HPST (Loi Hôpital Patient Santé Territoire), dite loi Bachelot.

Devoir d'information à nouveau détaillé.

Procédure d'urgence de mise à pied d'un praticien estimé dangereux pour autrui.

2010. Check List au Bloc Opératoire. (HAS).

2011. Fonds de mutualisation des assurances médicales professionnelles.

BCT (Bureau Central de Tarification) permettant à chaque chirurgien d'être assuré.

En réponse aux 2 insuffisances de garantie existantes : le plafond d'indemnisation couvert par les assurances monté de 3 millions à 8 millions € par affaire et le refus par certains assureurs d'assurer certains chirurgiens.

2015. PLFSS.

Art 50 : exclusion de la chirurgie esthétique de la liste des procédures de soins accessibles aux saisines des CCI.

Recommandations du Défenseur des Droits risquant de remettre en cause les équilibres actuels, en donnant une place trop laxiste aux modalités des réclamations.

Maître Amélie Chiffert : La Jurisprudence

L'Obligation d'information se complexifie.

1997. Inversion de la charge de la preuve : le chirurgien doit prouver qu'il a correctement rempli son devoir d'information.

1998. Éléments de preuve d'une information correcte.

2005. Arrêt de la Cour de Cassation : possibilité d'utiliser les lettres aux confrères pour justifier la qualité de l'information donnée.

2007. Arrêt de la Cour de Cassation : chaque médecin doit donner l'information pour ce qui le concerne et ne pas se prévaloir de ce qu'a pu expliquer un confrère ayant par exemple conseillé le geste diagnostique ou thérapeutique qu'il doit faire.

2010. Arrêt de la Cour de Cassation : un délai correct, par exemple de 3 semaines ne suffit pas à justifier la réalité de l'information.

2012 : Arrêt de la Cour de Cassation : tous les éléments participant aux circonstances du geste chirurgical peuvent contribuer à établir la réalité de l'information.

2013 : Arrêt de la Cour de Cassation : un formulaire général de consentement éclairé peut être considéré comme suffisant s'il est accompagné d'une brochure technique détaillée.

Les Infections nosocomiales doivent être prouvées.

2008. Des indices graves et concordants suffisent.

2010. Si plusieurs établissements sont en cause, il y a une présomption d'imputabilité pour chacun d'entre eux, à charge pour eux de faire la preuve de leur absence de responsabilité.

2014. Inversion de la charge de la preuve. Si le dossier n'est pas correctement rempli et renseigné, le magistrat est en droit d'en déduire que les soins n'ont pas été conformés et éclairés.

Madame Marguerite Merger-Pelier : Témoignage sur toute une vie de synthèse

Les 2 visages de Janus.

Synthèse entre une jeunesse d'avocate et une maturité de magistrat, présidente de CCI.

Synthèse entre CCI et TGI (Tribunal de Grande Instance).

Synthèse entre droit public (Conseil d'État) et droit privé (Cour de Cassation).

Synthèse entre jugement public (fermeté) et jugement privé (laxité).

Synthèse entre transaction amiable et jugement exécutoire.

Synthèse entre le monde de la victime et le monde du chirurgien.

Synthèse entre le monde juridique et le monde médical.

Synthèse entre les vocabulaires de ces 2 mondes.

Synthèse entre le Magistrat et le Chirurgien mis en cause : 2 solitudes face à face.

L'intrusion du magistrat dans la souffrance du chirurgien, au moins égale à celle de la

victime.

Le chirurgien a son éthique qui lui fait estimer qu'il n'est pas un justiciable comme un autre.

Avec son vocabulaire différent, le magistrat déstabilise le chirurgien réfugié dans son savoir.

Le chirurgien peut vivre son "échec" comme une tragédie et ne pas le supporter au point de se suicider.

Le chirurgien mis en cause souffre et le magistrat le sait.

L'apport de la loi Kouchner reste immense.

Il est comparé à une vague de fond ayant bouleversé les rapports entre le patient et le chirurgien avec la notion d'accident médical non fautif ou aléa médical.

Les notions de consentement éclairé et d'obligation d'informer n'en sont que l'écume. Elles ne font que reprendre les règles du code d'Hamurabi et du code de déontologie.

2. Principales raisons des réclamations des patients

Maitre Bénédicte Papin

INTRODUCTION

Mon approche a pour but d'apporter un contrepoids utile au point de vue souvent formulé dans les débats publics autour de la croissance exponentielle des patients "procéduriers" ou vindicatifs et de ses impacts présentés comme toujours négatifs sur les pratiques des professionnels de santé.

Bien au contraire, de telles réclamations doivent être considérées comme un levier destiné à améliorer la prise en charge des usagers et pourraient contribuer à l'amélioration de la qualité des soins, à la modernisation des systèmes de santé, à la gestion des risques sanitaires et au renouveau des formes d'actions publiques en santé.

Les reproches ou griefs articulés par un patient constituent un outil précieux pour entreprendre une démarche qualité : ils font écho aux questions incontournables que les professionnels de santé, soucieux d'assurer un service de qualité au sein d'un établissement qu'il soit public ou privé, se posent, à savoir :

Quelle place est réservée à l'utilisateur du système de santé : est-il au centre des préoccupations de l'organisation sanitaire ?

Quelle est l'efficacité du travail fourni par le personnel médical et paramédical ?

Existe-t-il une adéquation entre l'organisation de la structure et l'encadrement des équipes au regard des objectifs assignés ?

Les moyens d'y parvenir peuvent-ils être améliorés ?

PRESENTATION DE L'INTERVENTION

Il s'agit ici de présenter, en quelques minutes, les **raisons pour lesquelles un patient décide de porter "plainte"**¹ à l'encontre du professionnel qui l'a opéré ou conseillé en faveur de tel choix diagnostique ou thérapeutique. Cette réclamation peut également être dirigée à l'encontre de l'établissement de santé qui l'a accueilli et pris en charge.

Depuis plusieurs années, les patients n'hésitent plus à se plaindre de l'activité médicale. Dès lors, ont naturellement progressé les demandes de compensation pécuniaire des préjudices prétendument consécutifs à l'acte médical, qu'ils soient physiques ou moraux.

Un **travail d'analyse des plaintes et des réclamations** a été entrepris sous la direction de **Mesdames Janine BARBOT** (CERMES-3 INSERM), **Isabelle PARIZOT** (Centre Maurice HALBWACHS du CNRS) et **Myriam WINANCE** (CERMES-3 INSERM) portant sur la période 1970 - 2002 et s'est associé à l'étude des **débats et travaux parlementaires**. Au surplus, une **recherche documentaire** a permis de recenser les articles publiés sur ce sujet dans les revues scientifiques nationales et internationales.

Parallèlement, une **enquête** a été conduite au sein du **dispositif de règlement amiable des accidents médicaux des infections iatrogènes et des infections nosocomiales** créé par la Loi du 4 mars 2002 relative à la qualité des soins et aux droits des malades. Ce dispositif constitue, à ce jour, un lieu central d'investigation de la plainte médicale en France.

En prenant en considération les **décisions judiciaires** rendues par les Juridictions judiciaires et les Juridictions administratives, en étudiant les **avis émis par les Commissions de Conciliation et d'Indemnisation des Victimes d'accidents médicaux (C.C.I)**, en analysant les **transactions amiables ratifiées entre Fonds d'indemnisation, compagnies d'assurances et patients**, et en observant les conclusions du rapport d'enquête précité, certains postulats peuvent être dégagés :

Qui ?

les personnes qui se plaignent d'avoir été victimes d'un acte médical n'ont pas un profil socio-économique spécifique : **tout patient est un plaignant "en devenir"**

Comment ?

¹ cette expression n'étant pas à réduire à sa seule connotation pénale

le motif de la plainte et son énonciation ne répondent pas à un modèle spécifique :

a/ dans le **dispositif amiable** institué devant les Commissions de Conciliation et d'Indemnisation des Victimes d'accidents médicaux (C.C.I), les demandeurs sont libres de recourir, ou non, à l'assistance d'un avocat. Certains d'entre eux rédigent eux-mêmes une lettre expliquant leurs demandes, indépendamment des formats classiques du droit. Nonobstant l'absence de carcan normatif, il n'en demeure pas moins que cette voie amiable n'a pas connu l'essor escompté, autorisant Monsieur Jean-Paul DELEVOYE, dernier Médiateur de la République (2004-2011), lors d'un colloque organisé le 27 mai 2009 portant sur la Loi KOUCHNER et son éventuelle réforme, à s'interroger en ce sens : *"où est la horde sauvage qui allait mettre à mal l'équilibre financier du système de santé ?"*

b/ devant les **Juridictions judiciaires et/ou administratives**, le formalisme accompagne la procédure : la représentation par avocat est obligatoire devant le Tribunal de Grande Instance alors qu'elle est facultative devant le Tribunal administratif. Toutefois, l'acte introductif d'instance répond à des normes précises : énonciation des moyens fondant la réclamation, citation des textes légaux sur lesquels s'appuie la requête, exigence de la demande préalable indemnitaire...

Pourquoi ?

a/ le motif d'insatisfaction exprimé peut porter sur **l'arrivée dans l'établissement**

PARFOIS FUTILES :

à raison d'un **mauvais aiguillage**, le patient a été réorienté vers un autre établissement après quelques heures de retard,

il a été constaté un **délai d'attente** considéré comme **anormalement long** pour un rendez-vous, une consultation ou un examen,

un **problème d'amabilité**, une **tenue vestimentaire inadaptée** ou un **langage jugé inapproprié**, peuvent faire naître des reproches et justifier une réclamation...

SOUVENT PLUS GRAVES - ENGAGEANTS EN TERME DE RESPONSABILITE :

la **douleur** n'aurait pas fait l'objet d'une prise en charge adéquate, suffisante et adaptée,

les ordonnances, informations ou résultats des examens effectués précédemment n'auraient **pas été prises en considération de manière appropriée**,

le retard de diagnostic,

sous-estimation de la gravité du tableau clinique ou radiologique présenté par le patient

b/ le patient peut également se plaindre d'un dysfonctionnement intervenu **au cours de sa prise en charge**, notamment :

mise en cause de la **compétence médicale** mise à son service

mise en cause du **diagnostic** posé

mise en avant d'un **défaut d'information** ou d'une information partielle ou tronquée sur l'état de santé du patient, sur l'évolution prévisible de celui-ci, sur l'apport positif ou négatif d'une chirurgie, sur le bien-fondé d'un traitement, sur ses effets secondaires ou indésirables, sur les alternatives s'offrant à lui... A noter qu'une confusion est souvent entretenue entre échec chirurgical, échec d'un traitement médicamenteux et faute médicale

survenue d'une **infection nosocomiale**

et plus subsidiairement : **mécontentement** lié à l'alimentation, défaut d'hygiène, carence de l'équipe médicale pour apporter une aide à la prise des repas, **vol d'objets, atteinte à la sécurité des biens et des personnes...**

c/ la **sortie** du patient de l'établissement peut faire le lit d'un grief :

défaut d'information sur le diagnostic final, sur les examens à pratiquer, sur les précautions à prendre,

défaut d'information sur les **circonstances du décès d'un proche,**

absence d'accompagnement et de soutien,

défaut d'accessibilité du dossier médical,

retard au transfert des données du dossier vers le médecin traitant et/ou le patient

d/ en toute hypothèse :

défaut d'information, manque de communication, carence dans les échanges, incompréhension

quant à l'acte réalisé et ses suites éventuellement compliquées,

quant au succès de la thérapeutique proposée,

quant au traitement prescrit et à ses effets secondaires indésirables...

Au sein du Pôle Santé du Défenseur des Droits, il est érigé en postulat que *"les critiques que portent un certain nombre de nos concitoyens sur un système dont ils ont besoin (la santé), sont souvent de l'ordre de la non information"*. Ils ajoutent : *"Dans notre société anxieuse, le besoin d'apaisement est souvent prioritaire et requiert une capacité d'accueil, d'écoute et d'accompagnement qui fait parfois défaut."*

But recherché ?

Lorsqu'il existe des **préjudices psychiques, psychiques ou physiologiques** en lien avec l'acte médical litigieux, la demande du patient se résout en **dommages-intérêts**. L'étendue de la réclamation pécuniaire est fonction des préjudices occasionnés et subordonnée à la mise en place d'une mesure d'expertise médicale.

Lorsque les préjudices sont **objectivement et/ou subjectivement inexistantes**, quand la réclamation n'est pas fondée juridiquement et/ou scientifiquement, le souhait manifesté par le patient est **d'établir un dialogue** avec le professionnel de santé et l'équipe médicale pour nourrir le sentiment d'avoir été entendu et la satisfaction

d'une prise de conscience chez l'autre afin qu'une telle situation ne se reproduise plus.

CONCLUSION

Depuis la Loi du 04 mars 2002 dite Loi KOUCHNER, la libre expression du patient est favorisée en ce que le ministère d'avocat n'est plus nécessaire.

L'augmentation des réclamations qui s'observe actuellement, peut être déstabilisante pour les professionnels de santé qui peuvent les prendre comme une critique de leur art médical, voire comme une mise en cause de leur pratique.

Elle peut aussi être vue comme autant d'opportunités pour améliorer la qualité de la prise en charge des usagers, grâce à la richesse des informations qu'elles contiennent.

Par une transformation du regard porté sur le patient, les critiques pourraient être considérées comme un facteur de progression pour les professionnels et les établissements de santé.

3. Évolution du rôle de l'ONIAM (Organisme National d'Indemnisation des Accidents Médicaux) et de l'ORM (Observatoire des Risques Médicaux)

Mr Erik Rance

Créés par la loi du 4 mars 2002 l'ONIAM et les CCI ont pour mission de faciliter la résolution amiable des litiges relatifs à des accidents médicaux d'une part, et, d'autre part, de prendre en charge au titre de la solidarité nationale les préjudices nés d'accidents médicaux non fautifs graves.

Par rapport à la voie contentieuse, cette voie de recours comporte pour caractéristiques d'être rapide (en moyenne, un accident médical peut être indemnisé dans les 18 mois), et « de ne pas comporter de coûts pour l'utilisateur (les frais d'expertise sont pris en charge et le ministère d'avocat n'est pas obligatoire). Pour les professionnels de santé, la procédure présente pour caractéristiques de ne pas comporter de publicité et d'être moins stigmatisante qu'une procédure juridictionnelle.

1° Bilan de l'activité de l'ONIAM et des CCI

Alors que jusqu'en 2002, toutes les procédures relatives à des accidents médicaux étaient portées devant les tribunaux, la création du dispositif amiable a fortement contribué à une moindre judiciarisation de ce domaine puisque plus de 50% des litiges y sont désormais traités.

➤ En 2013 :

➤ 4394 dossiers ont été déposés devant les CCI et se répartissent entre :

1616 rejets avant expertise

3297 expertises

1779 rejets après expertise

1504 avis positifs (36%)

Dont 806 dirigés vers l'ONIAM

Et 698 vers les assureurs

366 autres issues (désistements, décès,...)

284 demandes de conciliation

➤ Le nombre de dossiers d'accidents médicaux indemnisés par l'ONIAM clos en 2013 est de 529 dossiers en hausse de 14% par rapport à 2012.

➤ Le montant moyen est de 98,90 M€.

➤ 96% des offres d'indemnisation proposées par l'ONIAM sont acceptées.

Deux enseignements principaux peuvent être retirés de ces chiffres :

- la reconnaissance par la loi du 4 mars 2002 d'une possibilité d'indemnisation par la solidarité nationale des accidents médicaux *non fautifs* s'est révélé particulièrement pertinente puisque plus de la moitié des avis des commission de conciliation et d'indemnisation concluent à la reconnaissance de ce type d'accidents

- la contribution du dispositif amiable à la résolution des litiges est un succès puisqu'il traite désormais plus de la moitié des procédures relatives à des accidents médicaux. Pour autant cela veut dire que la moitié des litiges sont toujours portés devant les tribunaux : *le dispositif amiable est encore insuffisamment connu* et un axe majeur de la politique de l'ONIAM est de promouvoir la connaissance du dispositif

Dans le même temps, on constate que *2/3 des demandes d'indemnisation portées devant les CCI sont rejetées* en général pour défaut de gravité suffisante. Un effort de *pédagogie* est nécessaire.

Les médecins, et notamment les chirurgiens, peuvent être des acteurs essentiels de la communication que l'ONIAM mène sur l'existence et le fonctionnement du dispositif :

- *Parce que le dispositif est à leur service tout autant qu'à celui des victimes ;*

- *Parce qu'ils sont les meilleurs connaisseurs du dossier médical de leur patient.*

2° Les enseignements de l'observatoire des risques médicaux

Plus largement, l'observatoire des risques médicaux (ORM) donne une image des accidents médicaux indemnisés par l'ONIAM, les assureurs et l'APHP supérieurs à 15.000€.

Sur la période 2007-2013, 8300 dossiers entrent dans ce champ pour un montant de 121M€. Le montant moyen est de 116K€. 50% des dossiers concernent des montants inférieurs ou égaux à 50K€ et 0,4% des dossiers de plus de 2M€.

86% des dossiers concernent des accidents survenus dans des établissements et 60% en chirurgie.

61% des dossiers ont été réglés à l'amiable : 94% pour l'ONIAM dont c'est la vocation, 47% pour les assureurs. 65% des dossiers réglés à l'amiable et 18% des dossiers contentieux ont préalablement fait l'objet d'un avis de CCI.

65% des dossiers pour 56% du montant global sont réglés par des assureurs. 32% des dossiers sont réglés par l'ONIAM pour 43% du montant.

Là encore, deux enseignements principaux se dégagent :

- si l'on étudie plus finement le rapport de l'ORM, on constate que les chiffres sont globalement stables d'année en année : *il y a donc plutôt une stabilité de la sinistralité*

- le second enseignement est *l'adhésion des entreprises d'assurance au règlement amiable* puisque 47% des accidents les concernant sont réglés à l'amiable et 65% des dossiers traités à l'amiable ont fait l'objet d'un avis de CCI

3° Le projet stratégique de l'ONIAM

L'ONIAM et les CCI sont devenus des acteurs incontournables de l'indemnisation des accidents médicaux grâce à la qualité de leur expertise et aux avantages intrinsèques du dispositif (rapidité, gratuité). Leur action stratégique doit maintenant s'attacher à préserver et conforter les points forts du dispositif et renforcer leur collaboration avec nos partenaires.

Les objectifs stratégiques de l'ONIAM peuvent être résumés en 8 axes :

Conforter les points forts du dispositif, c'est :

1. Améliorer encore les délais de traitement des dossiers
2. Accroître le vivier d'experts ainsi que leur formation

3. Améliorer la cohérence du dispositif entre ONIAM et CCI
4. Améliorer notre accueil
5. Mesurer l'écart entre notre référentiel d'indemnisation et les autres référentiels de façon à veiller au maintien de l'attractivité du dispositif.

Renforcer nos relations avec notre environnement, c'est :

6. Mieux faire connaître le dispositif
7. Faire vivre et renforcer les partenariats avec nos interlocuteurs institutionnels (CNOM, FSM, CNOP, CISS, FFSA, fédérations hospitalières)
8. Etudier la possibilité d'exploitation par les autorités sanitaires, à des fins de prévention, des données des dossiers de l'ONIAM et des CCI.

Créés par la loi du 04 03 2002, l'ONIAM et les CCI ont pour mission de faciliter la résolution amiable des litiges relatifs à des accidents médicaux d'une part, et d'autre part de prendre en charge au titre de la solidarité nationale les préjudices nés d'accidents médicaux non fautifs.

Par rapport à la voie contentieuse, cette voie de recours est rapide (un accident médical est en moyenne indemnisé dans les 18 mois) et gratuite (les frais d'expertise sont pris en charge et le ministère d'avocat n'est pas obligatoire). Pour les professionnels de santé, la n'a pas de publicité et est moins stigmatisante qu'une procédure juridictionnelle.

Activité 2013 de l'ONIAM :

- 4394 dossiers déposés devant les CCI :
- 1616 rejets avant expertise (36,7%)
- 3297 expertises
- 1779 rejets après expertise
- 1504 avis positifs (36%) : 806 dirigés vers l'ONIAM et 698 dirigés vers les assureurs
- 366 autres aboutissements (désistements, décès,..)
- 284 demandes de conciliation

529 dossiers clos en 2013 (+50% par rapport à 2012)

Montant moyen d'indemnisation par dossier : 98,90 M€ en 2013

96% des offres d'indemnisation proposées par l'ONIAM acceptées en 2013

Accidents médicaux indemnisés par l'ONIAM, les assureurs et l'APHP dont le montant a été supérieur à 15000€ comptabilisés par l'ORM de 2007 à 2023 :

- 8300 dossiers avec un montant global de 121 M€ et un montant moyen par dossier de 116 K€
- 50% des dossiers ont des montants inférieurs ou égaux à 50 K€
- 0,4% des dossiers ont un montant supérieur à 2 M€
- 86% des dossiers concernent des accidents survenus dans des EDS (Établissement de soins) et pour 60% en chirurgie
- 61% des dossiers ont été réglés à l'amiable : 94% à l'ONIAM dont c'est la vocation et 47% chez les assureurs
- Ont fait l'objet d'un avis de la CCI : 65% des dossiers réglés à l'amiable et 18% des dossiers de contentieux

- Les assureurs règlent 65% des dossiers pour 56% du montant global et l'ONIAM règle 32% des dossiers pour 43% du montant global

Les objectifs stratégiques de l'ONIAM s'orientent sur les 7 axes suivants :

- 1 Mieux faire connaître le dispositif
- 2 Améliorer les délais de traitement des dossiers
- 3 Accroître la communauté d'experts et leur formation
- 4 Améliorer la cohérence du dispositif entre ONIAMA et CCI
- 5 Faire vivre et renforcer les partenariats avec nos interlocuteurs institutionnels : CNOM (Conseil National de l'Ordre des Médecins), CNOP (Comité National d'Optique et de Photonique, CISS (Collectif Interassociatif Sur la Santé), FFSA (Fédération Française des Sociétés d' Assurances), fédérations hospitalières, etc
- 6 Améliorer notre accueil
- 7 Etudier la possibilité pour les autorités sanitaires d'exploiter les données de l'ONIAM et des CCI à des fins de prévention.

4. Sinistralité des établissements de soins

Dr Denis De Valmont

La Société Hospitalière d'Assurances Mutuelles (SHAM) a été fondée en 1927 (87 ans). Elle appartient à ses sociétaires et est gérée par un conseil d'administration représentatif.

Elle assure 70% des établissements de soins exerçant en médecine, chirurgie et obstétrique (EDS MCO) : 70% publics et 30% privés. Elle assure 33% des accouchements et près de 45000 médecins et chirurgiens libéraux et salariés.

SHAM mesure son activité juridique sur un indice de fréquence des réclamations créé en 1998 et qui a doublé en 15 ans. Son taux d'augmentation annuelle était de 5% jusqu'en 2013. Il est passé à 11% en 2013 et 2014, sans qu'il soit possible de dire s'il s'agit d'un événement ponctuel ou d'un tournant inflationniste.

Les sinistres se répartissent de manière équivalente entre les sinistres corporels et les sinistres matériels. Les sinistres corporels représentent 98,3% des indemnités. Ils sont pour 85% d'entre eux d'origine médicale. Leurs causes se répartissent de la façon suivante :

- 50% dommages liés à la qualité des soins
- 20% dommages liés à une infection nosocomiale
- 7% accidents de la vie à l'hôpital (chute, brûlure...)
- 3% dommages liés à l'utilisation des dispositifs médicaux implantables (DMI)

La répartition des sinistres entre les disciplines chirurgicales est faite selon la fréquence et la gravité. Les plus fréquents sont observés en orthopédie, en gynécologie-obstétrique et en chirurgie viscérale. Les plus graves sont observés en neuro-chirurgie et en gynécologie-obstétrique. L'urologie est épargnée en termes de fréquence et de gravité.

Les CCI ont été l'objet de 2150 saisines en 2013, soit 40% des réclamations. 30% des saisines n'ont pas été instruites. La moitié des saisines instruites n'a pas donné lieu à indemnisation. En cas d'indemnisation, l'ONIAM enjoint l'assureur de faire une offre. Si ce dernier refuse, l'ONIAM a la possibilité de se retourner contre l'assureur. Si la victime s'estime insuffisamment indemnisée, elle a la possibilité de se tourner vers la procédure judiciaire au TGI (Tribunal de Grande Instance).

De plus en plus fréquemment les victimes, une fois la responsabilité de l'établissement ou du praticien engagée devant la CCI, vont directement chercher une indemnisation devant le tribunal, sans attendre la proposition de l'assureur ou de l'ONIAM, leurs avocats estimant, à tort ou à raison, que les montants d'indemnisation seront plus élevés.

Les dossiers clos de procédure amiable en 2013 se sont soldés par 55% de refus d'instruire le dossier, 36% de règlement amiable et 9% de recours à une procédure judiciaire au TGI qui a retenu une responsabilité médicale dans 50% des cas. Ainsi seuls 40% des dossiers ont été indemnisés

Le cout moyen des dossiers en juridiction administrative a augmenté en 2013 à 256746 €. Cette augmentation est ponctuelle avec 27 dossiers de plus de 1 million € chacun (un gros dossier pouvant monter jusqu'à 6, 8 voire 10 millions €). Une telle situation avait été observée en 2006 et en 2009.

Lorsque l'on parle de cout du dossier cela comprend les provisions et les paiements indemnitaires fonctionnant en « vases communicants » : frais de conseil, de défense et créances éventuelles de la CNAM (Caisse Nationale d'Assurance Maladie).

En responsabilité médicale, le risque et par conséquent le coût et la gestion d'un dossier s'étirent sur un temps long, parfois très long, pouvant se chiffrer en dizaines d'années pour une rente à vie à la suite d'un accident survenu à 20 ans. Aussi l'assureur doit-il trouver un difficile équilibre entre prévention des risques et gestion des sinistres. Et prévoir pour cela des provisions techniques considérables : 1,8 milliards €, avec une solvabilité à 500% dans le cas de SHAM.

A SHAM la gestion des sinistres se fait en équipe : gestionnaires, juristes et médecins conseils du siège. En outre la SHAM peut compter sur un réseau d'une centaine de cabinets d'avocats et de 300 experts-conseils pour défendre efficacement les professionnels de santé en cas de mise en cause.

Mais le véritable enjeu est préventif. SHAM met à la disposition de ses clients l'équivalent de 30 personnes travaillant à plein temps dans le domaine de la prévention des risques. Il est en effet indispensable de former les professionnels de santé à connaître et à maîtriser les risques de leur métier, en développant une culture d'analyse des accidents pour mieux les prévenir avec de nombreux outils maintenant bien connus : EPR (Evènement Porteur de Risque), RMM (Réunion de Morbi-Mortalité), CREX (Comité de Retour d'Expérience), et divers signes d'alarme. Mais il faut également les guider dans leurs démarches d'accréditation. Tout cela ne peut se faire au mieux qu'en travaillant en équipe.

5. Sinistralité des praticiens

Dr Antoine Watrelot

La sinistralité des chirurgiens n'est pas très facile à saisir, et seule une étude de cohorte est susceptible d'en donner un aperçu. C'est une des raisons pour lesquelles a choisi d'établir une cartographie des risques opératoires en association avec ASSPRO-Scientifique.

ASSPRO-Scientifique (Association de Prévention du Risque Opératoire) est une société savante dédiée aux aspects médico-légaux de la profession chirurgicale. Elle a analysé 10000 dossiers par spécialité sur 5 ans, en classant les complications par gravité et par fréquence.

En chirurgie gynécologique, l'hystérectomie est le plus souvent mise en cause, notamment du fait de ses complications urinaires. La voie coelioscopique a des complications spécifiques, davantage liées à la technique qu'aux interventions auxquelles elle donne accès. L'oubli de compresse existe toujours malgré la checklist, et est loin d'être anecdotique.

En obstétrique, l'accouchement est naturellement en première ligne. Mais l'absence de code CCAM (Classification Commune des Actes Médicaux) de ses complications en rend l'évaluation difficile. La dystocie des épaules et l'hémorragie de la délivrance sont néanmoins identifiables comme étant souvent mises en cause.

En chirurgie de la colonne vertébrale, c'est la hernie discale qui est le plus souvent concernée et avec une gravité certaine. Il en est de même des complications de la chirurgie de la boîte crânienne, qui sont rares mais très graves.

En orthopédie, la chirurgie du membre supérieur est rarement en cause. Par contre la chirurgie du genou est très concernée par les réclamations pour des dommages de gravité certaine. Les interventions sur la jambe sont plus rarement concernées, mais de haute gravité en raison des conséquences fonctionnelles de leurs complications.

En chirurgie viscérale, les complications sont fréquentes et leur gravité certaine très comparable. Les interventions sur l'estomac, le duodénum et le côlon et le rectum sont les plus fréquentes.

En chirurgie vasculaire, les interventions artérielles sont responsables de complications fréquentes et graves. Les complications des interventions sur les varices des membres inférieurs sont fréquentes mais en revanche sans gravité. Quant aux complications de la chirurgie cardiaque elles sont rares mais bénignes et concernent essentiellement la pose de valves.

En chirurgie urologique, l'échantillonnage des assurés est trop faible et la disparité des complications trop grande pour permettre des conclusions solides.

En chirurgie plastique et reconstructrice, les 2 sortes de complications les plus fréquentes sont celles de la lipoaspiration abdominale et celles des plasties mammaires (bien que l'impact des prothèses PIP soit modeste dans cette étude). Les

plus graves sont celles de la lipoaspiration abdominale responsable de lésions de l'intestin grêle.

Cette connaissance plus précise des complications chirurgicales donnant lieu à des mises en cause fréquentes permet de fournir aux chirurgiens des indicateurs destinés à les aider dans leur prévention.

6. Echanges avec les participants

J. Caton, chirurgien orthopédiste, ancien président et fondateur d'orthorisq.des Insiste sur l'importance de l'accréditation dans la prévention des accidents et des mises en cause qui leur sont éventuellement consécutives et regrette qu'elle n'est pas fait davantage partie de l'état des lieux. Pour orthorisq, l'accréditation a changé les comportements des chirurgiens.

A. Watrelot confirme que l'accréditation est un élément important de la prévention des accidents et que cela fait partie des formations proposées par ASSPRO. Le suivi spécialité par spécialité, au jour le jour, permet de faire évoluer le choix des thèmes traités dans les formations en fonction des EPR (Evènement Porteur de Risque). Dans une étude menée avec la HAS, il a été établi que le fait d'être accrédité diminue l'exposition au sinistre de 10%.

G. Casanova, Professeur Émérite, chirurgien orthopédiste, expert près les tribunaux. Pose la question de la place des sociétés de réassurance dans le paysage assurantiel.

D. Legeais répond que le réassureur est l'assureur de l'assureur de première ligne, mais qu'il a également ses contraintes. C'est un gros acteur des marchés financiers, faisant des placements d'états sécurisés, avec par conséquent une faible marge de manœuvre en période d'inflation nulle. Dépendant de l'environnement international dont il fait partie, il a tendance à être exigeant dans la négociation des traités de réassurance. L'augmentation des indemnisations conduit les assureurs et les réassureurs à augmenter les primes d'assurances qui sont difficiles à supporter en pratique libérale du fait notamment de l'encadrement des suppléments d'honoraires.

Or les traités de réassurance sont renégociés tous les ans, n'étant habituellement signés que pour 1 an. L'enjeu pour les assureurs de première ligne est double : négocier des accords avec plusieurs réassureurs, dont un réassureur principal appelé appariteur et obtenir des contrats assurant la stabilité des primes sur 3 ou 4 ans.

D. Jaeck demande s'il y a des spécialités chirurgicales plus menacées que d'autres par le risque de mises en cause.

D. Legeais relève 3 spécialités et 1 environnement technique :

- **l'obstétrique** est exposée à une durée d'exposition au risque de 30 ans après l'accident ayant entraîné le dommage. Le risque obstétrical est couvert par moitié par 2 assureurs.
- **la chirurgie de la colonne vertébrale** s'adresse à des personnalités souvent difficiles, volontiers revendicatrices, et est confrontée à une contrainte de mutualisation des charges sur un petit nombre de praticiens, de l'ordre de 60 à 70. Le risque y est limité mais les indemnisations sont élevées, à l'inverse de l'orthopédie dont le risque est important mais dont les indemnisation sont modérées.
- **la chirurgie bariatrique** s'adresse à des personnalités fragiles. Elle s'est développée de manière marginale au début, puis a explosé bien avant qu'un encadrement efficace ne soit mis en place par la HAS et les sociétés savantes.
- **le développement des nouvelles technologies** (chirurgie mini-invasive robotique, chirurgie endoluminale digestive, urologique ou vasculaire) est plus rapide que leur évaluation sereine sur le plan scientifique. Cela rend leur expertise juridique complexe et incertaine.

Ces spécialités à risque soulèvent la question de la **qualité des experts** et de leur niveau de compétence minimum. Des expertises médiocres voire franchement mauvaises induisent des condamnations et des indemnisations injustifiées ou excessives.

La mutualisation des risques suppose que chacun fasse de son mieux pour en diminuer la fréquence et l'impact, de façon à les rendre supportables par l'ensemble de la collectivité (chirurgiens, assureurs, avocats, magistrats et collectivité nationale dans le cadre du fonds d'indemnisation).

D. de Valmont précise qu'en obstétrique la mutualisation du risque est plus simple à l'hôpital, le risque obstétrical étant dilué dans le risque global de l'hôpital, qu'en pratique privée où il doit être réparti entre le plus grand nombre possible de praticiens.

A. Watrelot souligne l'apport des modules de formation ASSPRO dans la prévention des risques en sensibilisant les chirurgiens à l'aspect médico-légal de leur activité, en les conseillant dans la gestion de leur stress, dans leurs rapports au sein de l'équipe (qui fait quoi) et dans leur établissement avec les autres équipes et avec l'administration (on fait comment).

C. Raulo, chirurgien plasticien, présidente de plastirisq.

Remarque que la mentalité latine des chirurgiens français rend certains d'entre eux rétifs aux recommandations.

Elle constate que les conclusions des experts sont très dépendantes de leur compétence juridique, mais aussi et surtout de leur compétence technique, voire de leur maîtrise de la spécialité du praticien mis en cause. Elle s'interroge sur la formation, l'évaluation et le choix des experts.

D. Jaeck demande à Mme M Pelier-Merger quels conseils donner aux chirurgiens mis en cause.

M. Pelier-Merger donne les pistes de réflexion suivantes :

- ne pas s'affoler et ne pas s'enfermer dans sa tour d'ivoire
- répondre aux questions de l'expert mandaté par le juge, des avocats et du magistrat
- avant la mise en cause et le dépôt de la plainte ou de la réclamation, être ouvert au dialogue avec le patient et sa famille dès la survenue de la complication éventuelle. Un bon contact tout au long de l'évolution de la complication permet dans nombre de cas d'éviter la mise en cause.
- la plainte ou la réclamation déposées, garder son sang-froid, ne pas se défiler, mais au contraire faire face, contacter son assureur, rencontrer l'avocat et le médecin conseil de l'assureur, faire la bibliographie de la complication.
- que le chirurgien mis en cause sache que le magistrat va l'écouter. Certes il ne connaît rien à la question, mais il compte sur l'expert pour l'éclairer. Et l'attitude du chirurgien ne manquera pas de l'influencer.

G. Casanova précise que l'expertise présente 2 aspects complémentaires : l'aspect formel juridique et l'aspect pratique technique, ce dernier primant sur le premier. **Un expert spécialiste de la spécialité du praticien** mis en cause vaut mieux qu'un expert généraliste pour la qualité de l'expertise, tant du point de vue de ce praticien qui est la **2° victime**, que de celui de la victime proprement dite et de celui de l'assureur ou de la collectivité qui auront la charge de l'indemnisation éventuelle.

D. Midy, Professeur des Universités, Chirurgien des Hôpitaux de Bordeaux, Président de la société de chirurgie vasculaire de langue française.
Suggère que les sociétés savantes aient davantage leur mot à dire dans le choix et l'évaluation des experts.

F. Richard répond que c'est effectivement du ressort des sociétés savantes et que c'est à elles de s'occuper de cette question, comme le fait l'AFU (Association Française d'Urologie). Un groupe d'experts planche sur ce sujet lors de chaque congrès de l'AFU.

Y. Chapuis rappelle qu'en 2011 la Commission éthique et droit de l'Académie Nationale de Médecine (ANM) a publié un rapport accompagné de recommandations sur « Les compétences scientifiques et techniques des experts. Qualité de l'expertise en responsabilité médicale » Rédigé par J Hureau et C H Chouart, il est disponible dans le bulletin de l'ANM.

J.L. Jost, chirurgien honoraire du Groupe hospitalier Pitié-Salpêtrière, ancien expert - visiteur à la HAS.

Revient sur le moment crucial de l'accident entraînant la complication, elle-même responsable du dommage lié aux soins. L'attitude initiale du chirurgien, dès l'accident, avant toute mise en cause éventuelle, engage la suite de la relation avec le patient et sa famille. La qualité de l'information donnée est par conséquent essentielle, permettant de désamorcer dans nombre de cas une démarche de recours. Elle dépend des qualités relationnelles du chirurgien, de la maîtrise de son stress, de la maîtrise de son art...et de l'organisation prévue par l'établissement dans de telles circonstances.

La HAS a publié en 2011 un guide très détaillé permettant à chaque établissement, public ou privé, de mettre en place un dispositif d'information du patient en cas de dommage lié aux soins. Ces considérations sont prises en compte lors des visites de certification.

D. de Valmont répond que le module de SHAM traitant du dommage lié aux soins a le plus de succès et rappelle que 60% des procédures amiables n'aboutissent à aucune indemnisation, suggérant ainsi qu'une meilleure communication initiale aurait pu en éviter un certain nombre.

M. Sibé, chirurgien vasculaire, expert en accréditation à la HAS.

Demande à quelle(s) institution(s) confier le recrutement, la formation et l'évaluation des experts.

D. Legeais répond que l'on ne sait pas à qui confier le soin de former et d'accréditer les experts pour le moment. Les DU universitaires enseignent la réparation juridique du dommage corporel, mais ne forment pas spécifiquement à l'expertise. Ce pourrait être le binôme sociétés d'assurances et sociétés savantes dans chaque spécialité.

G. Abi Lahoud, neuro chirurgien des Hôpitaux de Paris.

Revient à la question des experts, s'inquiétant de leur compétence dans les domaines hyperspécialisés comme le sien, notamment en chirurgie de la colonne vertébrale dont les dossiers peuvent être très complexes.

D. Legeais reprend les éléments de cette question récurrente sur les experts. L'expert peut en effet être défaillant, induisant le magistrat en erreur et conduisant ainsi à une condamnation inappropriée et à une indemnisation excessive. Le magistrat n'est en effet pas omniscient et s'appuie sur les conclusions techniques de l'expert pour porter le jugement en droit. C'est souligner encore le rôle essentiel de l'expert qui est la clé de la réponse à la mise en cause.

C'est encore insister sur le rôle d'un conseil compétent pour accompagner le chirurgien mis en cause et sur l'importance de la formation d'experts qualifiés dans chaque spécialité par le binôme déjà évoqué sociétés d'assurances et sociétés savantes.

C'est redire l'importance de l'enseignement de la délivrance de l'information et du dialogue avec le patient dès la faculté où le code de déontologie devrait être enseigné. Il est frappant de constater que nombre de confrères découvrent l'obligation d'informer à la première mise en cause.

J. Milliez, Professeur Émérite, ancien Gynécologue Accoucheur des Hôpitaux de Paris, expert auprès de la Cour d'appel de Paris.

Précise que toute expertise peut être contestée devant l'ordre des médecins.

M. Gabison, chirurgien orthopédiste.

Regrette vivement que le praticien mis en cause ne soit pas systématiquement assisté par un conseil spécialisé, et que l'expert désigné ne soit pas toujours de la spécialité du praticien mis en cause.

J.L. Cardin, chirurgien viscéral, expert auprès de la Cour d'Appel d'Angers.

A constaté une nette différence dans la qualité d'une expertise lorsque le praticien mis en cause était assisté par un conseil généraliste peu compétent et lorsqu'il était assisté par un conseil spécialisé compétent dans sa spécialité.

A. Watrelot et **D. de Valmont** ont défendu chacun pour ce qui le concerne l'attitude de leurs compagnies d'assurances ainsi visées, précisant que le praticien mis en cause bénéficiait d'un double conseil juridique et technique.

J. Hubert, Professeur des Universités, Chirurgien Urologue, expert auprès de la Cour d'Appel de Nancy, Groupe de travail de l'Académie sur la robotique.

Quelle sinistralité attendre des « robots » ? La France a 84 appareils. Le chiffre de 200 à 300 n'est pas irréaliste dans un avenir proche en France. L'enquête récente de l'ONIAM a porté sur 15 centres. 50% des accidents sont pour le moment consécutifs à des questions de formation.

Il suggère l'organisation d'une formation à l'échelon national avec délivrance d'un diplôme universitaire, tout en s'inquiétant du fait que l'amélioration de la formation s'accompagnant de la diminution des sinistres, ne s'accompagne pas de la diminution des primes.

Ce à quoi **A. Watrelot** répond que le risque médical est un risque long : on paye maintenant les erreurs passées, mais les progrès actuels se traduiront plus tard dans le montant des primes.

J. Caton signale que chaque réclamation n'aboutissant pas coûte 5000€ à la charge des assureurs et par conséquent à celle des praticiens. ce qui lui paraît justifier d'éduquer à davantage de prudence les patients et certains avocats avant d'introduire un recours.

B. Papin répond que le dossier est discuté avec son médecin conseil avant d'être accepté ou refusé. La rigueur ne dispense pas de bien éduquer tous les acteurs, notamment les avocats « spécialisés » en droit des patients et en droit de la santé. Et de toutes façons on ne peut pas empêcher un patient de décider tout seul de faire une réclamation, voire de porter plainte.

Conclusion des échanges de la première partie du colloque :

Maitrise des risques, Maitrise des coûts, Maitrise des cotisations.

B. PRÉSENTATIONS ET DÉBATS DESTINÉS A INSPIRER LES RECOMMANDATIONS DE L'ACADÉMIE NATIONALE DE CHIRURGIE

1. Information du Patient

Maitre Angélique Wenger

L'INFORMATION DU PATIENT

L'information du patient constitue, pour le médecin, une obligation déontologique et civile, consacrée par la loi du 4 mars 2002.

Cette obligation trouve son fondement dans le droit du patient d'être informé afin qu'il puisse consentir de manière « libre et éclairée » à l'acte et, le cas échéant, refuser l'intervention qui lui est proposée.

De nombreux textes de droit français confirment ces principes :

- L'article 35 du Code de Déontologie (codifié à l'article R 4127-35 du Code de la Santé Publique)

- L'article 16-3 alinéa 2 du Code Civil qui dispose que « *Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui. 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.* »

- La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 dite « Loi Kouchner » relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, qui :

- * codifie, pour la première fois, en ses articles L 1111-2 et suivants du Code de la Santé Publique, les règles relatives à l'information et au consentement du patient, imposant des règles identiques quel que soit le cadre de la relation unissant le patient et le médecin (libéral, hospitalier ...)

- * crée un droit d'accès direct du patient à son dossier médical et donc à l'ensemble des informations portant sur sa santé (article L 1111-7 du Code de la Santé Publique) Cette obligation d'information incombe à « *tout professionnel de santé dans le cadre de ses compétences* », et, en particulier, à celui qui pose l'indication opératoire et réalise l'intervention.

Intéressons-nous désormais à la personne qui doit recevoir cette information, au contenu de cette obligation, ses limites et ses sanctions en cas de non-respect.

1) Qui informer ?

Le patient majeur :

Le médecin doit informer le patient majeur en mesure de recevoir l'information et d'exprimer sa volonté.

Depuis la loi du 4 mars 2002, le patient peut être assisté lors des entretiens médicaux par la personne de confiance (un parent, un proche) qu'il aura désignée. Celle-ci pourra donc recevoir l'information, poser des questions « *au nom du patient* », et le conseiller dans ses prises de décisions.

Le patient placé sous curatelle reçoit l'information du médecin et consent lui-même aux soins et actes médicaux.

La situation est cependant quelque peu différente lorsque le patient est un « *mineur* » ou un « *majeur sous tutelle* ».

Le patient mineur :

- Le principe :

Le médecin doit informer les titulaires de l'autorité parentale même en cas de séparation des parents, et obtenir leur consentement.

Si l'article 372-2 du Code Civil dispose que « *A l'égard des tiers de bonne foi, chacun des parents est réputé agir avec l'accord de l'autre, quand il fait seul un acte usuel de l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant* », cette disposition n'est en principe pas applicable à l'acte chirurgical qui ne peut être qualifié d'acte usuel.

Bien que cette notion ne soit pas définie réglementairement et ne le soit que partiellement par la jurisprudence, il convient de l'apprécier au regard des risques d'atteinte à l'intégrité corporelle du mineur.

Ainsi, un traitement comportant des effets secondaires ou ayant des conséquences invalidantes, un acte invasif, une anesthésie, une opération chirurgicale ne peuvent être considérés comme des actes usuels.

En conséquence, afin d'éviter toute difficulté ultérieure, il est donc vivement recommandé au chirurgien d'obtenir une autorisation écrite signée des titulaires de l'autorité parentale.

Le mineur, qui ne dispose pas d'un droit autonome, ne doit pas pour autant rester un simple spectateur.

Le médecin doit s'efforcer de rechercher le consentement du mineur « *s'il est apte à exprimer sa volonté* » (article L 111-4 al 5 CSP) en lui délivrant une information adaptée à son degré de maturité, le Code de la Santé Publique reconnaissant au mineur le droit de « *participer à la décision le concernant* » (article L 1111-2 CSP).

- Les exceptions :

Il existe cependant des exceptions à ce qui vient d'être exposé.

- D'une part, lorsque le mineur souhaite expressément conserver le secret sur son état de santé, le médecin peut se dispenser d'obtenir le consentement du ou des titulaires de l'autorité parentale dès lors le traitement ou l'intervention s'imposent pour sauvegarder la santé du mineur (article L 1111-5 du Code de la Santé Publique)

Il est néanmoins prévu que le praticien incite le mineur à obtenir l'accord des titulaires de l'autorité parentale et que, dans l'hypothèse où le mineur maintiendrait son opposition, il se fasse accompagner par une personne de son choix (cette dernière disposition étant inspirée du mécanisme prévu pour l'IVG des mineures).

- D'autre part, lorsque les titulaires de l'autorité parentale refusent de consentir à un acte médical pourtant nécessaire à la préservation de la santé de leur enfant.

Dans ce cas et dans l'hypothèse où la santé du mineur serait compromise, le médecin est désormais autorisé à pratiquer l'intervention, en dehors de l'autorisation des représentants légaux. Ceci étant, cette possibilité offerte au chirurgien peut être source de contentieux.

Les majeurs sous tutelle :

Le chirurgien doit délivrer une information au majeur sous tutelle, adapté à sa faculté de discernement.

Cependant, le consentement doit être donné par le tuteur.

Les proches :

En cas de diagnostic ou de pronostic grave, le secret médical ne s'oppose pas à ce que la famille, les proches de la personne malade reçoivent les informations nécessaires destinées à leur permettre d'apporter un soutien direct à celle-ci, sauf opposition de sa part.

2) Quelle est l'étendue du devoir d'information ?

Le coût de l'acte :

Le professionnel de santé doit afficher de façon visible et lisible dans sa salle d'attente ou à défaut dans son lieu d'exercice, les informations relatives à ses honoraires, y compris les dépassements qu'il facture.

Le Code de la Santé Publique, en son article L 1111-3, impose également au praticien d'informer le patient du coût de l'acte et de ses modalités de prise en charge par les organismes sociaux.

En ce qui concerne la chirurgie esthétique, il est rappelé que le praticien doit remettre un devis détaillé à son patient et que l'acte ne peut être pratiqué qu'à l'issue d'un délai minimum de 15 jours. (article D6322-30 du Code de la Santé Publique).

L'acte médical :

Le contenu de l'obligation d'information était jusqu'en 2002 l'apanage des juridictions et a donné lieu à d'innombrables contentieux.

Désormais, l'article L 1111-2 du Code de la Santé Publique tel qu'issu de loi du 4 mars 2002 définit l'étendue de cette obligation : elle porte sur les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés au patient, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les alternatives thérapeutiques, et sur les conséquences prévisibles en cas de refus.

Il convient d'ajouter que doit également faire l'objet d'une information, le risque même exceptionnel dès lors qu'il est « *normalement prévisible* » et répertorié dans la littérature médicale.

A titre d'exemple, c'est ainsi qu'ont été considérés par la jurisprudence comme des risques exceptionnels devant néanmoins être exposés au patient : le risque de cécité à la suite d'une kératoplastie (Cass. Civ. 1, 11 mars 2010 n°09-11.270), de paraplégie à la suite d'une cure de hernie discale (CA de Lyon 29 février 2012 n°2012/004264), de fistule à la suite d'une opération pour prolapsus génital (CAA de Lyon, 19 avril 2012, n°11LY01054), de lâchage de suture entre l'estomac et l'intestin grêle en cas d'intervention de by-pass gastrique (CA de Rennes, 14 mai 2014 –n°13/03614)...

Faut-il donc tout dire au patient ?

Jusqu'en 2012, on pouvait estimer qu'il existait une certaine contradiction entre l'obligation légale résultant de l'article L 1111-2 du Code de la Santé Publique et l'article 35 du Code de Déontologie qui offrait la possibilité au médecin de taire un diagnostic ou un pronostic grave, lorsqu'il estimait qu'il avait des « *raisons légitimes* » tenant à « *l'intérêt du malade* ».

Cependant, le décret du 7 mai 2012 modifiant l'article 35 du Code de Déontologie (article R 4127-35 du Code de la Santé Publique) vient clarifier la situation, en supprimant toute référence à « *à l'intérêt du patient* », « *aux raisons légitimes* », de même que celle relative à la gravité du pronostic ou du diagnostic.

Ainsi, on estime désormais que l'information du patient doit primer sur ce que le médecin, en conscience, pouvait considérer comme étant une information qui devait être tue « *dans l'intérêt du patient* ».

A titre d'exemple, la Cour d'Appel de Metz a été saisie par les parents d'un enfant ayant perdu la mobilité de ses pieds rendant impossible la pratique du sport, à la suite d'une synostose du tarse aux pieds réalisée afin de traiter une malformation osseuse.

Dans son arrêt du 9 septembre 2014, la Cour d'Appel a retenu un défaut d'information à l'encontre d'un chirurgien après avoir rappelé qu'il « *avait tenu des propos rassurants à l'enfant et à ses parents dès lors que selon lui le traitement de cette affection ne posait pas de problèmes et qu'il ne souhaitait pas donner plus de détails pour ne pas inquiéter la patiente et ses parents.* »

Il n'en demeure pas moins que le médecin doit veiller à s'adapter à la personnalité du patient, et l'informer tout en hiérarchisant les risques en fonctions de leur gravité et de leur fréquence, afin que le patient puisse consentir après avoir évalué les bénéfices et les risques de l'intervention qui lui est proposée.

Que faire, face à un patient refusant les soins ?

L'article L 1111-4 du Code de la Santé Publique rappelle que le patient peut refuser un traitement ou un acte de soins, ajoutant cependant qu'il appartient au médecin de l'informer des conséquences de ce refus.

Si la volonté du patient de refuser ou d'interrompre tout traitement met sa vie en danger, le médecin doit tout mettre en oeuvre pour le convaincre d'accepter les soins indispensables.

Dans tous les cas, le malade doit réitérer sa décision après un délai raisonnable. Celle-ci est inscrite dans son dossier médical.

Le médecin n'a donc pas le devoir de convaincre le patient, et se doit de respecter son refus, le patient demeurant seul maître des décisions concernant sa santé.

3) Quelles sont les exceptions au devoir d'information ?

Actuellement, il existe trois exceptions au devoir d'information :

Le refus du patient d'être informé :

Le patient, qui dispose du droit d'être informé, peut également refuser de l'être et préférer demeurer « *dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic* ».

Dans ce cas, le médecin doit respecter son refus (et en conserve la preuve dans le dossier médical), sauf lorsque des tiers sont exposés à un risque de transmission.

L'urgence (si une intervention immédiate s'impose)

L'impossibilité (inconscience ou incapacité du malade)

A cet égard, le Code de la Santé Publique précise que lorsque la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté, aucune intervention ou investigation ne peut être réalisée, sauf urgence ou impossibilité, sans que la personne de confiance, ou la famille, ou à défaut, un de ses proches n'ait été consulté (article L 1111-4 du Code de la Santé Publique).

En dehors de ces hypothèses, le patient doit être informé.

4) Comment informer et apporter la preuve de l'information délivrée ?

L'article L 1111-2 du Code de la Santé Publique dispose que « *cette information est délivrée au cours d'un entretien individuel* », en présence le cas échéant, de la personne de confiance désignée par le patient.

L'information doit être « *loyale, claire et appropriée* » : le chirurgien doit s'exprimer avec clarté et de manière intelligible (en veillant à ne pas employer de termes dont la technicité échapperait totalement au patient), et prendre le temps de répondre aux questions qui sont susceptibles de lui être posées.

La délivrance de l'information requiert du temps, de la sérénité et une certaine diplomatie.

Il est donc préférable d'éviter d'utiliser des expressions trop emphatiques comme « *après l'intervention, vous aller courir comme une gazelle* » ou encore « *vous aurez un sourire de star* », dont le patient ne manquera pas de se souvenir en particulier si les résultats de l'intervention s'avèrent éloignés de ces belles promesses...

Bien que le dialogue avec le patient soit primordial, le praticien ne doit cependant pas perdre de vue, qu'en cas de contentieux, il lui appartient (depuis 1997) de rapporter la preuve de l'information délivrée.

Or, au cours des procédures judiciaires, si certains patients reconnaissent avoir été parfaitement informés, d'autres affirment parfois le contraire, soit parce qu'ils ne l'ont effectivement pas été, soit par mauvaise foi, soit du fait d'une mémoire sélective.

Le médecin doit donc se prémunir de ce risque.

Si les juridictions estiment que la preuve de l'information peut être rapportée « *par tout moyen* », on ne peut que préconiser au médecin de conserver des traces écrites de l'information délivrée dans :

Le dossier médical (sur lequel le praticien inscrira l'information donnée, qui pourra comporter également des schémas, la lettre au médecin traitant avec la

mention « dictée devant le patient », ou tout autre support ayant servi à l'information)

Un formulaire de consentement éclairé qui mentionne notamment la date de l'intervention, le type d'intervention, les risques de celle-ci et qui devra de préférence être signé.

A cet égard, soulignons qu'il est pour le moins curieux que la Haute Autorité de Santé (HAS) indique encore dans ses recommandations de 2012 que « *ce document n'a pas à être signé par la personne et ne contient aucune formule l'invitant à y apposer sa signature* » puisque le respect de cette recommandation par le praticien ne lui permettra pas de démontrer que ce formulaire a été dûment remis au patient. Pour autant, il est également important de rappeler que la signature doit être apposée qu'une fois l'information délivrée et comprise : le formulaire ne doit donc pas être signé quelques minutes seulement avant l'intervention par un patient qui n'aurait pas même eu le temps de le lire...

Afin de déterminer si l'information a été correctement délivrée par le médecin, le juge saisi dans le cadre d'une procédure contentieuse, se servira d'un « *faisceau d'indices* » (circonstances de la délivrance de l'information, nombre de consultations, délai de réflexion, lettre du chirurgien au médecin traitant ou à d'autres spécialistes assurant le suivi du patient ...).

Au regard de ceux-ci, le juge se prononcera sur le respect –ou non- par le médecin de son obligation d'information.

Quelques exemples :

En matière de chirurgie esthétique (réduction mammaire), la Cour d'Appel, a retenu un défaut d'information imputable au chirurgien, après avoir relevé que « *le médecin a certes réalisé trois consultations opératoires et laissé un large délai de réflexion à la patiente avant de l'opérer mais l'information liée au risque de nécrose aréolo-mamelonnaire n'apparaît aucunement dans le dossier de consultation.* » (CA de Paris, 29 novembre 2013 n°12/14769)

En matière de chirurgie orthopédique, la Cour d'Appel a retenu un défaut d'information, motivant ainsi sa décision :

« si Melle G. n'a pas signé de consentement éclairé qui n'a d'ailleurs pas été retrouvé dans le dossier de la clinique, il est néanmoins établi que préalablement à l'intervention, l'entretien individuel prévu à l'article 1111-2 a bien eu lieu, puisque Melle G. a indiqué à l'expert judiciaire que le professeur B. lui avait montré sur un squelette en plastique de quoi il s'agissait et lui avait expliqué l'intervention, la qualifiant d'intervention courante dont les résultats étaient bons et que si elle était opérée, elle pourrait reprendre ses activités au bout de trois semaines avec une ceinture ainsi qu'une vie normale ;

Attendu qu'en revanche, il apparaît que le professeur B. ne l'a pas complètement éclairée sur l'ensemble des risques fréquents ou graves normalement prévisibles de l'intervention projetée puisque lui-même a reconnu devant l'expert que s'il parlait des risques d'hématomes, d'infection, de persistance de douleurs, il lui a avoué ne pas parler ou peu parler d'un déficit neurologique possible ;

Attendu que le fait que le professeur B. est un éminent spécialiste du rachis lombaire est insuffisant à lui seul, pour démontrer que l'information de Melle G. a été complète ;

Attendu qu'il ne produit aucune autre pièce permettant de démontrer avoir rempli complètement son devoir d'information alors que de son propre aveu devant l'expert judiciaire tel n'a pas été le cas ». (CA de Pau, 11 mars 2014)

- *« Le document remis à la patiente, intitulé « attestation de consentement du patient » est rédigé en des termes très généraux et ne contient aucune mention relative à la technique envisagée, aux raisons de son choix ni aux risques spécifiques ou non, qui y sont attachés, notamment celui d'un raccourcissement du membre inférieur et d'une boiterie qui s'est effectivement réalisée » (CA d'Aix en Provence, 10 avril 2014 – n°2014/213)*

A la lecture de ces décisions jurisprudentielles, on observe que si le médecin doit privilégier une information orale, il ne doit cependant pas négliger les traces écrites de la délivrance de cette information, afin d'apporter, en cas de contentieux, la preuve de ce qu'il a parfaitement respecté ses obligations.

5) Quand informer ?

Ainsi qu'il a été préalablement exposé, le chirurgien doit délivrer l'information avant l'acte qu'il envisage de réaliser.

Toutefois, ce devoir d'information ne cesse pas une fois l'intervention terminée, et se poursuit en post-opératoire. A l'issue de l'intervention, le médecin doit notamment informer le patient sur les signes d'alertes qui doivent l'amener à consulter ...

En cas de survenue d'une complication, le médecin doit également en informer le patient et lui exposer les possibilités thérapeutiques.

Enfin, le Code de la Santé Publique ajoute que *« 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. »*

Le devoir d'information ne se limite donc nullement à la période pré-opératoire.

6) Quelle est la « sanction » du défaut d'information :

Le médecin qui ne respecte son obligation d'information s'expose à la fois à une sanction ordinaire (prononcée par la Chambre Disciplinaire de l'Ordre des Médecins) mais également au versement de dommages et intérêts (par une juridiction ou à la suite d'un avis de la Commission de Conciliation et d'Indemnisation).

La question de l'information et de la violation de cette obligation a donné lieu à un important contentieux ainsi qu'à de récents revirements jurisprudentiels des juridictions civiles et administratives, qui méritent d'être exposés.

- Jusqu'en 2010, l'indemnisation du patient était subordonnée à la reconnaissance d'une faute du médecin et d'une perte de chance pour le patient.

Ainsi, les juges n'accordaient une indemnisation que lorsqu'ils estimaient que le défaut d'information avait empêché le patient d'exercer son choix de refuser l'intervention, et par conséquent lui avait fait perdre une chance d'échapper au risque qui s'était réalisé.

Le patient n'était donc pas indemnisé de l'intégralité des préjudices découlant de la complication survenue, mais uniquement d'une « fraction » de ses préjudices, correspondant au pourcentage de chance estimée perdue.

- Le **3 juin 2010**, un arrêt rendu par la Cour de Cassation a cependant marqué un revirement fondamental.

La Cour de Cassation, a fondé son raisonnement notamment sur les principes édictés aux articles 16 (dignité de la personne humaine) et 16-3 du Code Civil (atteinte à l'intégrité du corps humain), et jugé que toute personne ayant le droit d'être informée, « *le non-respect du devoir d'information, cause à celui auquel l'information était légalement due, un préjudice, que le juge ne peut laisser sans réparation* ».

Ainsi, par cet arrêt, et pour la première fois, la Cour de Cassation a estimé que le manquement au devoir d'information constituait nécessairement un préjudice « *autonome* » indemnisable, quand bien même il serait établi que dûment informé, le patient aurait accepté de courir le risque qui s'est réalisé ou qu'il n'existait pas d'autre alternative thérapeutique.

A la suite de cet arrêt, de nombreuses décisions ont octroyé une indemnisation au patient au titre de ce préjudice moral résultant d'un simple défaut d'information, certaines juridictions allant même jusqu'à accorder un cumul d'indemnisation (au titre de la perte de chance et de ce préjudice qualifié d'autonome).

-Par un arrêt du **10 octobre 2012**, le Conseil d'Etat a, quant à lui, également modifié sa jurisprudence antérieure et s'est rapproché de la position de la Cour de Cassation, en admettant également l'indemnisation d'un préjudice « *distinct* » de la perte de chance.

En effet, dans cet arrêt, le Conseil d'Etat a considéré « *qu'indépendamment de la perte d'une chance de refuser l'intervention, le manquement des médecins à leur obligation d'informer le patient des risques courus ouvre pour l'intéressé, lorsque ces risques se réalisent, le droit d'obtenir réparation des troubles qu'il a pu subir du fait qu'il n'a pas pu se préparer à cette éventualité, notamment en prenant certaines dispositions personnelles* ».

Cependant, si le Conseil d'Etat a admis, à son tour, un préjudice distinct dit « *d'impréparation* », il a affirmé très clairement que ce préjudice ne pouvait exister (et donc donner lieu à indemnisation) que si le risque s'était effectivement réalisé.

Le Conseil d'Etat indemnise donc l'impossibilité pour le patient de s'être préparé au risque survenu dont il n'a pas été préalablement informé par le médecin.

Enfin, dans son arrêt du **23 janvier 2014**, la Cour de Cassation s'est alignée sur la position du Conseil d'Etat.

L'indemnisation de ce préjudice « moral » au titre d'un défaut d'information n'est donc pas systématique, et demeure subordonnée à la réalisation du risque dont le patient n'avait pas été informé.

Cette évolution rassurera donc les médecins, tout en maintenant le droit à indemnisation des patients qui peuvent cumuler une indemnisation au titre de la perte de chance et au titre d'un préjudice moral d'impréparation si le risque dont il

n'avait pas été informé, s'est réalisé.

Vous l'aurez compris, l'information du patient doit lui permettre de consentir à l'acte ou de le refuser, en pleine connaissance de cause.

Si l'évolution de cette obligation d'information et les exigences jurisprudentielles doivent conduire les chirurgiens à demeurer vigilants dans leur exercice quotidien, il est indispensable que la relation entre le médecin et son patient reste fondée sur la confiance, et ce, tant dans l'intérêt du patient que dans celui du médecin.

Madame Dorothée Dibie

En 5 minutes, je vais vous raconter une histoire de soleil pour éclairer cette journée d'hiver et vous faire comprendre que le magistrat ne sert pas à rien et qu'il ne se contente pas de suivre l'avis des experts. Il a **sa logique juridique propre**.

Une dame veut partir en hiver se réchauffer au soleil de la Martinique. Elle va voir son médecin pour s'informer sur les vaccinations à se faire faire avant de partir. Il lui conseille de se vacciner contre l'hépatite B, ce qu'elle fait.

Quelques temps plus tard, après son retour de voyage, la personne est gênée par des troubles de la marche, cependant qu'apparaît une grande fatigue. Les médecins éliminent une SEP (Sclérose En Plaques) et concluent à une SLA (Sclérose Latérale Amyotrophique) après des explorations très complètes.

La personne devenue patiente se retourne alors contre le laboratoire ayant fourni le vaccin. Elle est déboutée après expertise.

La patiente ne se décourage pas et se retourne contre son médecin qu'elle estime ne pas l'avoir suffisamment informée des risques de la vaccination. L'expert conclut qu'il n'y a aucun lien de causalité entre la SLA et le vaccin, et qu'il n'y avait pas lieu d'informer de l'absence de risque et de préjudice, puisqu'ils n'existaient pas. La patiente est déboutée au TGI, en appel et se pourvoit en Cassation, en demandant si l'absence de préjudice justifie qu'elle n'est pas été informée par son médecin.

En se fondant sur des jurisprudences de 2010 et 2012, la Cour de Cassation estime que « le simple fait de ne pas informer est en soi une source de préjudice ». Elle retient ainsi la possible responsabilité du médecin, ne tenant pas compte de ce qu'avait dit l'expert. Mais elle nuance son propos, retenant le « préjudice d'impréparation », le médecin n'ayant pas su préparer la patiente à un risque éventuel, et estime que cela n'est pas suffisant pour le condamner.

Ainsi le magistrat peut dépasser l'avis de l'expert, considérant que « l'obligation d'informer est une obligation pour le médecin et un droit pour le patient ».

Pour conclure, mon expérience me fait me demander si ce n'est pas finalement une écoute que recherche essentiellement le patient .

Mr François Vialla

Information, consentement du patient, pourquoi parler de faute d'humanisme ?

La responsabilité fait peur !

Elle effraye, notamment, les professionnels de santé. Pourtant, les soignants sont des femmes et des hommes qui, à l'instar de Dutronc, sont considérés comme autorisés à chanter :

*« Je suis un homme responsable
Je cache pas ma tête dans l'sable
J'veux pas chanter comme grand-père
Dans la vie faut pas s'en faire
Et j'veux chanter au contraire
Dans la vie il faut s'en faire
Pour être toujours solidaires
De ceux qui comme moi voient clair
Je suis un homme responsable
Je suis un homme responsable ».*

Derrière l'épouvantail de la responsabilité, une véritable heuristique de la peur se fait jour. Si elle est à ce point « *anxiogène* », c'est avant tout parce qu'elle est mal connue et mal maîtrisée. Finalement, on pourrait constater, ici comme ailleurs, que la crainte est souvent signe d'ignorance. On ne peut, donc, que louer l'Académie Nationale de Chirurgie pour son initiative. Réunir chirurgiens, experts, assureurs, magistrats, avocats et universitaires est une heureuse résolution. Pour se comprendre, en effet, il faut s'entendre, pour s'entendre il faut s'écouter, et pour s'écouter il faut se parler. Parler, notamment, de l'engagement de la responsabilité pour une défaillance dans la dispensation de l'information et dans le recueil du consentement du patient.

On sait que le mécanisme de la responsabilité nécessite que soient réunies les preuves d'une faute, d'un dommage et d'un lien de cause à effet (lien de causalité), liant celle-ci (la faute) à celui-là (le dommage).

Avec la loi éponyme du 4 mars 2002, le principe de l'exigence d'une faute pour voir la responsabilité d'un professionnel de santé engagée a été fortement réaffirmé. L'article L1142-1- I du Code de la santé publique (CSP) dispose, en effet :

*« Hors le cas où leur responsabilité est encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé, **les professionnels de santé** (...), ainsi que tout établissement, service ou organisme dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins **ne sont responsables** des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins **qu'en cas de faute** ».*

Planiol précisait que la faute consiste en un « **manquement à une obligation préexistante** ».

De telles obligations, préexistantes, incombant au chirurgien peuvent trouver leurs sources dans la loi, dans la déontologie, voire dans la jurisprudence. On sait que pèse sur « l'homme de l'Art » une **double exigence de science et de conscience**. Dès l'arrêt Mercier cette ambivalence fut mise à jour : « *Mais attendu qu'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 des circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science» (sur cet arrêt V. *Les grandes décisions du droit médical*, LGDJ 2014, 2^e Ed., Dir. VIALLA F.). L'article R4127-32 du CSP dispose aujourd'hui : « *Dès lors qu'il a accepté de répondre à une demande, le médecin s'engage à assurer personnellement au patient des soins consciencieux, dévoués et fondés sur les données acquises de la science, en faisant appel, s'il y a lieu, à l'aide de tiers compétents* ».

La défaillance du praticien dans ses obligations de science engagera, naturellement, sa responsabilité. Il en ira de même sur le terrain du manquement aux devoirs d'humanité. Le défaut d'information ou de recueil du consentement exposent, donc, le professionnel nonobstant la qualité technique et scientifique de sa prestation. Il convient, alors, de s'interroger sur les fondements de ces devoirs d'information et de recherche du consentement, d'en envisager les modalités de dispensation et les moyens d'établir la preuve du respect de ses obligations par le soignant.

1/ Les fondements de l'exigence de la dispensation l'information et du recueil du consentement

La prestation du chirurgien est assurément **ancrée dans une dimension scientifique**, dans le respect des données acquises de la science et autres connaissances médicales avérées (VIALLA F., *Données acquises de la science, Connaissances médicales avérées*, in *Les grandes décisions du droit médical*, LGDJ 2014, 2^e Ed. ; V. aussi *Le consentement*, in *Les Grands Avis du Comité Consultatif d'Éthique*, LGDJ 2013).

Pour autant, **les devoirs du soignant ne s'épuisent pas dans cette exigence**. On sait depuis RABELAIS que « (...) *sapience n'entre point en âme malivole et science sans conscience n'est que ruine de l'âme, (...)*» (RABELAIS, Pantagruel 1532, *Lettre de Gargantua à son fils Pantagruel*).

Parallèlement à la prestation scientifique et technique, éthique et droit exigent, donc, du soignant qu'il **agisse avec conscience et dévouement. C'est alors que l'on peut parler, en cas de défaillance, de faute d'humanisme** (VIALLA F., *la faute d'humanisme*, in *10 ans d'application de la Loi Kouchner*, sous Dir. BLOCH L., RGDM hors série, www.bnds.fr).

Quel est donc cet humanisme médical qui est attendu ? Rappelons, avec le dictionnaire de l'Académie Française, que l'humanisme est une « *Doctrine, attitude philosophique, mouvement de pensée qui prend l'homme pour fin et valeur suprême, qui vise à l'épanouissement de la personne humaine et au respect de sa dignité* » (Dict. Académie Française, V^o Humanisme, <http://atilf.atilf.fr/academie9.htm>). La proximité avec les dispositions de l'article 16 du Code civil est saisissante : « *La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie* ».

Voir dans le malade une personne, un égal en dignité, voilà ce dont il s'agit. Informer le patient et recueillir son consentement, c'est avant tout le respecter sa dignité ontologique.

On constate pourtant une relative perte de repères en la matière. Ainsi peut-on lire dans le Rapport *penser solidairement la fin de vie* « (...) Peu à peu, la **médecine moderne**, aux connaissances de plus en plus développées, a fini par **considérer la maladie plutôt que le malade. Le médecin tend à devenir un « technicien de l'organe malade »**, et le malade un « usager de la médecine », voire un simple consommateur » (Rapport de la Commission Sicard remis au Chef de l'Etat, *Partie II, la médecine désarmée*, La documentation Française, p. 28 ; VIALLA F. *Suicide assisté, vers un acte médico-létal, A propos du rapport de la commission Sicard du 18 déc. 2012*, JCP 2013, éd. G, 68, p.114 et s.). Technicien de l'organe malade le soignant n'appréhende plus la personne dans sa complexité, au risque de la confiner dans sa pathologie, son âge ou son handicap. Sauf au risque d'une "résidualité de l'être" qui se confie à lui, le chirurgien doit, donc, être conscient que, « *par delà le corps vivant qu'il soigne* », il « *doit aussi se préoccuper du corps vécu* » (VIALLA F. *Le consentement, in Grands Avis du Comité Consultatif d'Ethique*, LGDJ 2013 ; V. RUSS J. et C. LEGUIL C., *la pensée éthique contemporaine*, PUF, que sais-je 2012, p. 58).

Le constat de l'ambivalence de la relation de soin n'est pas nouveau. Déjà HUGO le met à jour dans son poème, *La sœur de charité* (in *Les paroles de mon Oncle, La Légende des siècles*, Dernière série XV). Le tableau de jeunesse de PICASSO, *Ciencia y caridad (1897)*, montre bien une dissociation entre le rôle du médecin, confiné dans la technique et celui de la sœur de charité ancré dans le « *prendre soin* ». Rappelons qu'aujourd'hui, le mot « *thérapeutique* » est défini comme la « *Discipline médicale qui se consacre aux moyens pouvant être utilisés pour supprimer une maladie ou corriger les lésions produites par un traumatisme et prévenir leurs séquelles* » (Dict. Académie Nationale de Médecine, V° Thérapeutique ; <http://dictionnaire.academie-medecine.fr>). Il convient, pourtant, de ne pas oublier que *θεραπευτικός* signifie « *qui prend soin de* » et *θεραπευτική* se réfère à « *l'art de prendre soin* ». Le « **prendre soin** », **la conscience et le dévouement, l'humanisme sont au cœur toute relation de soin, non pas contre, mais au soutien de l'acte technique qui, isolé, perd tout son sens !**

Assurément il n'est pas possible d'informer un organe malade, ... même en ORL, aussi est-il impérieux de recueillir le consentement de la personne « *qui est autour de cet organe* » ! Rappelons que, dans le Code civil, les règles relatives au corps humain figurent dans le Livre 1^{er} consacré à la personne. **Le corps est, pour le juriste, l'élément vivant de la personne, du sujet de droit.**

Comment ne pas évoquer, ici, ces paroles de GANDHI : « ***Ce que vous faites pour moi, sans moi, vous le faites contre moi*** » (parfois attribuées à MADELLA).

Retrouver cet humanisme médical, c'est aussi se rappeler le sens profond de l'acte de soin.

Il convient, peut-être de rappeler la *parabole du Samaritain*, présente dans l'Évangile du médecin Luc : « [33] *Mais un Samaritain, qui voyageait, étant venu là, fut ému de compassion lorsqu'il le vit. [34] Il s'approcha, et banda ses plaies, en y versant de l'huile et du vin; puis il (...) prit soin de lui* » (Luc 10-33). Rappelons que les données

acquises de la science s'apprécient au jour de l'acte. Peut-être qu'*oléothérapie* et *oenothérapie* seraient, aujourd'hui, contestées, mais elles semblent conformes aux "*recommandations de l'époque émises par la Haute Antiquité de Santé*". L'humanisme, en revanche semble ne pas connaître de rupture temporelle.

Lire, ou relire, la prière médicale de Moshe ben Maïmon serait utile : « *Mon Dieu, remplis mon âme d'amour pour l'Art et pour toutes les créatures (...)* ». Finalement se serait de l'Amour que l'on attend du chirurgien ? Non pas ἔρως, στοργή ou Φιλία, mais Ἀγάπη ?!

C'est bien, en effet, d'Amour qu'il est parfois question sous la plume de chirurgiens : « *Au bout de 10 minutes, nous tombons tous les 4 d'accord. Encore, 10 minutes et Vidal opère avec Gindrey, Patrice et moi nous regardons. Plaie de la plèvre, du poumon, plaie de la rate, blessure du grêle, déchirure de l'estomac. Quand je pense que ce phénomène prétendait n'avoir pas mal ! Et jamais je ne vis blessé de guerre opéré avec tant d'adresse, tant de précautions, tant d'amour, voilà le terme exact : tant d'amour !* » (Médecin Commandant GRAUWIN, *J'étais médecin à Dien Bien Phu*, Ed. France Empire)

Ces textes, ô combien éclectiques, nous rappellent que toute relation de soin est nécessairement ancrée dans une **dimension ambivalente, où science et conscience sont intimement liées.**

La jurisprudence se fait l'écho de cette exigence d'humanisme. Depuis longtemps, les devoirs d'information et de recueil du consentement sont considérés comme **consubstantiellement associées au respect de la dignité de la personne**. Dès 1942 la Cour de cassation affirmait : « *Mais attendu 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 la responsabilité, l'utilité, la nature et les risques ; qu'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, et qui constitue une faute personnelle se détachant de l'exercice des fonctions que l'administration des hospices a qualité pour régler* ». (Cass. req., 28 janvier 1942, Teyssier ; Gaz. Pal, 62, 1942, 1, p. 177 ; D., 1942, p. 63 ; V. les grandes décisions du droit médical LGDJ 2009, Dir. VIALLA F. ; V. aussi Cass. civ. 1^{ère} 9 octobre 2001, no 00-14564 ; Bull. civ., I, no 249 ; D. 2001, juris., p. 3470, rapp. P. Sargos, note D. Thouvenin ; JCP éd. G 2002, II, 10045, note O. Cachard ; LPA, no 243, 6 déc. 2001, note C. Clément ; LPA no 52, 13 mars 2002, p. 17, note F. Marmoz ; Resp. civ. et assur. 2001, comm., no 374 ; Les grandes décisions du droit médical LGDJ 2009, Dir. VIALLA F. ; Cass. civ. 1^{ère}, 12 juin 2012 n° 11-18.327 : « Vu les principes du respect de la dignité de la personne humaine et d'intégrité du corps humain, ensemble l'article 1382 du code civil ; Attendu que le non-respect par un médecin du devoir d'information dont il est tenu envers son patient, cause à celui auquel cette information était légalement due un préjudice qu'en vertu du texte susvisé le juge ne peut laisser sans réparation », Revue Droit & Santé 2012, n°50, obs. A Gorny, M Merckx, www.bnds.fr).

L'exigence d'humanisme nécessite, alors, que l'on s'interroge sur les modalités de la délivrance de l'information et du recueil du consentement. Une certaine « routine » professionnelle pourrait, en effet, confiner ces exigences dans une approche très formaliste où le sens profond de leurs enjeux et de leurs logiques auraient disparu, pour ne le considérer que comme un fardeau « administratif » de plus.

2/ Les modalités de la dispensation de l'information et du recueil du consentement

Il convient de considérer comme révolu le temps où Guy de CHAULIAC pouvait affirmer : « *Le médecin attend de son patient qu'il lui obéisse tel un serf à son seigneur* » (G de CHAULIAC, 1298-1368).

Plus proche de nous le Pr. PORTES pouvait encore écrire : « *Face au patient, inerte et passif, le médecin n'a en aucune façon le sentiment d'avoir à faire à un être libre, à un égal, à un pair qu'il puisse instruire véritablement. Tout patient est, et doit être pour lui, comme un enfant à apprivoiser, non certes à tromper – un enfant à consoler, non pas à abuser – un enfant à sauver, ou simplement à guérir, (...) Le patient à aucun moment ne connaissant, au sens exact du terme, sa misère, ne peut vraiment consentir ni à ce qui lui est affirmé, ni à ce qui lui est proposé* ». (Pr. L. PORTES, *À la recherche d'une éthique médicale*, Paris 1954 p. 163).

A l'occasion des débats parlementaires précédant le vote de la Loi du 4 mars 2002, M. KOUCHNER affirmera : « **Il faut nous donner les moyens de sortir d'une relation trop souvent paternaliste.** Il faut que les médecins admettent qu'ils ont en face d'eux des adultes, des partenaires. Si la maladie ou la menace de la mauvaise nouvelle nous fragilise, nous attendons des professionnels qu'ils nous aident à retrouver les moyens de notre autonomie de décision, de réaction, de survie. Un malade informé, un malade qui participe à son traitement hâte sa guérison, transforme parfois les pronostics pessimistes » (JO débat AN COMPTE RENDU INTÉGRAL 2^e séance du mardi 2 octobre 2001 p15).

Informé le patient est essentiel pour que celui-ci puisse émettre un consentement véritable.

Il convient, ici, de s'arrêter brièvement sur le sens des termes information et consentement.

In formare, c'est façonner, c'est mettre en forme la compréhension d'une situation par la personne prise en soin. Ce n'est pas lui asséner, de manière abrupte et savante, un discours technique inaccessible. Ce n'est pas davantage l'infantiliser au moyen d'un discours puéril.

Pour illustrer cette affirmation on pourrait utiliser l'image d'un *bloc de marbre*, massif, lourd, imperméable, impénétrable et opaque. Le commun des mortels placé devant ce bloc ne verra que cette réalité, là où pourtant, le sculpteur décèle, déjà, l'œuvre *emprisonnée* dans la pierre ! Ne dit-on pas que MICHEL ANGE, dévoilant la PIETA aux ouvriers qui lui avaient livré le marbre, et les entendant s'extasier aurait dit : « **elle était dedans** » ! Le patient, confronté à la maladie et au savoir du soignant est face à un bloc de marbre, là où l'homme de l'Art entrevoit déjà l'œuvre

diagnostique, pronostique et thérapeutique. **Il lui incombe, alors de rendre son savoir accessible et compréhensible, afin qu'un consentement puisse être émis !**

Mais, précisément, ce consentement ne peut être circonscrit à la seule émission d'une adhésion dénuée de véritable compréhension !

Pour s'en convaincre il suffit de rappeler l'enseignement de THOMAS d'AQUIN : « **consensus voluntatis est actus qui praesupponit actum intellectus** ». Cette proposition essentielle est ainsi traduite en droit : « **L'acte de volonté présuppose un acte intellectuel** » (V. H Roland, L. Boyer, Adages du droit français, Litec, n°58, p.106).

Consentir n'est donc pas un acte passif dénué de sens, c'est celui d'un agent dont il convient de « hausser le niveau de compréhension » ! Il incombe au chirurgien de rendre possible l'acte intellectuel attendu du patient autrement appelé « *consentement* » !

C'est à une **métamorphose du patient que le praticien doit prêter son concours...** Infantilisation du malade et paternalisme médical sont donc à proscrire.

Si le patient est, au commencement, inaccessible au savoir du chirurgien, il faudra pourtant rendre possible l'émission d'un consentement véritable.

Les textes viennent avec précision fixer les devoirs du chirurgien en la matière.

Celui-ci doit, informer la personne (CSP Articles L1111-2, L1111-4, R4127-34, R4127-35) de manière **loyale, claire et appropriée**. Notons que, dans une relation « *devenue adulte* », le soignant de semble plus pouvoir garder le silence sur un diagnostic ou un pronostic. La réforme de l'article R4127-35, alinéa 2, du CSP est particulièrement significative. Ce texte permettait certaines omissions : « *Toutefois, sous réserve des dispositions de l'article L. 1111-7, dans l'intérêt du malade et pour des raisons légitimes que le praticien apprécie en conscience, un malade peut être tenu dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic graves, sauf dans les cas où l'affection dont il est atteint expose les tiers à un risque de contamination* ».

Désormais le médecin n'est plus autorisé à se taire, c'est le patient qui, en revanche, peut vouloir ne pas savoir : « *Toutefois, lorsqu'une personne demande à être tenue dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic, sa volonté doit être respectée, sauf si des tiers sont exposés à un risque de contamination* » (Article R4127-35, Modifié par [Décret n°2012-694 du 7 mai 2012 - art. 2](#) ; VIALLA F., *La réforme discrète du Code de déontologie médicale, A propos du Décret du 7 mai 2012*, JCP 2012, éd. G, 663, p.1097 et s. et Rev. Droit & Santé 2012, n°48, p. 506 et s. www.bnds.fr).

Mais les devoirs du chirurgiens ne s'épuisent pas dans la dispensation de l'information, il doit, encore, « veiller à la compréhension » (CSP R.4127-34, R.4127-35), « **conseiller** » (CSP R.4127-35) mais surtout « **préconiser** » (CSP L1111-4) !

On retrouve dans ces exigences textuelles, le socle des échanges nés d'une véritable relation binaire chirurgien/patient. D'HIPPOCRATE à DUHAMEL ce « **colloque singulier** » se révèle essentiel. DUHAMEL (1884 - 1966) l'évoqua à de multiples occasions : « *Entre le médecin de famille et l'homme souffrant s'engageait ce qu'il m'est arrivé d'appeler déjà « un colloque singulier», un colloque d'homme à homme* » (in *Problèmes de l'heure 1957* ; « *le colloque du médecin et du malade est*

essentiellement un colloque singulier, un duo entre l'être souffrant et celui dont il attend délivrance. Entre ces deux personnages existe presque toujours un secret » in Paroles de médecin 1946 ; Paul RICOEUR parlera de « rencontre singulière »). Assurément à l'ère de l'équipe et de l'équipement, ce colloque singulier est peut être devenu pluriel, il s'est, en outre, opacifié du fait de la multiplication des « écrans techniques » (V. H PEQUIGNOT, Médecine et monde moderne, Ed. de minuit, 1953).

Pour autant, la pierre angulaire de la relation demeure bien la rencontre de deux volontés éclairées.

Prévues par les dispositions de l'article L1111-2 du CSP, des « recommandations de bonnes pratiques sur la délivrance de l'information » sont établies par la Haute Autorité de santé et homologuées par arrêté du ministre chargé de la santé. Les dernières en date ont été publiées en mai 2012 (VIALLA F., Rev. Droit & Santé 2013, n°51, p. 88 et s. www.bnds.fr). Elles se révèlent particulièrement instructives sur l'attitude que doit adopter le médecin.

Elles rappellent, comme l'article L1111-2 du CSP, **la primauté de l'oral, la nécessité d'un réel dialogue et l'humanité attendue de la part du praticien :**

- « *La délivrance de l'information, qui implique un dialogue, se fait toujours dans le cadre d'un entretien individuel (...) La délivrance de l'information requiert du tact, du temps et de la disponibilité, ainsi qu'un environnement adapté. Elle s'inscrit dans un climat relationnel alliant écoute et prise en compte des attentes de la personne. Il est souvent nécessaire de délivrer l'information de façon progressive et en plusieurs fois* » (§2 Les modalités de la délivrance de l'information, 2.1 L'entretien individuel) ;
- « *L'information, qui est toujours orale, est primordiale* » (2.4 L'usage de documents écrits).

3/ La preuve de la dispensation de l'information et du recueil du consentement

Sur le terrain de la responsabilité pour défaut d'information ou pour une défaillance dans le recueil du consentement **le chirurgien sera souvent confronté à un problème de probatoire**. On sait, en effet, qu'il lui incombe d'apporter la preuve (CSP Art. L1111-2) du respect des exigences légales et jurisprudentielles. Celle-ci peut être apportée par tout moyens. Il faut alors démontrer **l'existence à la fois du « contenant »** (l'entretien individuel) **et du « contenu »** (l'information dispensée dans le respect des exigences posées par le droit).

Une tendance se fait alors jour chez les praticiens. Elle consiste à privilégier, de manière parfois exclusive, **la production d'un document qualifié en pratique de « document de consentement éclairé »**.

Là encore les « recommandations de bonnes pratiques sur la délivrance de l'information » sont d'un grand intérêt.

Relativement à « L'usage de documents écrits » (2.4), elles rappellent le **caractère essentiel de l'oral**, mais précisent qu' « *En complément de cette information, lorsque*

des documents écrits existent, il est recommandé de les remettre à la personne pour lui permettre de s'y reporter et/ou d'en discuter avec toute personne de son choix.

Le document d'information est exclusivement destiné à donner à la personne des renseignements par écrit. Ce document n'a pas à être signé par la personne et ne contient aucune formule l'invitant à y apposer une signature ». On lit, encore au § 2.6 relatif à la « La traçabilité de l'information » : « Parce que ces mentions –il s'agit de celles portées au dossier du patient- suffisent à servir de moyen de preuve en cas de litige, il n'y a pas lieu de demander à la personne une confirmation signée de la délivrance de l'information ». Enfin, il est précisé dans les développements consacrés à l'« Évaluation de la qualité des documents écrits d'accompagnement de l'information » (§4.3) que sera vérifié « qu'aucune signature n'est demandée à la personne ».

L'usage du « document de consentement éclairé » semble donc ne pas être le « sésame » espéré. La qualité du dossier se révèle essentielle.

La jurisprudence elle-même conduit à ne pas faire de l'usage d'un document standardisé un solution miracle.

Ainsi la Cour d'appel de Toulouse a précisé : « *Le document intitulé 'Consentement éclairé mutuel - Autorisation d'opérer' signé par madame M. le 22 février 2005, veille de l'intervention, est ainsi rédigé: "Je reconnais avoir reçu de mon chirurgien toute l'information souhaitée, simple et intelligible concernant l'évolution spontanée des troubles ou de la maladie dont je souffre au cas où je ne me ferais pas opérer.*

Il m'a aussi expliqué les risques auxquels je m'expose en me faisant opérer, les bénéfices attendus de cette intervention et les alternatives thérapeutiques.

*Je reconnais avoir été informé que toute intervention chirurgicale comporte un certain pourcentage de complications et de risques y compris vitaux, tenant non seulement à la maladie dont je suis affecté (e), mais également à des variations individuelles non toujours prévisibles. (...)"'. **Ce document libellé en termes très généraux ne contient aucune précision quant à la nature des complications et des risques effectivement liés à l'arthroscopie, qui étaient prévisibles et nécessairement connus du docteur M.-M., puisqu'il résulte du rapport d'expertise que l'épanchement sanguin post opératoire et sa diffusion sont relativement fréquents dans ce type d'intervention. Il ne peut donc constituer une information conforme aux exigences légales et jurisprudentielles en la matière »** (Cour d'appel de Toulouse, 25 Octobre 2010, N° 508, 10/01705, VIALLA F., bref retour sur le consentement éclairé, DALLOZ 2011, 292 et Rev. Droit & Santé 2011, n°39, p. 33 et s. www.bnds.fr).*

On se souviendra, encore, d'un arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence qui constate que « (...) si monsieur C. a signé le 16 septembre 2004 un document intitulé 'consentement éclairé mutuel en chirurgie', **il n'est pas contesté par le docteur B. que cette signature ait été donnée lors de la visite de pré-anesthésie dans le cadre de l'information donnée sur celle-ci et de l'interrogatoire préalable à l'opération, hors la présence du chirurgien; ce document est dès lors insuffisant à constituer une preuve »** (CA Aix en Pce, 27 juin 2012, n°10/14091 N° 2012/297n DUGNE J. et VIALLA F. *Du nouveau en matière d'obligation d'information ?*, Rev. Droit & Santé 2012, n°50, www.bnds.fr)

Récemment la Cour Administrative d'Appel de Marseille a affirmé que « *la production par un établissement hospitalier d'un document écrit signé par le patient n'est ni nécessaire ni suffisante pour que puisse être considérée comme rapportée la preuve, qui lui incombe, de la délivrance de l'information prévue par les dispositions de l'article L. 1111-2 du Code de la santé publique (...) qu'il appartient en revanche à cet établissement d'établir qu'un entretien, préalable nécessaire à la délivrance d'une information conforme à ces dispositions, a bien eu lieu et de démontrer par tout moyen que le destinataire de l'information a été mis à même de donner en connaissance de cause un consentement éclairé à l'acte de soins auquel il s'est ainsi volontairement soumis* » (CAA Marseille, 2e ch., 13 février 2014 : n° 11MA02696, RDS 2013 N°60 p. 1378 obs. VIALLA F., www.bnds.fr).

Pourtant, nombres d'experts exigeront dans le cadre de leurs missions la production d'un tel document ! **Les chirurgiens sont donc pris entre deux injonctions paradoxales** : ne pas exiger de signature du patient et produire un document signé ! Il semble que l'arrêt de la Cour Administrative d'Appel de Marseille puisse indiquer la voie à suivre pour le chirurgien :

- être conscient que la seule production du « *document de consentement éclairé* » sera impuissante à apporter la preuve du respect de ses obligations par le praticien ;
- contribuer à la constitution d'un faisceau d'indices convergents, dès lors que le « *document de consentement* » produit est complété par d'autres éléments de preuves :
 - o – le dossier du patient contenant la date des entretiens, et les informations dispensées
 - o les courriers échangés avec les confrères etc.

A l'issue de ce rapide tour d'horizon consacré à l'information et au recueil du consentement, on constatera que, **loin d'être une simple problématique formelle, la question permet de s'interroger sur le sens même de la relation de soin**. Assurément bien des points demeurent en suspens. Qu'en est il de l'information et du consentement à l'acte chirurgical pour une personne vulnérable ? Le mineur ou le majeur protégé exercent-ils eux mêmes leurs droits, quelle place donner aux titulaires de l'autorité parentale, au curateur ou au tuteur ? Autant de questions que le chirurgien peut-être conduit à se poser. Ce sera, peut-être dans un proche avenir, l'occasion de nouveaux échanges entre chirurgiens et juristes.

Le doyen SAVATIER nous invitait déjà à ce partage : « *Médecin et juriste incarnent deux humanismes... Toutefois l'être humain est si riche que le médecin et le juriste, le regardant respectivement sous l'angle de leur profession, ne se rencontrent pas immédiatement... Mais, par le sommet, les deux professions se rejoignent. Le médecin, à travers le corps qu'il soigne, noue nécessairement un lien étroit avec cette "personne" qui préoccupe le juriste. Et le juriste... prend nécessairement appui sur les corps humains qui sont l'élément vivant de la personne*» (SAVATIER R., *Les Métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, Seconde série, Dalloz 1959, *L'universalisme renouvelé des disciplines juridiques, Au confluent de deux humanismes : ententes et mésententes entre médecins et juristes*, p. 234, n°213).

2. Aléas, Fautes, Maladresses fautives et non fautives

Mr Nicolas Gombault,

Ce sujet est très intéressant pour 2 raisons :

1 La responsabilité du chirurgien est principalement mise en cause à l'occasion de l'acte technique de prise en charge et notamment de la période pré per et post opératoire.

2 Cette notion de responsabilité est loin d'être assimilée par tous, ce qui est source de malentendus, de controverses sémantiques et de discussions sans fin.

Il convient de clarifier la jurisprudence actuelle sur ces notions d'aléa, de faute et de maladresse fautive ou non fautive qui est très fournie, difficile à interpréter, obscure et parfois même contradictoire, à la lumière de quelques affaires récentes.

La responsabilité pour faute du praticien est rappelée dans la loi sur les droits des patients du 04 03 02 :

- Les professionnels de santé ne sont responsables des actes dommageables de prévention de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute (art. L1142-1 I CSP).
- La faute ne saurait se déduire de l'anormalité ou de la gravité du préjudice.
- La charge de la preuve incombe au patient (à l'exception du devoir d'information). Cependant l'article 1353 du code civil admet des présomptions graves, précises et concordantes pour dispenser le patient de la charge de la preuve.
- Jurisprudence : « la réparation des conséquences de l'aléa thérapeutique n'entre pas dans le champ des obligations dont un médecin est contractuellement tenu à l'égard de son patient ».

L'aléa et la maladresse appréciés par les magistrats.

Exemple n°1 : Cour de Cassation, 20 03 2013, n° 12-13.900.

- Les faits : péritonite par perforation digestive au décours d'une liposuction.
- La procédure : le TGI retient la responsabilité du médecin généraliste et du chirurgien à raison de 50% chacun pour retard diagnostic.
- En appel le jugement est réformé. Le chirurgien est mis hors de cause et la responsabilité du généraliste retenue à hauteur d'une perte de chance de 90% pour absence de toucher rectal.
- La cour de cassation casse et annule l'arrêt d'appel au motif qu'il n'a pas caractérisé en quoi « le chirurgien aurait fait la preuve que la hernie ombilicale constituait une anomalie indécélable » ou que « le risque de perforation et la contamination bactérienne subséquente n'aurait pas été maîtrisable »

- « 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 à cette intervention qui, ne pouvant être maîtrisé, relèverait de l'aléa thérapeutique.

Exemple n°2 : Cour de Cassation, 24 04 13, n°12-17751.

- Les faits : dysfonctionnements de l'appareil manducateur et acouphènes a la suite de l'avulsion d'une dent de sagesse chez un chanteur lyrique.
- La procédure : le TGI indemnise le patient de son préjudice (320000€).
- En appel cette décision est infirmée, considérant qu'il n'y avait pas moyen de prévenir les dysfonctionnements de l'appareil manducateur et que les acouphènes étaient en rapport avec l'état antérieur du patient ; les magistrats ne relèvent ainsi aucune faute du praticien.
- La cour de cassation confirme le jugement de la cour d'appel.

Ces 2 arrêts ne sont contradictoires qu'en apparence : dans le 1°cas un organe non concerné par l'intervention a été blessé, et la responsabilité du praticien mise en cause. Dans le 2°cas le risque n'était pas maîtrisable et la responsabilité du praticien n'a pas été retenue. Les 2 arrêts sont ainsi cohérents.

Exemple n°3 : Cour de Cassation, 20 03 14, n°13-15710.

- Lésion du nerf sciatique lors de l'ablation d'un matériel d'ostéosynthèse.
- La cour de cassation conclut à un aléa : « mais attendu que la cour d'appel a relevé que l'expert, qui n'avait évoqué aucune maladresse de l'opérateur, avait au contraire précisé qu'une telle lésion était inhérente à l'intervention elle-même, soulignant le caractère usuel de la méthode employée et la nécessité de déplacer les masses musculaires pour atteindre l'os au moyen d'écarteurs ; que, caractérisant ainsi l'aléa thérapeutique de nature à exclure toute faute à la charge du chirurgien, elle a, sans encourir aucun des griefs des moyens, justifié sa décision ».

Aléa et maladresse : que retenir de la jurisprudence ?

La maladresse fautive est retenue dans les cas suivants :

- Absence d'anomalie rendant l'atteinte inévitable
- Le risque n'est pas inhérent à l'intervention et pouvait être maîtrisé en mettant en œuvre les moyens nécessaires en conformité avec les règles de l'art.

En défense, les arguments suivants sont à développer :

- L'accident était inhérent à la technique.
- Il n'y avait pas d'alternative technique moins risquée. Aucun moyen, en l'état des données acquises de la science médicale au jour de l'intervention, ne permettait de maîtriser cet aléa.
- L'accident a été favorisé par l'état initial du patient (fragilité particulière, conditions anatomiques...) qui a joué un rôle causal.

Anormalité du dommage : article L 1142-1 II du CSP.

« Lorsque la responsabilité d'un professionnel, d'un établissement, service ou organisme mentionné en 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, apprécié au regard de la perte de capacités fonctionnelles et des conséquences sur la vie privée et professionnelle mesurées en tenant notamment compte du taux d'atteinte permanente à l'intégrité physique ou psychique, de la durée de l'arrêt temporaire des activités professionnelles ou de celle du déficit fonctionnel temporaire ».

L'anormalité du dommage appréciée par les magistrats.

Exemple n°1 : Cour de Cassation, 02 07 14, n°13-15750

- Les faits : hémiplégie après ablation d'une tumeur bénigne intracrânienne
- L'expertise : c'est une complication prévisible de l'ablation de ce type de lésion, ce dont la patiente a été informée avant d'être opérée.
- La cour d'appel rejette la demande de la patiente d'être indemnisée par l'ONIAM au motif que le dommage ne peut être considéré comme anormal au sens de l'article L 1142-1-II du CSP. Ce n'est pas un aléa thérapeutique indemnisable par l'ONIAM.
- Pourvoi en cassation : la cour d'appel ne pouvait statuer ainsi dès lors qu'elle avait constaté que la patiente avait subi « des préjudices d'une très grande gravité, d'autant plus caractérisés qu'elle ne souffrait d'aucun déficit avant l'intervention ». Pour caractériser l'anormalité du dommage, seule importe la comparaison entre les conséquences de l'accident médical avec l'état de santé et son évolution prévisible.
- Rejet du pourvoi par la cour de cassation : « les conséquences, aussi graves soient-elles, de l'acte de soins ne présentaient pas de caractère anormal au regard de l'état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci au sens de l'article L 1142-1-II du CSP et, dès lors, l'indemnisation du dommage subi ne relevait pas de la solidarité nationale »

Conclusion : la gravité ne suffisait pas, le dommage devant être anormal. En l'absence d'intervention, la patiente aurait eu des complications et notamment une hémiplégie. Le dommage n'était donc pas « anormal ».

Exemple n°2 : Cour de cassation, 10 07 14, n°13-21603.

- Fistule anastomotique après exérèse d'un cancer gastrique. Guérison.
- Mais plusieurs réinterventions sont nécessaires. Saisine de la CCI puis du TGI.
- Appel puis pourvoi en cassation rejeté : « la cour d'appel a exactement déduit de ces constatations, dont il résultait que le patient avait du subir, dans l'espoir d'obtenir une amélioration de son état de santé, une intervention indispensable présentant des risques importants dont l'un s'était réalisé, que l'indemnisation du dommage subi ne relevait pas de la solidarité nationale ».

La complication est liée à l'état antérieur et ne peut être considérée comme ayant entraîné des conséquences anormales au regard de son état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci.

Que retenir ?

- La gravité du dommage n'est qu'une des conditions requises pour caractériser l'aléa.
- L'anormalité du dommage nécessite de connaître l'état antérieur, l'imputabilité et l'évolution prévisible de l'état de santé.
- Tenir compte de l'état antérieur, du lien entre le risque et l'état initial, de la probabilité du risque et des prévisions raisonnables sur l'évolution de l'état de santé.

Les actes de chirurgie esthétique sont-ils soumis à l'aléa et indemnisables par la solidarité nationale ?

1 Cour de Cassation, 05 02 14.

« Les actes de chirurgie esthétique, quand ils sont réalisés dans les conditions prévues aux articles L 6322-1 et L 6322-2 du CSP, ainsi que les actes médicaux qui leur sont préparatoires constituent des actes de prévention, de diagnostic et de soins au sens de l'article L 1142-1 II du même code ».

2 LFSS pour 2015, article 70.

« Le dispositif de réparation des préjudices subis par les patients au titre de la solidarité nationale n'est pas applicable aux demandes 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 ».

En conclusion pour une défense efficace :

- Prévoir une traçabilité de la bonne délivrance de l'information dont la charge de la preuve incombe au chirurgien ;
- Prévoir également une traçabilité dans le dossier pour justifier qu'un dommage est lié à une anomalie du patient qu'on ne pouvait pas connaître et/ou à une conséquence inhabituelle et/ou imprévisible de l'intervention.
- C'est dire l'importance du CRO qui doit dire « tout mais pas plus » : bien décrire les lésions, bien expliquer la stratégie opératoire, sans entrer dans des détails inutiles qui font partie intégrante de la technique qui est connue et décrite dans la littérature médicale.

Maitre Georges Lacoeylle

La jurisprudence a des effets pervers comme vient de le souligner Mr N Gombault : la cour de cassation reconnaît que la chirurgie esthétique fait partie intégrante de la chirurgie en 2014, et la loi infirme cette reconnaissance en 2015.

Le contentieux en responsabilité médicale s'apparente à une pièce de théâtre dont médecins, patients, avocats, experts et magistrats sont les acteurs. Chacun joue sa partition : le médecin cherche à prouver l'aléa et le patient cherche à prouver la faute. La pièce peut ainsi déchaîner les passions et devenir un théâtre d'ombres où tout paraît se valoir, alors que ce sujet apparemment complexe repose sur les éléments objectifs concrets de la science médicale.

Certes environ 60% des réclamations n'aboutissent à aucune mise en évidence de responsabilité médicale. Les autres aboutissent à reconnaître la faute et à se conclure assez rapidement par une indemnisation amiable. Mais il y a naturellement des cas « limites », dits « border line », où la décision du magistrat est prise « sur le fil du rasoir » : aléa ou faute. C'est alors très compliqué et tout dépend de l'avis de l'expert qui est fondamental au sens propre.

En effet la capacité du magistrat à appréhender une situation complexe, à la juger équitablement et à trancher juridiquement est indiscutable, comme nous l'a expliqué Mme D Dibie. Mais l'éclairage médical scientifique apporté par l'expert est encore une fois essentiel. Malgré toute son expertise juridique, son humanité, son écoute, le magistrat a besoin d'être éclairé sur les moyens diagnostiques et thérapeutiques à mettre en œuvre, qui peuvent être très spécialisés. Ce peuvent être le cas d'une maladie neurologique dégénérative citée par Mme D Dibie ou celui d'un cancer du pancréas.

L'expert est nommé par les cours d'appel. Il est indépendant des assureurs et sa compétence doit être reconnue. C'est aux sociétés savantes médicales de veiller au niveau de compétence des experts qui bénéficiera à toutes les parties. Cette question de la compétence des experts revient comme un leitmotiv au fil de cette réunion car elle est très importante. À tel point qu'aux USA le choix de l'expert peut prendre 1 mois, nécessiter plusieurs audiences jusqu'à ce que les parties se mettent d'accord.

Enfin l'expert doit rester sur **le terrain proprement scientifique médical** et ne pas s'aventurer sur celui de la jurisprudence qui évolue avec la réflexion de la cour de cassation, dont les arrêts peuvent changer au fil des années. Ainsi l'arrêt du 24 04 13, dont a parlé Mr N Gombault, est très préoccupant en matière de chirurgie abdominale à ventre fermé dite « coelioscopique » ou « laparoscopique ». Il stipule que toute blessure péroopératoire d'un organe non concerné par l'intervention est fautive. Tout chirurgien compétent et expérimenté sait que la blessure d'un organe non concerné par l'intervention lors de l'introduction d'un trocart est exceptionnelle, mais toujours possible. S'il doit connaître cet arrêt, l'expert n'a pas à s'en prévaloir et centrer sa réflexion scientifique sur l'événement médical.

Échanges avec les participants

G Manton, Professeur de Universités, Chirurgien des Hôpitaux de Besançon.
L'information peut aboutir à un refus de soins et à la mise en danger du patient majeur mais aussi et surtout du patient mineur. Exemple des transfusions sanguines chez les témoins de Jéhovah. Quel est le risque de mise en cause pour le praticien en pareil cas ?

A Wenger répond que si le patient est en danger, a fortiori s'il s'agit d'un patient mineur, le praticien peut passer outre comme le précise le Code de Santé Publique

(CSP). Par contre en l'absence d'urgence le praticien doit prendre acte du refus et bien consigner cela dans le dossier.

F Violla confirme que le praticien doit donner les soins nécessaires (CSP) ou indispensables (art 43 du code de déontologie).

Si le patient est mineur et négligé par son entourage, le praticien a le devoir de le protéger. Si le patient est majeur, le devoir d'information prend toute son importance en expliquant bien ce qu'il arrivera en cas de refus de soins et en le consignait dans le dossier. Ceci est valable également dans le cas du patient mineur bien soutenu par son entourage.

L'exhaustivité de l'information a toutefois ses limites en cas de diagnostic et de pronostic particulièrement graves. Le praticien est avant tout un soignant à l'écoute d'autrui, qui doit savoir adapter son information aux capacités de réception du patient (art 35 modifié du code de déontologie).

Laurence Azoubacri, Avocate au Barreau de Paris.

Invite à une réflexion sur **l'information** et **le consentement** qui en découle, les maîtres mots de la responsabilité médicale et de la bioéthique.

On en trouve les fondements dans les textes nationaux déjà évoqués, et dans des textes internationaux (code de Nuremberg, convention de biomédecine du Conseil de l'Europe, déclaration des droits de l'homme et de la bioéthique).

La diminution des mises en cause est peut-être à rechercher notamment dans une façon plus humaniste d'aborder les questions de la responsabilité médicale, en se fondant davantage sur la **médiation**, procédure méritant d'être développée.

3. De la Responsabilité Individuelle à la Responsabilité Partagée : Relations Chirurghiens- Anesthésistes

Maitre P Cohen

Déjà en 1959, le Professeur René SAVATIER, qui fut l'un des plus imminents commentateurs de la jurisprudence en matière de responsabilité civile médicale écrivait :

« Nous vivons au temps de l'équipe et de l'équipement ».

Au temps de l'équipe, car le patient dans le cadre de son hospitalisation et/ou aujourd'hui de la chirurgie ambulatoire, n'est plus seulement pris en charge par un seul médecin mais par une pluralité de médecins et de professionnels de santé.

Au temps de l'équipement car aujourd'hui le patient est pris en charge par une équipe de professionnels de santé au sein d'une structure, un établissement de santé public ou privé lui offrant les infrastructures, les moyens et les personnels adaptés.

Pendant longtemps, le chirurgien a été considéré comme « le chef de l'équipe » médicochirurgicale alors même qu'intervenait à ses côtés un autre médecin spécialisé, le médecin anesthésiste réanimateur.

De ce fait, pendant longtemps également la responsabilité du chirurgien pouvait être engagée du fait des fautes commises par l'anesthésiste intervenant à ses côtés qui était considéré n'avoir jamais contracté directement avec le patient qu'il n'avait pas vu et qui, en général, ne le connaissait pas.

C'est ainsi que le 18 octobre 1960, la Cour de cassation qui retenait que seul le chirurgien était lié par un contrat avec le patient avait affirmé qu'en conséquence il devait répondre des fautes du médecin anesthésiste « *qu'il se substitue pour l'accomplissement d'une partie inséparable et de ses obligations* ».

Il faudra attendre le 27 mai 1970 pour que la Cour de cassation au terme d'un revirement jurisprudentiel admette l'existence d'un lien contractuel entre le patient et l'anesthésiste (arrêt PAN CRAZI).

Dès le 30 mai 1986, la Cour de cassation dans son célèbre arrêt FARCAT avait souligné, tout en censurant le terme chef d'équipe au bénéfice du chirurgien, que les responsabilités individuelles comprenaient, pour chacun et ici pour le chirurgien, un devoir de contrôle,, une obligation générale de prudence.

Ainsi, l'arrêt du 30 mai 1986 affirmait que « *si la surveillance postopératoire incombe au médecin anesthésiste **pour ce qui concerne sa spécialité**, le chirurgien n'en demeure moins tenu, à cet égard, d'une obligation générale de prudence et de diligence* ».

La Cour de cassation ne faisait que retenir leurs responsabilités respectives du fait de fautes professionnelles propres (en l'espèce, de négligence et d'imprudence).

La responsabilité de l'équipe était étrangère à cet arrêt, la responsabilité était ici personnelle et non collective.

Si les responsabilités individuelles des deux médecins ont bien été affirmées, ce n'est pas parce que le chirurgien devait surveiller l'anesthésiste mais parce qu'il entre dans ses obligations d'effectuer, au même titre que l'anesthésiste, une surveillance postopératoire « *qu'en s'abstenant de rechercher si, en raison des conditions dans lesquelles il avait quitté la Clinique [avec l'anesthésiste], le Docteur L n'aurait pas dû s'assurer que le malade restait sous la surveillance d'une personne qualifiée, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* » .

En effet, le chirurgien ne peut être astreint à vérifier les actes de l'anesthésiste mais à s'assurer que ces actes vont bien être accomplis.

C'est ainsi sous l'influence de la jurisprudence judiciaire que va être affirmée la pleine compétence du médecin anesthésiste réanimateur aux côtés du chirurgien.

On rappellera qu'il faudra attendre la fin des années 70 pour que le code de déontologie modifie la rédaction de son article 64 qui prévoyait jusque-là que le chirurgien était libre du choix de son médecin anesthésiste, faisant de ce dernier en quelque sorte son préposé et non pas un médecin exerçant en pleine indépendance médicale.

Pendant tout un temps, les chirurgiens se sont en fait réjouis de la possibilité de ne plus être comptables des fautes éventuelles commises par l'anesthésiste et des jurisprudences spécifiques concernant la responsabilité individuelle du chirurgien et la responsabilité individuelle de l'anesthésiste se sont développées.

C'est aussi sous l'impact de ces jurisprudences que les chirurgiens ont cru pendant très longtemps qu'ils pouvaient voir leur responsabilité cantonnée finalement à la phase per opératoire laissant en quelque sorte la phase postopératoire, d'une manière générale, sous la responsabilité des anesthésistes réanimateurs.

Les décrets sur la sécurité anesthésique en 1994 ont eu pour conséquence, s'il en était besoin, de rappeler que la surveillance postopératoire n'était pas du seul ressort du médecin anesthésiste et ont distingué la phase de surveillance postopératoire immédiate et la phase de surveillance postopératoire après retour en service d'hospitalisation.

En dénommant désormais la salle de réveil, salle de surveillance post interventionnelle, les textes ont rappelé que cette surveillance post interventionnelle immédiate concernait aussi bien les complications chirurgicales pouvant survenir que les complications en relation avec l'acte d'anesthésie tout en faisant de l'anesthésiste le responsable principal en tant que médecin de cette surveillance post interventionnelle immédiate.

Cette situation ambiguë et bien souvent source de relation conflictuelle a conduit le Conseil national de l'Ordre des Médecins en 1994 puis en décembre 2001 à publier des recommandations concernant les relations entre anesthésistes réanimateurs et chirurgiens et autres spécialistes professionnels de santé.

En effet, de partenaire traditionnel du chirurgien, l'anesthésiste réanimateur intervient plus simplement pour la réalisation de l'acte chirurgical mais également pour concourir à la réalisation des techniques instrumentales à visées diagnostic ou thérapeutiques, qui en font également le collaborateur privilégié d'un grand nombre de spécialistes.

13 ans après leur publication, il convient malheureusement de constater que ces recommandations demeurent d'actualité et méritent encore d'être mieux connues et appliquées dans bon nombre d'établissements de santé privés au sein de bon nombre d'équipe chirurgiens/anesthésistes.

Ces recommandations rappelaient que la réunion de plusieurs compétences autour du même patient implique que la décision ne puisse plus être toujours individuelle mais souvent collective, même si la responsabilité demeure individuelle au sens de l'article 64 du code de déontologie : *« lorsque plusieurs médecins collaborent à l'examen ou un traitement d'un malade, ils doivent se tenir mutuellement informés ; chacun des praticiens assume ses responsabilités et veille à l'information du malade... »*

Ce sont ces mêmes recommandations qui indiquaient clairement :

« Il est nécessaire que les anesthésistes et les réanimateurs d'une même équipe rédigent une charte portant sur les 5 points de fonctionnement de l'équipe : la consultation d'anesthésie, le programme opératoire, le réveil anesthésique, les soins intensifs et la réanimation chirurgicale, et l'hospitalisation ».

Pour chaque point, selon l'organisation privée ou publique de l'établissement, il faut répondre aux questions qui engagent la responsabilité séparée ou solidaire des deux intervenants.

La répartition des tâches et des responsabilités doit être explicite.

En ce qui concerne la surveillance post interventionnelle, ces recommandations rappelaient que le réveil fait partie intégrante de l'anesthésie dont il constitue l'un des temps les plus périlleux.

Le fonctionnement de la surveillance post interventionnelle doit être considéré comme prioritaire et les moyens en locaux, matériels et personnels assurés.

Le suivi de l'opéré en salle de surveillance post interventionnelle est réalisé sous la surveillance conjointe du chirurgien, on l'oublie trop souvent, « ou du spécialiste concerné » et de l'anesthésiste réanimateur.

La sortie du patient de la salle de surveillance post-interventionnelle ne peut être décidée que par le médecin anesthésiste réanimateur, l'orientation du patient au sortir de la salle de surveillance post interventionnelle, vers le secteur d'hospitalisation ou de soins intensifs ou en réanimation est une décision commune tenant compte aussi bien des impératifs chirurgicaux qu'anesthésiques.

Si la surveillance en soins intensifs et en réanimation chirurgical est sous la responsabilité du médecin anesthésiste réanimateur, ces recommandations précisent que lorsque l'opéré retourne en secteur d'hospitalisation, il se trouve placé sous la responsabilité de l'opérateur.

Celui-ci est responsable des suites opératoires et ces recommandations précisent également qu'un règlement interne de la clinique doit préciser les procédures à suivre en cas d'évènement inopiné ou de complication tardive.

La multiplicité des intervenants est source de confusion, d'erreur de transmission, parfois préjudiciable à l'état des patients, plutôt que des accords tacites, même admis par tous, il est recommandé d'établir des règles de fonctionnement définies après concertation entre tous les intervenants, admises et formalisées dans un document de référence.

En fonction des façons de travailler de l'équipe, les spécialités chirurgicales concernées, les protocoles thérapeutiques et parfois même thématiques précisant des modalités strictes ou une politique plus générale de prescriptions dans le but de préserver un plus large espace de liberté, les prescriptions devant être consignées par écrit.

Anesthésiste réanimateur ou chirurgien ou autre opérateur interviennent chacun dans leur domaine de compétence, mais en situation d'urgence, la diligence et la déontologie médicale excluent qu'un médecin se retranche derrière sa spécialité pour s'exonérer de sa mission d'assistance en cas de complication post opératoire quelle qu'en soit la nature.

S'il y a pu y avoir des condamnations in solidum de chirurgien et d'anesthésiste, il s'agissait à chaque fois de fautes et de responsabilités personnelles qui, en se cumulant, avaient conduit au décès du patient ou à des dommages graves : jusqu'à ce jour cependant l'équipe médicale ne connaît encore aucune définition juridique précise et c'est pour cela qu'il est effectivement plus juste aujourd'hui d'indiquer qu'au-delà des responsabilités individuelles nous nous trouvons de plus en plus souvent confrontés dans la jurisprudence à des hypothèses de responsabilités partagées.

C'est ainsi que notamment en 2013 et 2014, la Cour de cassation a pu avoir à se prononcer sur des cas de responsabilité dans le cadre d'une équipe disciplinaire,

pluridisciplinarité qui en ce qui concerne les chirurgiens et anesthésistes est concomitante ou parfois successive.

Je citerai ainsi les arrêts du 16 mai 2013 et du 23 juin 2014, ce dernier ayant été commenté par un magistrat honoraire qui a grandement contribué à l'élaboration de la jurisprudence actuelle en matière de responsabilité civile médicale, Monsieur Pierre SARGOS.

Tout cela doit-il conduire les chirurgiens et les anesthésistes, pour bien appréhender leur responsabilité, à se former également dans les livres de droit, la jurisprudence et à désormais faire ce qu'il est courant d'appliquer du bon médico-légal.

Certainement pas ! Parce que contrairement à ce que l'on pense, le droit renvoie simplement à des notions qui sont au cœur des bonnes pratiques médicales.

Avant de se poser les questions de sa responsabilité individuelle, il convient simplement de se souvenir qu'en tant que médecin collaborant à la prise en charge d'un patient, seul l'intérêt de ce dernier et non pas la pratique défensive de chaque spécialité doit être au cœur des agissements de chacun, de son comportement et de ses réflexions.

Le seul bon médico-légal est la bonne pratique médicale !

Dans les recommandations de l'Ordre des médecins, auxquelles je faisais référence précédemment, l'un des points qui était développé, notamment en application de l'article 64 du code de déontologie, qui pose le principe des responsabilités individuelles de chacun dans son domaine de compétence, est celui du devoir d'information mutuelle.

C'est cette absence d'information, de communication entre les praticiens qui aujourd'hui peut être une vraie source de responsabilité partagée entre médecin et anesthésiste réanimateur, lorsqu'elle est source de dommage.

Pourtant, c'est une évidence, et non pas une obligation juridique en premier lieu, que les médecins se doivent de communiquer et de s'informer mutuellement dans l'intérêt premier du patient.

Il convient désormais de rejeter l'idée très claire que l'on pourra renvoyer « la patate chaude » à l'autre, en se réfugiant dans les limites de sa spécialité.

L'exercice professionnel médical ne supporte pas ce que l'on appelle les zones grises c'est-à-dire celles où personne ne sait très bien « qui fait quoi » [parce que cela n'a pas été défini].

Il faut constater que ces zones grises aujourd'hui sont bien la source principale de mise en cause des responsabilités des uns et des autres et qu'il est de leur intérêt commun désormais de s'atteler à la protocolisation, si cela n'a pas déjà été fait, à l'établissement de chartes de fonctionnement qui seront demain autant de référentiels disponibles pour que les juges, et avant eux les experts, arrivent à déterminer quelle est exactement la responsabilité des uns ou des autres ou la responsabilité des uns et des autres.

A défaut, il n'est pas certain que nous puissions empêcher le développement d'une jurisprudence, qui parfois existe déjà dans certains avis de CCI, aux termes de laquelle tout le monde est responsable de tout...

Je suis, pour ma part, persuadé que le principe selon lequel tout le monde est responsable de tout, qui finalement dispense de l'examen des responsabilités individuelles de chacun dans la chaîne des soins et de la prise en charge du patient, aboutit au plan des faits et en terme de santé publique, au principe selon lequel

personne n'est responsable de rien puisque de toute façon cela ne changera rien au plan de sa propre responsabilité.

L'intérêt même du patient suppose que tous ceux qui le prennent en charge sachent exactement quel est leur rôle, leurs missions, leurs devoirs et leurs obligations afin que puissent être effectivement cernées les responsabilités de chacun au sein de l'équipe.

Dr P Cuq

Les zones grises évoquées par Maitre Cohen paraissent plutôt noires à l'observateur en charge de responsabilités chirurgicales. En voici 3 particulièrement importantes au quotidien.

1. La démographie des personnels de santé notamment dans le secteur libéral.

Les équipes sont déstabilisées par la valse des remplaçants et des vacataires, aussi bien en anesthésie (médecins et infirmières) qu'en personnel de BO (IBODE et aides-soignantes). Les personnes ne sont pas interchangeables. Il ne suffit pas de remplir des cases de planning. La sécurité des patients passe d'abord par le savoir-faire ensemble d'une équipe soudée. La mise en œuvre des protocoles et des recommandations est d'autant mieux faite que les différents acteurs ont l'habitude de travailler ensemble.

2. La chirurgie ambulatoire.

Quelle est la responsabilité précise de l'équipe soignante prenant en charge le patient opéré à son retour chez lui ? Cette question importante est en cours de discussion au sein de la SFCA (Société Française de Chirurgie Ambulatoire).

3. Les prescriptions médicamenteuses.

Elles sont officiellement sous la responsabilité du médecin référent, qui, en chirurgie, est le chirurgien. Or celui-ci peut ne pas avoir toutes les compétences requises dans tous les domaines de la médecine (interactions médicamenteuses, modulations des doses, connaissance des nouveautés).

Cette question soulève celle du partage de la responsabilité de prescription avec les autres spécialistes, et notamment les anesthésistes.

En conclusion de ce tableau assez sombre, le projet de la future loi de santé n'apporte guère de lueurs d'espoir, en menaçant la survie de la médecine libérale en France.

Des renseignements intéressants peuvent être glanés dans un petit manuel de rédaction collective paru récemment et intitulé « En un seul bloc ».

Pr A Lienhart

Accord complet avec l'exposé de Maître P Cohen. Dans le difficile couple chirurgien-anesthésiste, l'essentiel est de changer le regard que chacun porte sur l'autre pour que s'établisse une relation de confiance bénéfique pour tous et d'abord pour le patient. Il en est ainsi des prescriptions que chacun peut modifier à la double condition d'en avoir parlé avec l'(es) autre(s) prescripteur(s) et de signer ses modifications qui engagent sa responsabilité. Un protocole est le bienvenu pour régler cette question au sein de chaque équipe.

5 remarques :

1. **En cas de mise en cause, faire face.** Il ne sert à rien de se défaire sur le confrère. Indépendamment de l'inélégance du comportement, cela donne une très mauvaise image de l'équipe à l'expert, aux avocats et au magistrat risquant de pénaliser le(s) mis en cause.

2. Le bénéfice des mises en cause s'est avéré très important au fil du temps sur **l'amélioration des pratiques et la réduction de la sinistralité** grâce à l'action des sociétés savantes, au développement de l'accréditation et à la diversification de la jurisprudence aboutissant à l'enchaînement logique et vertueux suivant : accident=réclamation=réflexion=recommandations=argumentation des avocats des victimes=diffusion des bonnes pratiques=diminution des accidents.

3. **Former des confrères de qualité à l'expertise**, cela « asséchera » le marché de la médiocrité en expertise médicale. La bonne réponse à un problème médico-légal est médicale.

4. **La gestion de la période post-opératoire**, notamment en chirurgie ambulatoire, reste une question à clarifier avec des protocoles précis, pouvant varier selon les équipes. Chacun doit savoir qui fait quoi. Le flou est dangereux pour le patient et en cas de réclamation pour le médecin et pour l'assureur. La gestion de la préparation à l'intervention et celle du séjour obligatoire en salle post-interventionnelle (dite salle de réveil) sont des réussites dont il convient de s'inspirer.

5. Enfin on ne saurait trop insister sur **la valeur pédagogique de la « check-list »**, moment privilégié d'échanges entre le chirurgien, l'anesthésiste et les infirmières de l'équipe. C'est une excellente prévention des accidents.

Échanges avec les participants portant sur les conséquences en responsabilité médicale de l'évolution vers l'hyperspécialisation en chirurgie

F. Richard souligne les discordances entre cette évolution médicale et l'évolution juridique qui la suit difficilement, soulevant les questions des compétences de l'opérateur et de l'expert ainsi que de la place de l'individu au sein de l'équipe, la tendance apparaissant de le considérer comme interchangeable.

D. Legeais répond que le code de déontologie est clair : chaque praticien est en principe compétent et responsable dans son domaine. Mais la réalité étant de plus en plus complexe, on ne sait pas en fait définir précisément les compétences. On en revient donc aux protocoles définissant qui fait quoi et à la valeur pédagogique de la « check-list », l'essentiel étant de tout noter.

P. Cohen précise que la tendance des juristes est de bien identifier les responsabilités de chacun, dans le domaine médical, mais aussi dans le domaine infirmier. Certes le domaine infirmier sort du sujet strictement chirurgical de ce colloque. Mais le temps n'est plus où le médecin était responsable de son équipe dont il était ainsi le protecteur. Quant au domaine médical, il n'est pas seulement technique et il s'élargit à l'ensemble de la relation avec le patient. L'hyper-spécialiste de chaque discipline reste avant tout un médecin donnant ses soins au patient venu se confier à lui.

4. Experts et Expertises

Dr B Denis

Expertise médicale - Les médecins experts judiciaires

La pratique d'expertises médicales n'est pas une profession. Il s'agit seulement d'une fonction " d'auxiliaire temporaire d'un juge " stricto sensu et non pas d'auxiliaire de justice.

A une époque où chacun, magistrats, avocats, professionnels de santé, commissions diverses, et notamment les CRCI , se plaint d'une soi-disant mauvaise qualité des expertises, sans que l'on sache au demeurant sur quoi exactement portent ces critiques ... il nous a paru intéressant de faire le point sur:

- * la personnalité de l'expert médical
- * la formation de l'expert médical
- * la pratique de l'expertise

I - Qui devient expert judiciaire ?

Il semble qu'il s'agisse le plus souvent d'un concours de circonstances....La vocation serait rare.

Le médecin est en effet rarement attiré par cette activité. Le monde médical est souvent hostile à cet aspect de l'exercice médical. Déclarer que l'on s'intéresse à l'expertise vous attire des réflexions critiques des confrères, " Pour qui te prends tu

" ou encore " N'est ce pas gênant de faire la police vis à vis de tes colnfrères ?" Propos qui traduisent bien la méconnaissance de cette activité, méconnaissance à laquelle s'ajoutent une certaine méfiance, voire une certaine défiance.

Méconnaissance qui a pour résultat de curieuses interrogations lorsque l'on est confronté pour la première fois à une convocation d'expert : " D'où sort il celui là ? Sera-t'il sévère à mon égard compte tenu de la technique que j'ai utilisée et qu'il ne connaît sans doute pas ? " Etc...

Inquiétudes nourrissant des fantasmes....

De fait les professeurs , les chefs de service vont pouvoir être désignés par les magistrats considérant à juste titre qu'ils représentent l'excellence dans leur domaine d'activité, sans avoir besoin d'être inscrits sur les listes de Cour d'Appel ou encore la liste de La Cour de Cassation (encore appelée liste Nationale)

Les autres experts devront, dans l'immense majorité des cas, être inscrits sur les dites listes.

Ils auront pour cela suivi une **formation préalable**.

II - La formation des experts judiciaires.

Elle comprend la formation initiale et la formation **CONTINUE**

1° - La formation initiale.

C'est essentiellement l'obtention **du Diplôme de réparation juridique du préjudice corporel**. Diplôme d'université (DU) de 3° cycle.

Délivré pratiquement par toutes les facultés de médecine, il suppose un enseignement d'une année comprenant 150 heures de formation et sanctionné par un examen comportant une épreuve écrite, une épreuve orale et un mémoire.

L'inscription coûte environ 700 euros.

Cet enseignement est délivré essentiellement par des magistrats qui vont essayer de familiariser le médecin avec le Droit...

Ce diplôme fait partie des éléments de dossier à fournir pour postuler à l'inscription sur une liste d'experts de Cour d'Appel.

2° - La formation continue.

Elle est devenue **OBLIGATOIRE** depuis la Loi du 11 février 2014 (Loi N° 2004- 130).

Elle est essentiellement organisée par les " Compagnies " regroupant, sur la base du volontariat, les experts d'une même Cour d'Appel.

Cette formation s'attache à parfaire et/ou à actualiser la formation juridique, psychologique (en particulier prendre connaissance d'un concept récent du contentieux médical : la victimologie), technique, et déontologique de l'expert.

Mais aussi à délivrer l'information des obligations sociales et fiscales liées à l'activité expertale.

Dans le cadre de cette FC il existe également des DIU, seulement dans certaines facultés, comme par exemple Montpellier, Paris 8, dispensant un enseignement d'une centaine d'heures sur 9 mois et délivrant un diplôme appelé " Droit de l'expertise médicale ".

Plus récemment une certification est apparue, élaborée par l'AFNOR en 2002 : la **NORME NF X 50-110 de mai 2003**.

Unique au monde, cette norme réunit les règles applicables à la pratique de l'expertise, dites " prescriptions générales de compétence et d'aptitudes requises pour élaborer une expertise ". Elle représente une avancée considérable vers la convergence des pratiques expertales (amiable, privée, judiciaire etc.)

Cette norme reste toutefois une recommandation mais n'a pas force de loi.

3° - L'inscription sur les listes d'experts.

Cette inscription décrite dans la loi depuis 1971, sans être obligatoire représente le parcours obligé de l'expert qui souhaite se faire désigner par les magistrats dans une affaire.

En ce qui concerne la liste de Cour d'Appel cette inscription sera quasi automatique après le dépôt du dossier auprès du Procureur de la République près le TGI dans le ressort duquel le candidat exerce son activité professionnelle. Une certaine attente est habituelle, au minimum de 2 ans d'activité professionnelle.

L'inscription à la Cour d'Appel est faite pour 2 ans, au terme desquels il faut refaire acte de candidature cette fois pour une inscription de 5 ans en précisant l'expérience acquise, l'obtention d'éventuels nouveaux diplômes et les formations suivies.

Concernant la liste nationale la procédure est plus compliquée. Il faut être inscrit auprès d'une Cour d'Appel, faire état d'une certaine ancienneté et enfin, le nombre d'experts nationaux étant limité, attendre qu'un poste se libère.

Récemment les CCI disposent de leurs propres listes d'experts. Il faut postuler pour être inscrit et remplir les mêmes conditions que pour s'inscrire sur une liste de Cour d'Appel.

Il semble que les CCI se plaignent de manquer d'experts, "*surtout de bons experts*" (Mme F. AVRAM - IN Médecins N° 34 Avril 2014, ancienne Présidente de la CCI d'Ile de France)

III - La pratique de l'expertise.

On ne peut pas ici détailler tous les aspects de la prise en charge d'une affaire, quelles que soient son importance et sa difficulté. Mieux vaut d'ailleurs toujours partir du principe que toute affaire est importante, car elle l'est pour les 2 « victimes » que sont le patient et son chirurgien. En cas d'affaire complexe il ne faut pas hésiter à recourir à des avis très spécialisés (sapiteur), en accord avec le magistrat en charge du dossier et avec les différentes parties.

Les grands principes de l'expertise médicale:

- s'imprégner de la MISSION rédigée par le juge. Toute la mission mais QUE la mission.
- se souvenir que l'expert n'est PAS un conciliateur
- conduire les opérations, de la convocation des parties à la rédaction du Rapport en particulier lors de la tenue de la réunion d'expertise, avec rigueur, courtoisie, éthique et surtout neutralité complète.
- enfin savoir avoir recours au magistrat chargé du Contrôle des expertises à la moindre difficulté.

CONCLUSION

L'expert est un médecin qui, au fil de sa pratique, s'est intéressé aux aspects juridiques de sa profession. Il a suivi une formation spécifique d'un an et passé un examen sanctionné par un diplôme. Il donne un avis technique et scientifique sur une affaire de dommage après un acte en l'occurrence chirurgical. Sa conclusion sera le socle sur lequel s'appuiera le magistrat en charge du dossier.

Il a par conséquent un rôle central dans une affaire judiciaire, ce qui suppose de grandes qualités humaines et professionnelles. Aussi la qualité la plus attendue actuellement d'un expert est qu'il soit de la même spécialité que le chirurgien mis en cause.

La compétence de l'expert étant le fruit de ses qualités professionnelles et de son expérience d'expert, cette expérience demandant du temps, on pourrait envisager d'associer en une sorte de tutorat les débutants à des expertises faites par des confrères entraînés.

Pr A Haertig

Experts et Expertise à la lumière de 30 ans d'expertise

L'expert est pris entre 2 feux, la victime et le praticien mis en cause, dont il a été dit à plusieurs reprises qu'il était comme une seconde victime. L'expertise se ressent de cette **ambivalence** et peut refléter la position d'une des parties au détriment de celle de l'autre.

L'expérience de 30 années d'expertise m'autorise à vous proposer les 3 axes suivants d'amélioration de la qualité des experts et de l'expertise.

1 La désignation de l'expert connaît des garde-fous :

Formation dans des DU de qualité proposés par plusieurs universités

Inscription sur une liste d'aptitude de la Cour d'Appel dont dépend l'expert

Période probatoire de 2 ans, suivie d'une évaluation de l'impétrant par la compagnie des experts et le juge du contrôle des expertises de la Cour d'Appel, permettant d'éliminer les experts ne donnant pas satisfaction

Reconduction de l'expert pour 5 ans renouvelables

2 Le rapport d'expertise est sous contrôle :

L'expert peut être recadré au cours de l'expertise

Les dires des parties peuvent faire évoluer l'expert dans ses conclusions

Les parties peuvent s'entourer des avis de conseils très spécialisés

Enfin après que le rapport de l'expert ait été déposé chez le magistrat, il est toujours possible que le conseil du praticien mis en cause demande une contre-expertise

3 L'expert est un médecin dont les qualités humaines restent primordiales :

Respect des parties

Suspension de séance si conflit au cours de l'expertise jusqu'à apaisement de celui-ci

Tout faire pour éviter le conflit éventuel

Manifester la plus grande empathie à l'égard des 2 parties tout au long de la conduite de l'expertise

Echanges avec les participants

C. Raulo demande comment amener au mieux la discussion des préjudices en fin d'expertise.

A. Haertig répond que rien ne devant être caché aux 2 parties, il est raisonnable de débattre du montant des préjudices en fin d'expertise, après l'examen clinique de la victime. Mais il précise qu'il est souhaitable que ce débat ait lieu sereinement sans la victime et le praticien mis en cause, ceux-ci étant représentés par leurs conseils.

5.Sensibilisation des chirurgiens à l'éventualité d'une mise en cause

Dr P Breil

Pourquoi sensibilisation, alors que la fréquence croissante des mises en cause des chirurgiens est de notoriété publique ? Cette mise au point est néanmoins nécessaire, car le terme a des synonymes dont certains ont une connotation positive (initiation, intéressement, apprentissage, participation) et les autres une connotation négative (allergie, intolérance). Cette diversité reflète la diversité des attitudes des chirurgiens face à ce risque, comptant cependant davantage sur leur participation que sur leur intolérance.

1. Quelle attitude avant la mise en cause ?

Le chirurgien n'est pas intouchable. Il exerce une spécialité à risque, pour son patient mais aussi pour lui-même et doit avoir conscience du fait que ses actes, ses écrits,

ses décisions et son comportement général peuvent avoir une incidence médico-légale.

Les conditions d'une chirurgie de qualité sont les suivantes :

Cursus initial et formation continue doivent être aussi complets que possible. Accréditation, évaluation des pratiques professionnelles, développement professionnel continu (DPC) viennent garantir ses compétences.

Respect des recommandations de la HAS et des Sociétés Savantes pour poser les indications opératoires et choisir l'intervention chirurgicale.

Tenue rigoureuse du dossier médical comportant notamment la traçabilité complète de l'information du patient, des décisions d'examens et de traitements ainsi que des prescriptions.

Faire appel à un autre spécialiste lorsque le problème posé par le patient sort de son domaine de compétence.

Charte validée par la Commission Médicale d'Établissement (CME) précisant les domaines d'intervention de chacun, notamment entre les chirurgiens et les anesthésistes, respectant la place de leader du chirurgien même s'il n'est plus le chef d'équipe. La qualité de la communication entre les acteurs de la chaîne de soins est essentielle pour la qualité des résultats.

Lorsque survient la complication ou événement indésirable (EI) ou événement porteur de risque (EPR), c'est au chirurgien d'en assumer les conséquences : expliquer ce qui s'est passé à l'entourage, montrer la solidarité de l'équipe, prendre les décisions qui s'imposent pour en limiter les conséquences.

2. Quelle attitude après la mise en cause (assignation) ?

La procédure commence par la réception de l'assignation rédigée par l'avocat de la victime pour le juge. Le chirurgien doit savoir qu'il n'est pas le plus souvent personnellement en cause. La réclamation est pour l'essentiel une recherche de vérité sur les causes de la complication en faisant appel à la justice pour établir la lumière. Accessoirement est recherchée l'indemnisation du dommage consécutif à la complication.

Le chirurgien doit prévenir son assureur et rassembler les éléments du dossier dès réception de l'assignation.

La qualité du dossier est l'élément central de sa défense : dossier personnel du chirurgien, dossier administratif, dossier d'hospitalisation, dossier de soins, imagerie, examens complémentaires, compte-rendus opératoires, anatomo-pathologiques, d'hospitalisation et de réanimation.

Le dossier doit être complété par une synthèse médicale, replaçant la complication dans le cadre de ce que sait la littérature médicale sur le sujet avec une bibliographie succincte. Avec l'aide du médecin conseil de l'assurance est élaboré un véritable dossier complémentaire « médico-légal » tendant à démontrer que tout a été fait dans les règles et selon les recommandations et noté dans le dossier. Ceci est particulièrement vrai pour l'information donnée au patient dont la traçabilité doit prouver la qualité.

La réunion d'expertise n'est pas une tentative de conciliation, un tribunal ou un « staff ». C'est une mise à plat des événements ayant conduit au dommage pour permettre à la victime et à sa famille de comprendre ce qui s'est passé. Le chirurgien

mis en cause doit faire preuve de considération et d'empathie à leur égard. Mais il doit rester sobre et factuel et ne pas entamer de dialogue avec la partie adverse. Concrètement le chirurgien ne répond qu'à l'expert de manière sincère, concise et professionnelle, s'attachant à montrer que tout a été fait dans les règles et veillant à ne s'aventurer en aucun cas sur le terrain des responsabilités. Il doit savoir qu'un manquement ne prête pas à conséquence si le dommage ne lui est pas imputable. Le pré-rapport doit être lu attentivement. Il n'est pas obligatoire en CCI et au Tribunal Administratif. Les réponses éventuelles à y apporter ne sont pas systématiques et doivent être rédigées avec le médecin conseil de l'assurance, en se limitant aux aspects techniques du problème et en évitant de se substituer à l'expert.

Conclusion : ne pas oublier que dans une mise en cause il y a certes 2 « victimes », le patient et le chirurgien, mais que c'est du patient qu'il s'agit à l'égard duquel le chirurgien doit faire la preuve de l'humanité qui fait la grandeur de son métier. L'expertise est pour le chirurgien une occasion d'enrichir sa relation à ceux qui viennent se confier à lui.

Mr J Guigue

On relève une **évolution rassurante très nette des procédures** : moins de procédures pénales, moins de procédures civiles devant les TGI et de plus en plus de procédures devant les CCI, qui sont beaucoup moins traumatisantes pour les praticiens mis en cause.

Les raisons de ces mises en cause des chirurgiens sont naturellement diverses. Elles concernent le rapport médecin-malade et le rapport individu-société.

1. Les attentes déçues

Le rapport médecin-malade est le fondement essentiel de la poursuite.

C'est un lien affectif très fort qui ne doit pas être trahi. On se confie à « son » chirurgien. À côté du devoir d'information dont il a beaucoup été question aujourd'hui, il ne faut pas oublier le devoir de dialogue avec le patient, surtout dans la période post-opératoire. L'opéré souffre, il a peur, la complication était une éventualité abstraite qui est bien là. Il a besoin de se confier, d'être écouté, d'être rassuré. L'engagement de la procédure est une manière de se venger de ce que l'on estime être un abandon, lorsque le praticien n'a pas manifesté suffisamment d'empathie pour « son » patient.

Les promesses hasardeuses non tenues déçoivent à juste titre le patient.

C'est l'exemple connu de l'échographie anté-natale. L'échographiste promet de « tout voir » et passe à côté d'une malformation grave. Réclamation des parents.

2. Le contexte sociétal

Le risque anesthésique et le risque chirurgical sont admis. Pas le dommage et encore moins la mort qui sont devenues des notions abstraites. **Que le dommage puisse être réparé en l'absence de faute favorise les poursuites.**

Le regard du magistrat sur le dommage est susceptible d'évoluer, comme dans le cas de la blessure d'un organe sain lors d'une intervention faite sur un autre organe malade. Si l'on considère ce dommage sous l'angle du traitement chirurgical, cette blessure est indubitablement une faute. Et pourtant tout a été fait convenablement, notamment pour l'éviter. À l'inverse, si l'on considère ce dommage sous l'angle de la démarche diagnostique, ce n'est plus une faute tout devant être mis en œuvre pour parvenir au diagnostic.

L'évolution des mentalités avec la multiplication des droits invite les plaideurs aux poursuites, ce d'autant que la personne du chirurgien et du médecin est désacralisée.

3. La défense contre une expertise défavorable

L'expertise doit être désacralisée. Ce n'est qu'un moyen parmi d'autres d'obtenir des preuves. Il faut s'aider de références bibliographiques contradictoires, d'expertises contradictoires et d'un bon avocat. Prendre le temps d'un débat ouvert à l'audience entre experts permettrait vraisemblablement de mieux défendre les praticiens mis en cause.

Mr Guigue a eu l'expérience de débats à huis clos hors audience avec les experts ayant abouti à des modifications des conclusions du rapport d'expertise dans une appréciation plus juste des faits et des responsabilités.

Echanges avec les participants

F. Richard fait remarquer que dans le projet de loi sur le droit à la santé, l'apparition de ce nouveau droit va avoir des conséquences médicales et financières importantes et difficiles à évaluer. Qu'en sera-t-il en effet de la prise en charge par l'état des suites professionnelles et personnelles d'un dommage ou d'un handicap ?

P. Carlioz, chirurgien pédiatre.

Observe que magistrats et médecins ne donnent pas aux mots le même sens.

Ainsi le droit à l'intégrité corporelle, source de dommage pour le magistrat quand elle n'est pas respectée, voit sa restauration être l'objectif pour le praticien, restauration pouvant nécessiter des sacrifices.

L'expert, considéré par le magistrat comme un auxiliaire de la justice, est perçu par les médecins comme l'un des leurs tenu au respect de la déontologie qui lui commande de refuser un dossier qu'il ne maîtrise pas.

Enfin la « check-list » n'est pas parfaite et ne peut être toujours respectée, notamment en chirurgie pédiatrique quand l'enfant est encore incapable de s'exprimer oralement. Il est suggéré qu'elle soit revue et qu'au moins elle fasse l'objet d'un retour d'expérience (REX)

J. Caton relève 3 catégories de chirurgiens dans une étude menée par Orthorisq avec la HAS sur 700 accidents médicaux : ceux qui n'ont jamais de mise en cause, ceux qui en ont rarement et ceux qui en ont beaucoup. L'étude de cette 3^e catégorie montre, à côté d'insuffisances professionnelles éventuelles, des facteurs de risque personnels

fréquents (familiaux, comportementaux et physiques). Il suggère que les assureurs évaluent ces praticiens pour les aider à corriger leurs handicaps.

P. Cohen demande davantage de considération, d'objectivité et de retenue de la part des experts pour le chirurgien mis en cause qui est la 2^e victime déjà évoquée au cours de la journée. Certains d'entre eux sont tellement bouleversés et déstabilisés que cette mise en cause, vécue comme une mise au ban de la société, les pousse au suicide. L'expertise doit être pour le praticien mis en cause l'occasion d'un examen de conscience personnel pour identifier et éventuellement corriger ce qui ne s'est pas bien passé.

J. Milliez insiste sur l'importance d'un exercice serein du droit qui n'a pas seulement pour objet de réprimer, mais dont on attend aussi qu'il apaise la société et prévienne les conflits. Son approche est fondamentalement différente de la médecine. Dans cette perspective, il peut arriver que l'accident soit sanctionné alors qu'aucune faute médicale n'a été relevée, du simple fait que la souffrance de la victime et de sa famille est exceptionnelle et doit être prise en compte par la société.

CONCLUSION ET RECOMMANDATIONS

D Jaeck et P Marre

Au terme de cette séance particulièrement riche et passionnante tous les intervenants, chirurgiens, experts, magistrats, assureurs et avocats sont remerciés de la qualité de leurs présentations et de la discipline dont ils ont fait preuve pour respecter un programme très serré. Leur convivialité a donné une tonalité homogène à leurs propos permettant de proposer un ensemble de recommandations de bon sens. La richesse de leurs débats a été enrichie par la motivation des participants.

Faisant le point 11ans après le premier colloque consacré à ce sujet par l'Académie Nationale de Chirurgie, il est observé la situation suivante :

La sinistralité reste faible eu égard à l'activité chirurgicale

Les procédures civiles et surtout pénales ont beaucoup diminué au profit des CCI, procédure gratuite, rapide, facilement accessible à la victime et moins traumatisante pour le praticien mis en cause

Les procédures en CCI pourraient être encore accélérées avec une meilleure sélection des recours, 60% environ de ceux-ci n'aboutissant pas

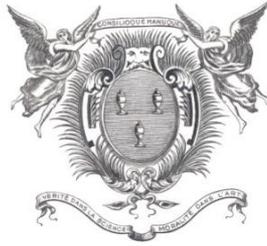
Mais le coût des indemnisations est de plus en plus élevé, supporté soit par la collectivité nationale en cas d'aléa, soit par les assureurs des praticiens en cas de faute

Elles incombent au fonds d'indemnisation national et aux assureurs. Ces derniers le répercutent sur les cotisations d'assurance des praticiens qui augmentent régulièrement et finissent par être insupportables dans certaines disciplines

Cette situation financière critique place les experts au centre du système. Ce sont des chirurgiens chargés de dire la science médicale pour éclairer le jugement des magistrats appliquant le savoir juridique. Leur rôle est par conséquent essentiel, ce qui soulève la question de leur compétence, comme cela été souligné par nombre d'intervenants

La maîtrise de ce système à 4 variables, le patient, le chirurgien, le magistrat et l'assureur, passe par conséquent par 4 éducations, dont la plus importante est celle du chirurgien. Education du patient en l'accompagnant raisonnablement pour l'aider à prendre conscience du fait que son recours peut ne pas aboutir. Education du chirurgien par des procédures d'accréditation dont il a été montré qu'elles sont suivies d'une baisse de la sinistralité individuelle. Education du magistrat au fil d'audiences de qualité dont les débats sont enrichis par des experts et des avocats de qualité. Education des assureurs enfin prenant conscience du fait que l'augmentation des primes a ses limites et que son alternative est l'organisation de formations de qualité pour leurs assurés.

La baisse de la sinistralité des chirurgiens passe par l'amélioration de leurs résultats grâce à la mise à jour régulière de leur formation professionnelle continue dans le cadre de l'accréditation, et à l'application des procédures et recommandations.



ACADÉMIE NATIONALE de CHIRURGIE

French Academy of Surgery

Les Cordeliers, 15, rue de l'École de Médecine - 75006 Paris. - Tél. 01.43.54.02.32
administration@academie-chirurgie.fr • www.academie-chirurgie.fr

L'Académie Nationale de Chirurgie en 2015

L'Académie Nationale de Chirurgie est l'héritière de l'Académie Royale de Chirurgie fondée en 1731 par Louis XV, elle s'est installée en 1775 dans le magnifique bâtiment construit sous Louis XVI situé au 12 de la rue de l'École de Médecine et qui est actuellement la faculté de médecine Paris Descartes.

Elle a une vocation scientifique et éthique, elle est garante de l'évaluation des nouvelles techniques et de l'enseignement de la chirurgie. Regroupant les différentes sociétés savantes chirurgicales, elle s'efforce de recommander les bonnes pratiques continuellement remises en cause par l'évolution de plus en plus rapide du savoir et du savoir-faire.

Dynamique, elle met à travers ses publications e-Mémoires (4 700 téléchargements/jour en 2013 soit près de 2 millions par an !) à la disposition de tous les professionnels de santé (en formation initiale et en formation continue) des recommandations, mise à jour thérapeutiques, nouveaux articles qui ont pour but de faire avancer la Chirurgie.

<http://www.academie-chirurgie.fr/ememoires.htm>

Dans le cadre des séances hebdomadaires, c'est une information de haut niveau par les présentations retenues avec illustrations, vidéos, discussions, articles originaux, cas cliniques, éditoriaux, articles historiques, accessibles à tous.

www2.academie-chirurgie.fr/sean/?annee=2015

Par ailleurs la communication de chaque orateur et la discussion qui suit, sont disponibles en ligne dès le lendemain de chaque séance ! Vidéos disponibles gratuitement partout et à tout moment. Outil pédagogique de haut niveau, l'Académie de Chirurgie contribue au rayonnement des avancées techniques chirurgicales.

Enfin, une attention et un soutien tout particulier à nos jeunes collègues qui sont l'avenir de la Chirurgie, à travers le dialogue intergénérationnel du Magazine et les nombreux prix et bourses remis chaque année.

www.academie-chirurgie.fr/prixcomp.htm

Ainsi, sous les dehors rassurants d'une vieille dame très digne, l'Académie Nationale de Chirurgie est une institution dynamique, très jeune d'esprit, accompagnant l'innovation au quotidien, très fière de contribuer à la promotion du métier de chirurgien et de développer des partenariats tant avec les sociétés savantes de spécialités chirurgicales qu'avec les fondations et partenaires institutionnels.

Daniel JAECK
Président 2014

Georges MANTION
Président 2015

Philippe MARRE
Secrétaire Général 2015