

# EXPERTISE EN RESPONSABILITÉ MÉDICALE.

## ÉTUDE DU FONDEMENT DE LA VÉRITÉ EXPERTAILE : FACTEURS DE MIS EN CAUSE EN CHIRURGIE DU RACHIS DANS UN CONTENTIEUX EN RÉPARATION DU DOMMAGE CORPOREL

*EXPERT ASSESSMENTS IN MEDICAL LIABILITY.  
STUDY OF THE BASIS OF EXPERT TRUTH:  
FACTORS OF BLAME IN SPINAL COLUMN SURGERY  
IN A DISPUTE OVER COMPENSATION FOR PHYSICAL INJURY*

Par S. HALLOUT<sup>1</sup>, M.D, MSc

ARTICLE ORIGINAL  
ORIGINAL ARTICLE

### RÉSUMÉ

La chirurgie reste la spécialité la plus exposée aux demandes d'indemnisation pour dommage corporel. La faute doit être certaine pour que le chirurgien soit tenu responsable du dommage avec un lien de causalité direct et imputable. Le chirurgien est tenu de répondre à une obligation de moyens et de sécurité dans sa démarche de soins.

Le résultat de l'acte chirurgical est souvent le fruit d'une collaboration partagée bien que seule la responsabilité individuelle de celui qui est à l'origine du contrat médical avec le patient est engagée.

En chirurgie, il existe un coefficient aléatoire alimenté par le risque et l'incertitude de survenue d'un événement indésirable. Le chirurgien pose une indication thérapeutique dont les risques propres à l'individu, à sa pathologie et à l'ensemble des interactions sont imprévisibles. Cette imprévisibilité peut conduire à un sinistre couvert par l'assurance d'un professionnel de santé.

Le risque est indissociable de l'acte chirurgical, le but ultime de la chirurgie étant d'obtenir un résultat satisfaisant escompté avec une balance bénéfique/risque positive. L'obligation de moyens est primordiale et reste à la charge du chirurgien, même si dans de rares cas, la jurisprudence peut imposer une obligation de résultats lorsque l'acte technique est réputé simple à tel point que l'aléa thérapeutique ne peut se justifier. Les principales mises en cause du chirurgien dans le cadre de sa responsabilité civile sont l'indication opératoire non justifiée, l'information au patient absente ou insuffisante, la technique chirurgicale non conforme aux données acquises et récentes de la science, un acte chirurgical plus délabrant que prévu, une erreur de site opératoire, l'oubli d'un corps étranger, un suivi post-opératoire insuffisant.

Les principales condamnations prononcées à l'encontre du praticien sont dus dans la majorité des cas à un retard de diagnostic et/ou un retard de ré intervention, à une erreur technique surajoutée à une absence d'indication chirurgicale, à un défaut de consentement et/ou d'information avec une incompréhension du patient sur le contenu délivré.

L'expert est « un verre qui grossit les objets et sert au juge, qui a la faculté de s'en servir à examiner en toute liberté si les images qu'on lui présente sont déjà nettes », il s'appuie sur les faits pour reconnaître l'exis-

1. CHRU Strasbourg, Service Orthopédie, 67000 Strasbourg, France – mail : sabrina.hallout@neurochirurgie.fr

tence ou non d'un dommage et établir un lien de causalité direct imputable à l'acte chirurgical. Il confronte les données acquises de la science aux données du terrain chirurgical où s'entremêlent l'évaluation technique, l'évaluation humaine, la coopération pluridisciplinaire. Il devra déterminer si l'acte de soins a fait l'objet d'une maladresse, l'imprudence, l'inattention, la négligence ou le non-respect des protocoles.

En vue de déterminer la responsabilité du chirurgien, l'expert doit analyser l'indication opératoire et l'évolution spontanée sans chirurgie, les preuves de l'échec des alternatives thérapeutiques médicale, les objectifs de l'intervention et ses limites, la technique chirurgicale utilisée, le ratio bénéfices/risques prévu avant l'intervention, les alternatives thérapeutiques existantes au moment où l'indication chirurgicale a été proposée au patient, l'impact professionnel depuis que le dommage chirurgical a été reconnu.

A l'ère de la judiciarisation du geste chirurgical, le professionnel de santé devra appliquer le principe de médico-prudence juridique et les facteurs qui le sous-tendent.

La communication et l'humanisme du professionnel de santé sont les meilleurs armes du chirurgien contre toute mise en cause à tort du patient.

## MOTS-CLÉS

Chirurgie, Rachis, Sinistre, Vérité expertale, Expertise.

## ABSTRACT

*Surgery remains the speciality most exposed to demands for compensation for physical injury. There must be a certain fault for the surgeon to be held responsible for the injury with a direct and attributable causal link. The surgeon has to provide a best endeavour and safety in the care he dispenses.*

*The result of a surgical act is often the fruit of shared collaboration, although only the individual responsibility of the person who is at the origin of the contract with the patient is engaged.*

*In surgery, there is a random coefficient fuelled by the risk and uncertainty of the occurrence of an undesirable event. The surgeon sets out an indication of treatment in which the risks specific to the individual, his pathology and all the interactions are unforeseeable. This unpredictability may lead to an accident covered by the healthcare professional's insurance.*

*Risk cannot be dissociated from the surgical act, the ultimate aim of the surgery being to obtain an expected satisfactory result with a positive benefit/risk ratio. The sur-*

*geon's best endeavour is vital and is his responsibility, even though in rare cases, jurisprudence can impose a performance obligation when the technical act is reputed to be simple to the point that the argument of a random therapeutic risk cannot be justified.*

*The main reasons to blame the surgeon within the framework of his civil liability are an unjustified operation, lack of or insufficient information given to the patient, a surgical technique not in accordance with recent acquired scientific data, a surgical act more damaging than foreseen, an error as to the operating site, forgetting a foreign body, insufficient post-operative follow-up.*

*The main convictions pronounced against practitioners are mostly due to a delayed diagnosis and/or delayed re-intervention, a technical error added to a lack of surgical indication, a fault in the consent and/or information with a lack of understanding by the patient of the content delivered.*

*The expert is 'a glass that enlarges objects and serves the judge, who has the ability to use it to examine completely freely if the images that are presented to him are already clear', he relies on the facts to recognise the existence or not of an injury and establish a direct causal link attributable to the surgical act. He compares the data acquired by science and the data of the surgical field where technical assessment, human assessment and multi-disciplinary cooperation are intermingled. He has to determine whether the act involved clumsiness, carelessness, lapse of concentration, negligence or non-respect of the protocols.*

*With a view to determining the liability of the surgeon, the expert must analyse the indication for the operation and the spontaneous evolution without surgery, the proof of the failure of the alternative medical treatments, the objectives of the operation and its limits, the surgical technique used, the benefit/risk ratio expected before the intervention, the alternative treatments existing at the time when the surgical indication was proposed to the patient, the professional impact since the surgical injury has been recognised.*

*At a time when surgical acts are treated judicially, the healthcare professional has to apply the principle of legal medical prudence and the factors which underlie it.*

*Communication and the healthcare professional's humanism are the surgeon's best friends against any wrongful accusation by a patient.*

## KEYWORDS

*Surgery, Spinal column, Accident, Expert truth, Expert assessment.*

## INTRODUCTION

Longtemps installé dans un postulat d'infailibilité, le système de santé a dû faire face à des crises sanitaires (affaire du sang contaminé, organismes génétiquement modifiés, encéphalopathie spongiforme bovine) remettant au centre des préoccupations le droit des patients.

La société ne cesse d'augmenter la pression qui pèse sur les professionnels de santé. Le patient est de plus en plus exigeant, les outils informatiques lui permettent d'accéder à un portail médical l'informant des récentes innovations, et lui faisant part des expériences d'autres patients. Il se positionne de plus en plus comme un consommateur de soins, faisant émerger une obligation de résultats et de guérison.

Le chirurgien décrit comme l'« homme de peine de l'art de soigner » s'est engagé dans une volonté altruiste de secourir et sauver des vies, par souci d'humanité, de bonté et de don de soi.

L'acte chirurgical est un acte de soins médical, technique et scientifique en rapport avec l'intégrité corporelle, répondant au seul principe d'éviter au patient un risque lésionnel hors de proportion sans bénéfice thérapeutique escompté.

La qualité, l'efficacité et la sécurité du patient sont les maîtres mots de la prise en charge chirurgicale. L'obligation du chirurgien est de dispenser des soins consciencieux et adaptés à l'état du patient avec une exigence de moyens afin d'obtenir un résultat satisfaisant. L'obligation de sécurité lui impose de ne causer nul dommage supplémentaire à l'état de santé initial de son patient ou sans rapport avec sa pathologie.

Jusqu'à la loi Kouchner, il n'y avait aucune disposition législative spécifique à la responsabilité civile des professionnels de santé. Une évolution de la jurisprudence et une reconnaissance plus importante de préjudices inexistants ou non retenus auparavant, tels que le défaut d'information tendent à accroître la mise en responsabilité des professionnels de santé engendrant un coût pour les assurances.

L'erreur est humaine et indissociable de la notion de risque. L'erreur chirurgicale définie comme toute complication postopératoire sans commune mesure avec l'acte pratiqué et les suites attendues, elle crée un dommage et engage la responsabilité du chirurgien. De par son nom « expertus », l'expert désigne un homme ayant des connaissances élaborées dans son art pour éclairer le juge ou une commission médicale dans l'identification d'un dommage corporel et de son éventuel lien de causalité avec une décision ou la réalisation d'un acte de soins. L'expert doit répondre aux questions contenues dans sa mission afin de déterminer l'origine du dommage corporel, rechercher la conformité de la prise en charge aux données acquises et récentes de la science et réunir les éléments qui permettront au magistrat d'identifier une erreur, une

négligence l'imprudence, le manque de précaution, ou toute autre défaillance imputable à l'acte chirurgical et au chirurgien lui-même, sans jamais qualifier le comportement du praticien mis en cause. La qualification du comportement fautif relève de la fonction du magistrat en s'appuyant sur les conclusions de l'expert.

L'expertise judiciaire sollicite l'Homme de l'art, débiteur du vrai mais nul ne peut prétendre à la maîtrise complète d'une science évoluant entre certitude et incertitude, entre un savoir acquis et des hypothèses, par conséquent il émettra un avis technique fondé sur les faits. La mission d'expertise en responsabilité médicale est un exercice singulier et très riche en données d'analyse et de réflexion. Cet article étudie le raisonnement de l'expert répondant à sa mission d'expertise en responsabilité médicale. Les objectifs sont de rappeler les fondements de la relation chirurgien/patient, la responsabilité du chirurgien dans les actes de soins et comment la jurisprudence s'est enrichie au fil du temps avec les différents arrêtés de Cour de cassation.

Cette analyse du travail de l'expert à la recherche de vérité expertale en contentieux de responsabilité médicale permettra de prévenir le professionnel de santé des pièges à éviter fréquemment à l'origine de la sinistralité en chirurgie.

Cet article souligne la difficulté d'identifier l'origine du dommage corporel et un lien de causalité dans une discipline (la chirurgie), domaine dans lequel s'affrontent l'art de la science chirurgicale, la technique, la dextérité humaine, le travail en équipe pluridisciplinaire ?

L'immersion du droit dans la sphère chirurgicale est étroitement liée à l'évolution de la jurisprudence et à la judiciarisation progressive de la relation de soins. Les prémices de la responsabilité chirurgicale figuraient déjà dans les textes antiques du Code d'Hammourabi dans les 2000 ans avant J-C, évoquant la répression à affliger en cas d'échec thérapeutique. Le risque médical existait déjà au temps des services de santé de Ramsès II vers 1300 avant JC, se risquant à nettoyer les plaies des uns avec l'urine fraîche des autres. Dans le serment d'Hippocrate, il n'était nullement question de s'engager sur un résultat, le médecin était tenu de soulager les souffrances. En 1551, Ambroise Paré, chirurgien du roi Charles IX renvoyait au divin le sort de ses patients. Le médecin n'avait pas de responsabilité, c'était la volonté de Dieu qui s'exprimait à travers l'acte thérapeutique [1, 2, 3].

La judiciarisation s'est construite au fil du temps et a contribué au fondement de la responsabilité médico-chirurgicale selon les condamnations ou non des professionnels de santé incriminés.

En 1672, des missions d'expertise de l'époque rapportaient l'une des premières mises en cause d'un chirurgien

gien pour saignée intempestive et absence de résultat [4].

Au XVII<sup>e</sup> siècle, le corps médical bénéficiait d'une confiance aveugle des patients reposant sur l'ignorance masquée par un langage médical ésotérique dépeint par Molière qui illustre l'irresponsabilité des acteurs de santé dans sa pièce [5].

La relation de soins était fondée sur l'obéissance du patient, la parole du chirurgien était acceptée et la souffrance consentie : « le moyen pour le chirurgien de se faire obéir de ses malades, c'est de leur exposer les dangers qui résultent de leur désobéissance » [6].

La Déclaration royale de 1712 a imposé aux médecins l'obligation d'informer un patient atteint d'une maladie grave sous peine d'une sanction d'interdiction d'exercice médical. L'obligation d'information avait une finalité religieuse, celle de permettre au malade de se confesser [7].

La « médecine légale » définie comme l'art de constater l'état d'un corps violenté ou l'état de décès, apparue en 1777, était pratiquée par les médecins et chirurgiens jurés au Châtelet [8].

Entre 1804-1830, l'élaboration d'articles principes du Code de Procédure civile (CPC) ont fondé le concept de la responsabilité civile.

Au XX<sup>e</sup> siècle, plusieurs arrêts ont établi une jurisprudence en matière de responsabilité du professionnel de santé. L'arrêt **Mercier** du 20 mai 1936 affirma la supériorité de l'obligation de moyens sur l'obligation de résultat. Le médecin est donc soumis à une obligation de moyens à tous les stades (diagnostic, bilan préopératoire, intervention, surveillance post-opératoire) qui n'engage sa responsabilité civile que si le dommage causé à son patient est la conséquence d'une faute [9].

L'arrêt **Teyssier** rendu le 28 janvier 1942 formalise les modalités de l'information du patient à l'occasion d'un acte chirurgical : nature exacte de l'acte chirurgical, ses conséquences possibles et ses alternatives thérapeutiques afin d'obtenir un consentement éclairé du patient.

Le 24 octobre 1962, la Cour d'appel de Grenoble a introduit la notion de perte de chances pour indemniser des préjudices lorsque le lien de causalité entre la faute médicale et le préjudice subi n'avait pas été établi.

L'arrêt du 9 juin 1977 de la Chambre criminelle de la cour de cassation exclut la possibilité d'invoquer la notion de perte de chances en matière pénale, le considérant commun préjudice autonome, totalement distinct du préjudice final.

L'arrêt **Farcat** du 30 mai 1986 établit qu'il est de l'obligation du chirurgien d'assurer personnellement les soins et le suivi du patient et d'assumer la prise en charge d'éventuelles complications secondaires.

L'arrêt **Hérard** du 7 février 1990 retint que « le chirurgien qui manque à son obligation d'éclairer son patient sur les conséquences éventuelles du choix de

celui-ci d'accepter l'opération qu'il lui propose, prive seulement l'intéressé d'une chance d'échapper, par une décision peut-être plus judicieuse au risque qui s'est finalement réalisé, perte qui constitue un préjudice distinct des atteintes corporelles résultant de ladite opération ». Ainsi, la conséquence d'un manquement au devoir d'information, qui a privé le patient de la possibilité de refuser l'intervention ou de choisir une autre thérapeutique, est indemnisée au titre de la perte d'une chance, selon une proportion du dommage réellement subi, en fonction de la probabilité d'une acceptation ou d'un refus des soins à la suite desquels le dommage est intervenu.

La réforme de l'expertise tend à restreindre les prérogatives de l'expert par son rôle de technicien-auxiliaire de justice. Les règles applicables aux expertises judiciaires s'appliquant au cas de l'expertise médicale, ont été modifiées par la loi du 11 février 2004, réformant le statut des experts [10, 11].

La jurisprudence a renforcé le degré d'exigence requis dans l'appréciation du geste médical technique en assimilant tout geste défectueux à une faute de nature à engager la responsabilité du chirurgien. Il s'agit de l'arrêt **Gomez** : les hôpitaux civils de Lyon ont été condamnés à la réparation du préjudice dans le cadre d'une responsabilité sans faute suite à la survenue d'une paraplogie secondaire à la réalisation d'une ostéosynthèse rachidienne [12].

L'arrêt **Bianchi** du 9 avril 1993 a permis une indemnisation de l'aléa thérapeutique dans le cadre d'un régime de responsabilité sans faute s'appliquant dans un acte à finalité diagnostique.

En février 1997, l'arrêt **Hédreul** renverse la charge de la preuve, le chirurgien doit prouver qu'il a informé son patient en raison de l'application de l'article 1315 du Code civil [13].

La loi Fauchon du 10 juillet 2000 modifia les conditions de mise en jeu de la responsabilité pénale en cas de délits non intentionnels. Elle renforce l'article 121-3 du code pénal : « il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait » [14].

La loi Kouchner du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé établissant les droits des usagers au sein du système de santé en les associant au fonctionnement de celui-ci, en fixant les principes de la responsabilité médicale crée un dispositif de règlement amiable et d'indemnisation des victimes d'accidents médicaux. Il introduit la notion de responsabilité sans faute [15].

Dans ce contexte de judiciarisation de la profession, en avril 2006, l'Académie nationale de médecine a



établi un rapport concernant le comportement des professionnels de santé et la prévention des événements indésirables [16].

L'arrêt du 3 juin 2010 rendu par la Cour de Cassation établit que la réparation du préjudice moral est obligatoire en cas de manquement au devoir d'information. La jurisprudence caractérise ainsi le passage d'une responsabilité contractuelle vers une responsabilité délictuelle.

## L'ENCADREMENT MÉDICO-LÉGAL DE L'EXERCICE CHIRURGICAL

La relation chirurgien-patient doit reposer sur la communication, l'empathie, la réciprocité et la confiance. Il a été établi que plus le chirurgien fait preuve de professionnalisme, d'humanisme et qu'il prodigue des soins consciencieux, moins il sera incriminé dans des dossiers de mise en responsabilité médicale [17].

Au fil du temps, le patient est devenu un consommateur de soins avec de plus en plus d'exigences et de revendications. Le droit aux soins est devenu à un droit à la santé avec une guérison certaine et une dérive vers 100% de bons résultats. Or, la chirurgie est par sa nature incertaine, oscillant entre l'indication et l'abstention, des résultats n'excluant pas la survenue de complications. Il n'est pas souhaitable que la relation patient/chirurgien engendre un rapport de force entre un prestataire de services de soin et un client. L'exigence du patient (sécurité sanitaire, information) est légitime mais ne doit pas se déporter vers une obligation de résultats satisfaisants les attentes du patient.

La relation chirurgien-patient est fondée sur un contrat oral, tacite, synallagmatique, civil, et conclu intuitu personae (le médecin s'engage à traiter personnellement son patient), reposant sur des valeurs morales et éthiques imposées par la déontologie du professionnel de santé.

Le contrat médical implique le consentement des parties contractantes [18, 19].

Le risque est indissociable de la pratique chirurgicale, l'acte est par nature sujette au risque lésionnel, le plus important est d'en informer le plus objectivement possible le patient afin qu'il ait une conscience totale du risque encouru pour éviter la réalisation d'un préjudice par perte de chance par désinformation partielle ou totale du patient.

Le défaut d'information est une source de mise en cause de la responsabilité civile du professionnel de santé par manquement à l'obligation contractuelle du contrat de soin. L'information doit être simple, intelligible et loyale afin d'obtenir le consentement libre et éclairé du patient, d'échanger, de l'orienter vers le traitement le plus adéquat. Le suivi pré et post-opératoire

devra être consciencieux, diligent et adapté aux besoins, aux plaintes et inquiétudes du patient. Il est obligatoire, régulier et sera consigné dans le dossier du patient. La traçabilité implique une transparence totale de la prise en charge et du suivi auprès du médecin référent du patient. En cas de complications, le praticien doit être attentif et disponible, si la prise en charge de la complication dépasse son champ de compétence, il est tenu de demander l'avis d'un spécialiste. Le contrat médical prévoit que le chirurgien s'engage à assurer personnellement au patient des soins consciencieux, dévoués et fondés sur les données acquises de la science, à l'aide de collègues compétents si cela est nécessaire.

## LA RESPONSABILITÉ DU CHIRURGIEN

Dans le cadre de son exercice, plusieurs types de responsabilité (disciplinaire, pénale et civile) peuvent être engagés à l'encontre du chirurgien. La responsabilité disciplinaire est conduite soit par le patient, soit par l'Ordre Professionnel ou par un confrère devant le Conseil de l'Ordre siégeant en matière disciplinaire. Cette procédure est ouverte en cas d'infraction des règles déontologiques. La sanction disciplinaire ne saurait être pécuniaire mais répressive à type d'avertissement, blâme, suspension d'activité ou radiation de l'ordre professionnel.

Le risque inhérent peut être défini comme étant un risque qui se réalise dans le respect des règles de l'art. L'expert devra déterminer si une complication survenue relevait du risque inhérent ou d'un écart aux règles de l'art.

La responsabilité médicale pénale se caractérise par la sanction prononcée à l'encontre d'un professionnel de santé ayant commis une infraction prévue dans le code de procédure pénale dans le cadre de son exercice médical. La plupart des actes de soins exposent le chirurgien à une responsabilité pénale dans la mesure où il est susceptible de porter atteinte à l'intégrité physique de son patient.

Les textes réprimant les blessures causées par imprudence, inattention, négligence ou inobservance des règlements sont contenus dans les articles : 121-3, 221-6, 222-19 à 222-21, R.610-2, R.622-1, 625-2 et 625-3 du code de procédure pénale.

En matière pénale, le chirurgien peut être mis en cause pour trois types de faute :

- la faute simple,
- la faute caractérisée (refus de réaliser une chirurgie d'hémostase dans l'attente d'une amélioration de l'équilibre hémodynamique du patient),
- la faute résultant d'un manque au devoir d'obligation de sécurité ou de prudence imposée par l'éthique et la déontologie (oubli d'une compresse

dans un abdominal par omission de comptage du nombre de compresses utilisées (20).

La responsabilité pénale du chirurgien pourra être engagée soit lorsqu'il est directement auteur du dommage soit lorsqu'il a créé la situation dans laquelle le dommage s'est réalisé, en méconnaissant volontairement des règles de prudence telle que l'omission de soins (défaut de surveillance) [13]. Le simple rapport de causalité entre le comportement fautif et le préjudice n'est pas suffisant s'il n'est pas circonstancié c'est-à-dire si on ne peut pas établir que le chirurgien disposait concrètement des moyens, des compétences et du pouvoir d'action au moment et dans le contexte dans lesquels les faits se sont déroulés chronologiquement.

La responsabilité civile consiste en une action diligentée par le patient devant la juridiction civile afin d'obtenir la reconnaissance d'un dommage résultant d'un acte fautif ou présentant un caractère anormal imputable à l'acte chirurgical par un lien de causalité.

Cinq types de comportement s'opposant à l'attitude de référence attendue du chirurgien peuvent être source d'une condamnation pour faute civile médicale :

- le défaut de soins par imprudence ou négligence constitue une faute civile. Le patient a « le droit de recevoir les soins les plus appropriés et de bénéficier des thérapeutiques dont l'efficacité est reconnue et qui garantissent la meilleure sécurité sanitaire au regard des connaissances médicales avérées » [21] ;
- la faute d'abstention est invoquée lorsque le dommage allégué est imputable à l'abstention chirurgicale. Il en résulte une demande de réparation pour la perte de chances occasionnée ;
- la faute d'indication c'est-à-dire une indication opératoire abusive résultante d'une insuffisance ou d'une absence de documentation de la pathologie chirurgicale ;
- la faute technique relève de l'inexécution de l'obligation de soins. Les soins doivent être conformes aux données acquises de la science et correspondre à la mise en œuvre de tous les moyens humains ou techniques nécessaires pour atteindre l'objectif thérapeutique ;
- la faute de surveillance : l'absence ou l'insuffisance de suivi post-opératoire (période critique de survenue des complications) caractérise une négligence du chirurgien très souvent condamnée par le juge même s'il existe au sein de la structure un autre médecin susceptible de le remplacer. Celle-ci crée un retard diagnostique et/ou engendre une perte de chance engage la responsabilité du chirurgien.

La responsabilité du chirurgien est individuelle et/ou partagée dans le cadre d'une gestion opératoire pluridisciplinaire. En effet, le résultat de l'acte chirurgical est le fruit de la chaîne de soins hospitalière, la responsabilité individuelle peut être diluée au sein d'une responsabilité multiple partagée. La collaboration entre

praticiens comporte des exigences comme le partage d'information et l'échange d'informations réciproques entre les différents acteurs de soins.

Il n'est pas rare que les experts aient à rechercher la part du dommage imputable respectivement aux différents intervenants dans une chaîne de soins (chirurgien, anesthésiste, radiologue) dans le cadre d'une responsabilité partagée.

Dans les mises en cause de responsabilité du chirurgien, les condamnations prononcées pour faute à l'encontre du praticien sont dues à une perte de chance dans le cadre d'un retard de diagnostic et/ou à un retard de ré-intervention, d'une erreur technique ou d'une absence d'indication chirurgicale.

Le défaut de consentement et/ou d'information avec une incompréhension du patient sur le contenu délivré peut avoir entraîné une perte de chance dans le choix thérapeutique du patient et/ou a contribué au préjudice d'impréparation par l'absence d'énoncé d'un risque de dommage auquel il n'a pas pu se préparer.

## LA SINISTRALITÉ DE L'ACTE CHIRURGICAL

La « sinistralité » est définie comme l'ensemble des réclamations relatives à des préjudices corporels qui sont susceptibles d'être portées à la connaissance de l'instance saisie : pénale, civile ou commission de conciliation.

L'origine du contentieux naît à l'occasion d'un retard de diagnostic ou thérapeutique, une faute technique, un défaut d'information, une absence de surveillance, un résultat non satisfaisant pour le patient. Le contentieux médical n'est pas suivi statistiquement par les pouvoirs publics, les seules données disponibles sont celles des dossiers instruits par les compagnies d'assurance telle que la Société Hospitalière d'Assurances Mutuelles (SHAM) ou la Mutuelle d'Assurances du Corps de Santé français (MACSF). Leurs données liées aux dommages ayant conduit à une déclaration de sinistre et à une demande de réparation est une source pertinente d'informations statistiques.

La chirurgie reste la spécialité la plus exposée, le taux de sinistralité enregistrée en chirurgie en 2012 était de 38,7%. L'épidémiologie de la sinistralité « évitable » correspond principalement aux chirurgies concernées par la latéralité des patients : l'orthopédie, la neurochirurgie, la stomatologie, la chirurgie ORL et la chirurgie digestive [23, 24, 25, 26].

Le risque médical se définit comme « toute aggravation anormale de l'état de santé antérieur d'un malade qui survient au cours ou à la suite d'investigations, d'interventions ou de traitements médicaux, indépendamment de l'évolution de l'affection en cause et résultant soit d'une faute médicale ou dans l'organisa-

tion du service de soins, soit de conséquences inexplicables et inconnues ». Parmi les erreurs médicales commises au bloc opératoire, les erreurs de côté, d'organe ou de patient sont les plus redoutées car totalement évitables depuis la mise en place de la check-list par la Haute Autorité de Santé. L'analyse des dossiers rapporte que les causes sont essentiellement liées à des erreurs humaines dans un contexte multifactoriel : chirurgie urgente, nombre important d'intervenants, non-communication au sein des équipes, surcharge de travail, absence de procédures formalisées de vérification (check-list) [27, 28].

## LA JURISPRUDENCE EN MATIÈRE DE RESPONSABILITÉ DU CHIRURGIEN

La jurisprudence est une source de droit, de nombreux arrêts ont fait évoluer la responsabilité médicale du professionnel de santé. La faute médicale se définit comme l'inexécution ou la mauvaise exécution, par le chirurgien, de cette obligation de moyens. Le comportement du médecin est considéré comme fautif en comparaison avec l'attitude qu'aurait eut un bon professionnel, respectant les règles de l'art et les règles de bonnes pratiques médicales.

Le cadre juridique a évolué entre 1993-2000 concernant l'exactitude du geste chirurgical faisant émerger le principe d'obligation circonstanciée de sécurité-résultat d'exactitude du geste chirurgical.

La responsabilité du chirurgien est engagée dès lors qu'un organe ou tissu autre que celui visé par l'intervention se trouvait lésé. Aucun dommage collatéral n'est toléré en chirurgie. Seul le caractère inévitable lié au risque inhérent à l'acte chirurgical, exonère le chirurgien de sa responsabilité du fait d'un lien de causalité extérieure, irrésistible et imprévisible [29].

Les chirurgiens exercent leur profession dans le cadre d'une responsabilité civile de type contractuelle. L'obligation contractuelle de moyen a été établie par la jurisprudence en 1936.

La quasi-obligation de sécurité non respectée, en cas de dommage collatéral par blessure d'un organe non concerné par l'intervention, expose le chirurgien à une condamnation pour maladresse fautive.

La notion de « données acquises de la science », formule jurisprudentielle, intégrée dans le Code de santé publique, utilisée par les magistrats pour établir la faute du médecin, appartient à la catégorie des fautes de science, distincte des fautes de conscience (consentement, information, assistance, secret professionnel) [30, 31].

Si nul n'est responsable de son propre fait, le manquement à l'obligation de surveillance constitue une faute : le chirurgien doit s'assurer que tous les actes de surveillance post- opératoire soient bien effectués.

L'homicide involontaire par défaut ou absence de surveillance postopératoire d'un patient ayant subi une amygdalectomie, décédé des suites d'un arrêt cardiaque post-chirurgie est une infraction pénale depuis l'arrêt Farcat [32].

La faute de négligence par oubli de corps étrangers (compresses, pince) ou blessure involontaire sur un organe collatéral au site opératoire est source de condamnation du chirurgien [33, 34, 35, 36].

La jurisprudence réaffirma la responsabilité du chirurgien en tant que chef d'équipe telle que le lien de commettant à préposé est évoqué dans l'article 1384 alinéa 5 du code civil.

L'arrêt du 27 octobre 2004 énonça qu'en rapport avec l'acte de comptage des compresses, le chirurgien est responsable des conséquences dommageables de l'erreur de comptage et de l'oubli de compresse ».

Dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Rennes, de mai 2014, la théorie de l'équivalence des conditions, en vertu de laquelle « si une faute médicale a été, fût-ce pour partie, à l'origine d'un dommage, son auteur est tenu à réparation » a été retenu pour un acte chirurgical de type by-pass gastrique compliqué d'une septicémie secondaire à un lâchage de suture et du décès. Les experts ont relevé une indication injustifiée, un défaut d'information par le chirurgien et un retard de prise en charge de la complication sur décision conjointe du chirurgien et de l'anesthésiste.

Le Conseil d'Etat considère qu'est fautif le défaut d'information du patient sur les risques connus de décès ou d'invalidité résultant d'un acte thérapeutique, à l'exception de l'urgence, de l'impossibilité de satisfaire à l'obligation d'information ou au refus du patient d'être informé sur ces risques.

Il introduit la notion de l'impétueuse nécessité de traitement. Si l'urgence n'est pas établie, et qu'il existe une précipitation à réaliser l'intervention sans que le chirurgien ait pris le temps d'informer le patient de l'intégralité des risques encourus, sa responsabilité est engagée pour défaut d'information et perte de chance. En cas d'évènement indésirable, l'expert peut constater l'absence de délai de réflexion du patient et/ou une caducité du contenu de l'information nécessaire au recueil de son consentement [37, 38, 39].

## LE CONTENTIEUX EN CHIRURGIE DU RACHIS

Après l'infection du site opératoire, les causes de sinistralité chirurgicale sont l'erreur technique (22%), le défaut d'information (14%), le retard diagnostique (11%) et l'erreur de surveillance dans 9% des cas [25]. La chirurgie du rachis est particulièrement exposée au risque de complications en raison de la longueur des interventions, de la fréquence de position opératoire inconfortables pour le malade, l'existence des rema-

niements anatomiques à l'origine des indications chirurgicales en pathologie rachidienne tumorale, dégénérative ou de la déformation (scoliose). En effet, il s'agit souvent d'une chirurgie de correction de l'équilibre sagittal du rachis dégénératif ou scoliotique afin de redonner au patient une rectitude, une ergonomie et une mobilisation satisfaisantes.

La chirurgie de hernie discale lombaire est une pathologie fréquente source de contentieux et à l'origine d'une plainte de patients pour :

- résultat NON satisfaisant (10% des cas) : persistance de douleur ou du déficit, absence de guérison, évolution vers une douleur chronique (par désafférentation) ;
- survenue d'une complication évitable mais prévisible ;
- survenue d'une complication rare et grave ;
- non-indication chirurgicale ;
- réalisation du geste dans un délai inadapté : indication trop prématurée (chirurgie sans traitement médical en premier recours) ou indication trop tardive avec une installation du déficit et absence de récupération secondaire pour le patient (l'urgence thérapeutique a été négligé) ;
- faute technique.

Toutes ces différentes situations peuvent être rencontrées isolément dans un dossier de contentieux ou survenir en cascade, le rôle de l'expert étant d'identifier l'événement responsable du dommage corporel et de le relier au professionnel de santé [40, 41].

La vérité expertale est l'aboutissement du processus d'analyse chronologique de tous les événements survenus dans la chaîne de soins.

Au-delà des bénéfices secondaires potentiellement recherchés au cours d'une demande d'indemnisation, le plaignant exprime le besoin de comprendre ce qui s'est passé.

La mission de l'expert est d'émettre un avis technique, évaluer le préjudice et élucider les points essentiels à savoir l'existence ou non d'un dommage, le lien causal et son imputabilité. En chirurgie du rachis, l'expert peut être confronté à une situation de « non-résultat ».

L'analyse expertale du dossier ne met pas en évidence de faute caractérisée, d'erreur technique, ni même un accident médical non fautif à type d'aléa thérapeutique. Le patient ne constate pas d'amélioration de son état clinique et parfois même une majoration des symptômes après « acte chirurgical ».

Ce non résultat est un motif de recours à une demande en indemnisation dans le contentieux chirurgical. L'obligation de résultat n'est pas contractuelle, chaque chirurgien devrait évoquer l'éventualité d'une absence de résultat (pas d'amélioration clinique de l'état du patient) très souvent vécu sur le mode d'un échec thérapeutique. Dans ce type de situation, l'analyse de l'état antérieur du patient et la traçabilité de son examen physique pré-opératoire rigoureuse-

ment décrit est fondamentale pour éviter qu'un non résultat devienne un accident médical ou un résultat anormal dans l'exemple d'un déficit pré-opératoire non exploré ou passé inaperçu.

## LE RÉSULTAT ANORMAL D'UN ACTE CHIRURGICAL EN CHIRURGIE DU RACHIS

La condition d'anormalité est remplie lorsqu'un acte chirurgical est source d'un handicap pour le patient sans commune mesure avec celle de l'état initial de l'intéressé.

L'acte chirurgical est anormal lorsqu'il a entraîné des conséquences notablement plus graves que celles auxquelles le patient était exposé de façon probable en l'absence de traitement.

Lors de la prise en charge chirurgicale d'une hernie discale cervicale C4-C5 entraînant des douleurs, un déficit modéré du bras droit et une gêne à la marche, le patient se réveille avec un déficit moteur des quatre membres, entraînant une incapacité permanente évaluée à 60%. Selon l'expert, en l'absence d'intervention, l'évolution naturelle de la hernie discale cervicale n'aurait en aucun cas conduit à une tétraparésie. La condition d'anormalité est donc remplie.

Dans son arrêt, le Conseil d'Etat considère que la condition d'anormalité est remplie au motif que « la gravité du handicap était sans commune mesure avec celle de l'état initial [du patient] puisqu'il n'existait pratiquement aucun risque, en l'absence d'intervention, de voir la hernie discale cervicale C4-C5 évoluer vers une tétraparésie » [42, 43].

## LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION

Le principe de précaution inscrit dans le préambule de la Constitution de 2005 précise : « Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage ».

En médecine, prendre des précautions, c'est avoir une attitude responsable et réfléchie basée sur des certitudes ou des hypothèses scientifiques concernant un risque avéré ou un risque aléatoire. Si on considère le principe de précaution comme une conduite imprégnée de prudence et de bon sens, cet état d'esprit cor-



respond à une exigence fondamentale du code de déontologie [44].

Le chirurgien doit s'intéresser aux facteurs de risque pouvant générer un événement indésirable axé sur le contenu de l'information et sa traçabilité. Le devoir d'information et l'obtention d'un consentement éclairé sont obligatoires et rappelés par le code de déontologie article 35 et 36, par les principes d'éthique médicale européenne (article 4), la déclaration sur les droits du patient (principes 3 et 7) et renforcés par la loi Kouchner de 2002.

L'information doit être optimale et intelligible par tout moyen y compris via des schémas anatomiques simplifiés ou des modèles tridimensionnels. C'est un facteur majeur dans la réduction de la sinistralité en chirurgie. La charge de l'information revient à tous les praticiens prenant en charge le patient dans la chaîne de soins. La remise d'un document standardisé de recueil de consentement établi par l'établissement ou élaboré par des groupes de travail de type société savante est recommandée. La preuve écrite ne constitue pas une décharge de responsabilité.

Le second axe étant les données actuelles et acquises de la science avec une mise à jour répétée des connaissances et des techniques potentiellement réalisables (nouvelles avancées, innovations) dans son domaine chirurgical.

Le dernier axe est celui des indications opératoires toujours discutées et très individuelles selon l'expérience chirurgicale de chacun. Il doit avoir un raisonnement éclairé selon les recommandations actuelles de la littérature qu'ils lui seront préjudiciables si les siennes n'étaient pas conformes. Dans la littérature jurisprudentielle, nous n'avons pas retrouvé de condamnation d'un chirurgien pour la non-utilisa-

tion de potentiels évoqués à visée de monitoring neuro-moteur d'une intervention sur le rachis compliquée de troubles neurologiques définitifs.

Cependant, cette non-utilisation pourrait fort bien être assimilée à une perte de chance si des données acquises de la science démontraient que le monitoring pouvait prémunir d'une quelconque morbidité neurologique évitable [45].

Le principe de précaution est de pouvoir s'entourer d'une aide confraternelle, de soumettre les cas difficiles à la discussion en staff et d'être vigilant en permanence afin d'éviter une situation dans laquelle le chirurgien peut être accusé comme fautif malfaisant.

## LE PRINCIPE DE MÉDICO-PRUDENCE JURIDIQUE

Il s'agit de l'identification de facteurs endogènes et exogènes de la pratique des actes médicaux et de la reconnaissance de situations à risque afin de mieux contrôler la prise de risque et d'agir conformément aux données acquises de la science. Le principe de médico-prudence est à la base d'une démarche professionnelle responsable. Des études ont mis en évidence des facteurs latents, contributifs au contentieux patient-médecin souvent existants bien avant que l'événement indésirable ne survienne [46, 47]. Ces facteurs sont décrits dans le tableau 1.

Le principe de prise en charge thérapeutique suppose la mise en œuvre d'une attitude humaniste fondée sur l'attention, l'intérêt, la considération du patient.

Le mode de communication du chirurgien peut constituer un motif de plainte parce que le patient n'a

**Tableau 1 : Facteurs contributifs au contentieux patient-professionnel de santé.**

Facteurs contributifs	Exemples
Facteurs associés au calendrier	Retard, actions interrompues, actions répétitives
Facteurs associés au contexte personnel	Compétences, qualifications, formation initiale continue, caractère et personnalité, volume de travail, stress
Facteurs associés à l'équipe et à sa gestion	Absence de processus formalisés, communication et coopération-collaboration de mauvaise qualité, mauvaise répartition des tâches, pression exercée sur l'équipe, défaut de supervision, conflits interpersonnels et relationnels
Facteurs organisationnels entre unité	Patient traité de manière expéditive et orienté vers un confrère, communication lacunaire ou déficiente et informations insuffisantes
Facteurs associés au contexte institutionnel	Recours insuffisants et absence de ligne de conduite clairement énoncée par la direction de l'établissement
Facteurs associés à l'équipement	Données incorrectes, faiblesse technique
Facteurs associés au patient	Non coopératif, intervention négative de la famille ou des proches

pas eu un contact jugé suffisant avec son chirurgien, celui-ci a paru se dérober lorsque les suites opératoires n'étaient pas celles qui étaient escomptées.

Le mépris du chirurgien à l'égard de son patient, le manque de communication alimentant l'absence de transparence des pratiques du professionnel de santé sont des facteurs propices au contentieux entre le chirurgien et son patient [48].

La médico-prudence juridique est un facteur de neutralisation des circonstances pouvant aboutir à une plainte d'un patient convaincu d'avoir été victime d'un acte de soin considéré comme fautif.

La prudence en matière de traçabilité, de présentation des preuves est de règle afin de prévenir les effets collatéraux négatifs d'une mise au pilori d'un professionnel de santé.

Celui-ci devra présenter des éléments de preuves de cinq ordres :

- la consultation et la reproduction de l'ensemble des informations techniques ;
- le dossier médical avec les observations médicales et transmissions infirmières ;
- les informations documentées à caractère administratif (éléments communiqués par le patient, conditions d'admissions, désignation d'une personne de confiance, directives anticipées) ;
- les données figurant sur les examens para-cliniques et autres explorations ;
- les informations détenues par le médecin traitant ou référent du patient.

Ces éléments seront étudiés par l'expert en cas de recours contentieux avec demande d'expertise, pivot de la décision judiciaire.

L'expert est tenu d'établir la vérité technico-scientifique par sa compétence en respectant un certain nombre de procédure imposé par la juridiction qui l'a nommé, le contenu de sa mission et les règles déontologiques de l'expert [49].

L'expertise en responsabilité médicale n'est pas nécessairement scientifique, elle exige la maîtrise d'un ensemble de critères de jugement, d'éléments décisionnels potentiellement évolutifs avec les avancées techniques thérapeutiques et innovantes. Il s'agit d'une expertise professionnelle et pratique du terrain chirurgical s'intéressant au parcours de soin du patient et au contrat médical.

La notion juridique de causalité en matière de responsabilité est déterminée par le juge après l'étude du rapport technique du médecin expert. Ce rapport doit argumenter de façon méthodique et la plus scientifique possible l'imputabilité du dommage subi.

Le concept d'imputabilité est établi par l'étude de la relation physiopathologique entre un défaut technique ou autre maladresse et les séquelles constatées, en s'appuyant sur la chronologie. Il n'y a pas de condamnation possible du professionnel de santé sans démonstration d'une causalité certaine entre le comportement dommageable et le préjudice constaté.

La preuve sert à établir qu'une chose est vraie, c'est un raisonnement, la présentation d'un fait, le fait lui-même ou un faisceau d'arguments [50].

L'expertise médicale est un exercice médico-juridique encadré par la loi ayant pour objectif selon les procédures en cours, soit l'évaluation du dommage d'un patient, la recherche de preuves, la mise en évidence d'une faute professionnelle. La méthodologie de l'expert doit garantir la qualité du rapport, le respect du principe du contradictoire et du secret professionnel.

## LA VÉRITÉ EXPERTALE

L'analyse expertale de l'imputabilité repose sur la connaissance précise du fait initial, l'analyse rigoureuse de l'état séquellaire et l'élimination d'un état antérieur. Le degré de preuve doit être proportionné à la grandeur de l'accusation.

L'expert doit éliminer toute interférence d'un état antérieur avec le dommage constaté qu'il s'agisse d'un état pathologique préalable (état antérieur), d'un fait traumatique ou d'un autre acte chirurgical [51, 52].

L'expertise judiciaire est un des moyens d'administration judiciaire de la preuve, une mesure d'investigation technique ou scientifique confié à un « homme de l'art », professionnel reconnu pour son expérience, sa compétence dans un domaine médico-chirurgical afin de répondre à une mission donnée. L'expert analyse des faits, éclaire et propose une vision de l'enchaînement des causes à effet ayant engendré le dommage chirurgical. Il recherche la « vérité scientifique » sans jamais pouvoir affirmer la « vérité judiciaire » relevant de la compétence du juge [53].

La preuve est ce qui sert à établir qu'une chose est vraie, il peut s'agir d'un raisonnement, de la présentation d'un fait, le fait lui-même ou l'objet qui le concrétise.

L'expert émet un avis technique portant sur la réalité des faits, l'existence ou non de faute, le lien de causalité avec le dommage corporel, la nature et l'importance des préjudices identifiés. Les conclusions de l'expert sont déterminantes pour clarifier au juge ou à la commission médicale l'origine du dommage corporel et les facteurs de mise en cause si un lien de causalité est identifié entre le dommage et le préjudice.

En chirurgie, la vérité de l'expert suppose de répondre à diverses questions :

- révéler que l'indication opératoire avait bien été posée (sans retard de diagnostic, ni délai à l'action chirurgicale), que la technique chirurgicale utilisée était adaptée à la pathologie en cause et conforme aux données acquises de la science à la date à laquelle l'acte a été réalisé ou aux recommandations des sociétés savantes de la spécialité ;

- s'intéresser au déroulement de l'acte chirurgical dans sa durée et les difficultés rencontrées, le respect des règles de base telles que la position du patient sur table opératoires, les mesures d'installation ;
- étudier la traçabilité : l'observation d'une non conformité, de difficulté technique ou variation anatomique susceptible d'entraver l'acte dans le CRO, document assurant une transparence de l'obligation de moyens et de sécurité imposée par la profession [54].

L'expert recherchera si l'attitude du chirurgien mis en cause a été conforme à l'attitude de référence d'un professionnel de santé normalement diligent.

Sa mission d'expertise lui impose la vérification de la conformité des soins aux données acquises de la science mais également aux usages et aux règles de l'art.

En tout état de cause, il n'y a pas de faute technique lorsque le chirurgien rapporte la preuve que la lésion dommageable causée par l'acte chirurgical était inévitable.

L'expert doit vérifier que toutes les précautions de sécurité d'usage ont été respectées. Aucune faute technique ne peut être reprochée au chirurgien en cas d'atteinte d'un nerf ou d'une artère due à une anomalie morphologique du patient à condition qu'aucun examen préalable normalement pratiqué ne permette de suspecter l'anomalie.

La preuve scientifique est le substrat de l'expertise, parfois nécessitant une investigation telle que l'autopsie médico-légale afin d'identifier le mécanisme de la mort en cas de décès suspect, inexplicable ou inattendu dans les suites d'une intervention [50, 51, 52].

Le juge a l'obligation de qualification c'est-à-dire apprécie la faute « in abstracto » à l'aide d'un expert qui a notifié la présence ou non d'un comportement imprudent, une négligence ou une inattention concernant le geste chirurgical, la faute ne devrait être retenue que si l'expert établit que le chirurgien n'a pas eu une attitude conforme aux règles de l'art.

Chiffrer le risque de survenue d'une complication donnée d'un acte chirurgical pour un patient donné demeure impossible. Une approximation selon l'expérience du chirurgien et de la littérature est possible mais demeure très éloignée de la vérité mathématique. Le résultat de l'action thérapeutique peut être considéré comme la résultante algébrique de l'état de santé antérieur du patient (le terrain), de la maladie et de l'action du chirurgien [50].

Concernant le dommage chirurgical, le principe de la responsabilité fondée sur la faute prouvée est trop contraignant juridiquement à tel point que le juge peut invoquer une faute incertaine, un lien de causalité hypothétique donnant naissance à la notion de **faute virtuelle**. Celle-ci est fondée sur le postulat que certains faits traduisent par leur seule survenue l'existence d'une négligence, définie en droit anglais comme la méconnaissance d'un devoir légal d'attention.

La maxime de Common Law « Res ipsa loquitur » considère qu'une faute a été commise lorsque le résultat n'est pas conforme aux prévisions, même en l'absence de faute réelle [50].

L'expert doit enquêter selon les éléments du dossier et déterminer s'il y a eu un dommage corporel, son origine, la cause du dommage, un lien de causalité entre la cause et le dommage, si la cause relève d'une faute. Il doit pouvoir distinguer la faute, d'une erreur ou d'un aléa thérapeutique qui est à l'origine du dommage corporel. La réalisation du risque est tributaire des incertitudes de la science et de facteurs propres au patient et à l'équipe chirurgicale.

On distingue « le risque causé » celui qui est méconnu et dépendant des progrès de la science et « le risque encouru », connu par le corps médical mais inhérent à l'acte thérapeutique car non maîtrisé par les données de la science. Si l'aléa révèle les incertitudes de la science, l'erreur est le fruit de la faillibilité de l'homme [56, 57, 58].

L'obligation contractuelle de résultat en sécurité médicale a été renforcée par l'arrêt Mercier introduisant la sécurité à laquelle le patient peut légitimement s'attendre.

Le chirurgien devra apporter à l'expert les éléments prouvant qu'il a bien respecté les obligations contractuelles envers son patient par la tenue du dossier médico-chirurgical en y consignait l'évolution et le suivi du patient au moment des faits. Cette traçabilité est indispensable pour se prémunir contre toute poursuite judiciaire au cours de son exercice professionnel.

## LE DOSSIER CHIRURGICAL DU PATIENT

L'expert doit examiner attentivement chaque pièce du dossier médical. Une mauvaise tenue du dossier peut constituer une faute de négligence et nuire à l'activité du professionnel de santé en omettant les informations clefs (antécédents du patient, allergies connues, chirurgie précédente).

Le dossier médical peut être saisi judiciairement en cas de procédure pénale, il peut être consulté par tout médecin désigné par le patient, ou réclamé par le patient lui-même selon la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades. Il permet le partage des informations entre tous les intervenants de la chaîne de soins du patient et assure ainsi la continuité des soins [54, 55].

Le compte-rendu opératoire (CRO) fait partie intégrante du dossier médical, rédigé ou dicté immédiatement après chaque intervention, de même que le codage des actes et les prescriptions postopératoires. Il sera conservé puis archivé dans des conditions d'accès et de reproduction aisées.

C'est un document descriptif objectif, synthétique plus que chronologique, détaillant les constatations per-opératoires, les gestes techniques réalisés et les structures anatomiques laissées en place ou remaniées.

L'expert est confronté à l'incertitude scientifique, la chirurgie n'est pas une science exacte, il existe plusieurs niveaux de preuve concernant une technique donnée ou les résultats attendus.

La nature du résultat en chirurgie est imprévisible. Plusieurs évolutions de la maladie sont possibles : la guérison, l'aggravation, l'amélioration, l'état stationnaire et la mort.

Le choix thérapeutique retenu doit intégrer le pronostic fonctionnel du patient, le risque lié à l'abstention thérapeutique, la morbi-mortalité potentielle du traitement, le bénéfice attendu. L'obligation d'information s'impose au praticien comme un devoir légal rattaché à un principe constitutionnel et inscrit dans le code de santé publique (article L1111.2).

Le défaut d'information du patient expose à une faute éthique. La preuve de l'information du patient peut être faite par tous les moyens (écrit, témoignages, présomptions...) [56, 57, 58, 59].

## LA RECHERCHE DE LA VÉRITÉ EN MATIÈRE D'EXPERTISE

L'avis de l'expert doit être impartial, qui ne soit ni outrancier, ni trop « frileux », c'est un point de vue technique élaboré. L'expert doit respecter les articles 143 à 178, 232 à 248 et 263 à 284-1 du Nouveau Code de procédure civile, relatifs à l'éthique de sa profession.

Il doit faire abstraction de ses convictions intimes et ne tenir compte que des pièces du dossier.

L'imputabilité est le pilier essentiel de l'expertise. À l'aide de l'étude des pièces du dossier, l'expert devra établir le lien de causalité entre l'acte chirurgical et le dommage constaté.

Son rôle est d'établir la part d'imputabilité de la chaîne de soins de chacun des événements préjudiciables survenus. L'expert n'est pas en mesure de définir le bon résultat d'un traitement chirurgical, son rôle est d'établir la vérité expertale en termes de respect du contrat chirurgical, des règles éthiques et déontologiques de l'exercice chirurgical et des données acquises de la science.

Il vérifiera la traçabilité et le contenu de l'information, la compréhension du patient, difficilement appréciable a posteriori du dommage corporel et en cours de litige [60].

En effet, le patient désireux d'obtenir une indemnisation pourrait avancer une éventuelle désinformation ou une information incomplète ne lui ayant pas per-

mis de prendre connaissance de l'intégralité du risque qu'il encourait en acceptant l'acte chirurgical.

De même, le chirurgien qui n'a pas été très rigoureux concernant la traçabilité de l'information devra fournir la preuve que celle-ci a été délivrée au patient de façon intelligible.

La faillibilité expertale est la conséquence de l'incertitude scientifique dans le domaine de la santé.

L'expert doit établir la vérité scientifique au moment des faits dans la mesure où elle existe et qu'elle repose sur un niveau de preuves établi par l'Evidence Based Medicine (EBM) étant une méthode de hiérarchisation des connaissances scientifiques brutes basée sur des faits prouvés ou sur « les meilleures données acquises de la science ». C'est un concept qui intègre la notion de fiabilité de la connaissance scientifique [50].

En scientifique éclairé, l'expert est parfois tenu d'admettre qu'il ne connaît pas la réponse à la question posée, non pas parce qu'il ignore ce qu'il devrait savoir mais parce que la connaissance scientifique elle-même fait défaut.

L'expertise est un mode de preuve règlementé et administré puisque l'expert est un auxiliaire de justice contribuant à administrer la preuve [61].

Il est difficile pour un chirurgien d'apporter la preuve de chaque information transmise au patient.

L'expert missionné doit établir le lien entre le défaut d'information et le préjudice découlant de l'échec de l'intervention afin d'établir « les effets qu'auraient pu avoir une telle information quant au consentement ou au refus du patient » [62]. Nous sommes à l'ère de la preuve par l'image, ainsi le chirurgien sera-t-il amené à enregistrer par des moyens audio-visuels ou vidéographiques ses moindres faits et gestes. En expertise, le plaignant pose souvent la question suivante est-ce bien le professeur qui m'a opéré ?

En effet, rien ne prouve que ce soit celui qui s'est engagé à intervenir chirurgicalement, qui a été l'acteur de toute l'intervention. Cependant même si le chirurgien a délégué à son interne une partie de l'intervention, il reste le superviseur de l'acte chirurgical et il en a l'entière responsabilité.

L'utilisation d'iconographie est d'usage courant pour le diagnostic.

En chirurgie du rachis, la réalisation d'une radiographie per opératoire du niveau vertébral est une obligation médico-légale : le cliché radiographique est imprimé et conservé dans le dossier médical du patient [40, 63]. L'utilisation d'éléments iconographiques pour apporter la preuve en images pose le problème du droit à l'image de chacun tant du patient que celui du professionnel de santé.

L'évolution récente du droit des preuves accrédite l'idée que le juriste disposerait aujourd'hui d'instruments qui lui permettraient de passer de la vraisemblance à la vérité scientifique, puis de la vérité scientifique à la vérité judiciaire, accédant ainsi à l'illusion



confortable de la certitude. Le juge est contraint d'accorder foi à la science dont il ne maîtrise ni la connaissance, ni la méthode, mais il n'est pas asservi à la preuve scientifique... » [64]. Bien plus que l'intérêt didactique, le chirurgien ayant la possibilité de filmer l'intervention à l'aide du microscope, de l'endoscope ou même d'une caméra intégrée à la poignée stérile du scialytique, il pourrait alimenter une certitude ou déjouer un doute de l'expert en cas de mise en cause. Le photographe médical est une profession médicale reconnue dans les pays nordiques, il assiste le chirurgien et se tient à sa disposition pour réaliser des prises de vue spécifiques d'une intervention donnée pour illustrer un cours ou une publication. La manipulation d'images médicales permet depuis de nombreuses années d'aider le chirurgien dans la pratique de son art. Cependant, l'image audiovisuelle a cette particularité d'être privée par nature mais d'usage public, elle devient intime par le contexte qu'elle illustre. Pris dans le contexte du bloc opératoire, c'est une atteinte à la vie privée du professionnel de santé. L'intimité du chirurgien serait exposée et pose le problème de l'exhibition professionnelle.

La traçabilité des documents visuels et l'identification des acteurs de la scène d'action rendent improbables l'utilisation de ces données à des fins de contentieux. En chirurgie doit-on exiger des vidéos per opératoires à montrer à l'expert en cas de litige ? Si cela était possible, le chirurgien pourrait-il en faire usage d'un point de vue juridique ?

## CONCLUSION

L'expert rétablit « les causes et circonstances du dommage » et éclaire le magistrat sur les raisons de la survenue de l'événement indésirable ou de l'accident.

Dans la mesure où l'acte chirurgical porte une atteinte à l'intégrité physique, l'exercice de la chirurgie expose au risque de survenue d'un dommage corporel. Le chirurgien peut devenir un maladroite fautif et justiciable. Seule l'extrême vigilance, l'actualisation des connaissances et la maîtrise toujours de la réglementation en matière de sécurité sanitaire et des protocoles lui permettra d'exercer dans une relative sérénité en évitant tous les facteurs de mis en cause décrits dans cet article.

L'expert n'est pas infaillible et il n'y a pas toujours d'explication au dommage constaté, ni de lien de causalité établi. L'obligation de traçabilité des matériaux utilisés, des implants ou des produits injectés au patient sera-t-elle à l'avenir transposable aux données iconographiques per opératoires acquises. Une législation concernant l'autorisation, la diffusion, la conservation des iconographies, et les droits de protection individuelle de l'image de chacun serait envisageable

pour pouvoir exiger une preuve de la faute technique documentée par l'image et en faire usage dans un contentieux médical. ■

## RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

- [1] Laude A, Pariente J, Tabuteau D. *La judiciarisation de la santé*. Editions de santé. Nov 2012.
- [2] Starobinski J. *Histoire de la médecine*, éditions Rencontre-ENI, Paris 1963.
- [3] Vallot, d'Aquin, Fagon. *Journal de santé du roi Louis XIV* (1647-1711).
- [4] Devaux J. *L'art de faire les rapports en chirurgie*, L. d'Houry, Paris, 1703.
- [5] Molière. Le médecin malgré lui. Acte III scène 1.
- [6] De Mondeville H. XIV<sup>e</sup> siècle, extrait de Hoerni B, la relation médecin-malade : « l'évolution des échanges patient-soignant ».
- [7] Careghi JC. La responsabilité médicale au crible de l'histoire. *Les cahiers de droit de la santé du sud-est*, n°7, PUAM, coll. Droit de la santé, juin 2007.
- [8] Coquillard I. *Des médecins jurés au Châtelet de Paris aux médecins légistes. Genèse d'une professionnalisation (1692-1801)*. Histoire de sciences médicales 2012.
- [9] Bergoignan-Esper C, Sargos P. *Grands arrêts du droit de la santé*. Dalloz. Octobre 2010.
- [10] Chauvaud F, Dumoulin L. *Experts et expertise judiciaire : France, XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles*. Pression universitaire de Rennes, 2003.
- [11] Olivier M. Le nouveau statut des experts judiciaires résultant de la loi du 11 février 2004. *Gazette du palais* 2004;2-6.
- [12] Arrêt Gomez, de la Cour administrative d'appel de Lyon, le 21 décembre 1990.
- [13] L'arrêt Hédreul. Cass., 1<sup>re</sup> civ., 25 fév 1997, n°94-19.685.
- [14] Loi Fauchon. JORF n°159 du 11 juillet 2000, page 10484.
- [15] Le Gall G, Le Gall F. La loi du 4 mars 2002 et ses implications dans la pratique médicale. Volume 25, Issue 4, April 2006, pp. 472-478.
- [16] Rapport, De la sanction à la prévention – Pour une prévention des événements indésirables liés aux soins, 4 avril 2006.
- [17] Decocq A. Essai d'une théorie générale des droits sur la personne, *LGDJ*, 1960, n°431, p. 297.
- [18] Vialla F. « Expertises judiciaires en responsabilité médicale et expertises CRCI ». Comparaison des jurisprudences rendues en matière de responsabilité pour défaut d'information. Jan 2012.
- [19] Arrêt princeps du 29/05/1951 Martin/Birôt.
- [20] Extrait d'un arrêté de Cour Cassation, Chambre criminelle, 16 déc 2003, n°03-81.228
- [21] Code de santé publique, article L 1110-5.
- [22] Dubernard. JM, Porcier M. Proposition de loi tendant à créer un fonds d'indemnisation des victimes

- du risque médical. Assemblée Nationale ; 2 mars 1994, n°1027, article 2.
- [23] Delaunay, De Thomasson. Sinistralité en chirurgie orthopédique: état des lieux et perspectives. *Rev. Chir. Orthop.* 2006, 92, 2S157-2S168.
- [24] Emery E, Balossier A, Mertens P. Is the medicolegal issue avoidable in neurosurgery? A retrospective survey of a series of 115 medicolegal cases from public hospitals. *World Neurosurg.* 2014 Feb; 81(2):218-22.
- [25] Theissen A, Fuz F, Catineau J, Sultan W, Beaussier M, Carles M, Raucoules-Aimé M, Niccolai P. Épidémiologie du risque médico-légal lié à la pratique de la chirurgie ambulatoire en France : données SHAM. *Annales Françaises d'Anesthésie et de Réanimation*, Volume 33, Issue 3, March 2014, pp. 158-162.
- [26] Gombault N. *Rapport sur le risque des professionnels de santé*. Chiffres 2014, MACSF.
- [27] Haynes AB, Weiser TG, Berry WR, Lipsitz SR, Breizat A, Patchen Dellinger E, Herbosa T, Sudhir J et al. For the Safe Surgery Saves Lives Study Group. A Surgical Safety Checklist to Reduce Morbidity and Mortality in a Global Population. *N Engl J Med* 2009;360:491-9.
- [28] Theissen F, Follet A, Trouiller P, de Vaumas C, Jobard C, Arzalier-Daret C, de Saint-Maurice G, Niccolai P. Sinistralité liée à une erreur de côté, d'organe ou de personne : données SHAM. Comité analyse et maîtrise des risques SFAR.
- [29] Rougé-Maillart C, Gaudin A, Lermite E, Arnaud JP, Penneau M. L'exactitude du geste chirurgical : évolution de la jurisprudence. *J Chir* 2008, 145, n°5.
- [30] Lambert-Faivre Y. *Droit du dommage corporel*, Précis Dalloz, 5<sup>e</sup> éd. Dalloz, 2004; n°580.
- [31] Welsch S. *Responsabilité du médecin*, Litec 2<sup>e</sup> édition 2003.
- [32] Extrait de Cour de Cassation, Assemblée Plénière, 30 mai 1986.
- [33] Extrait de Cour de cassation, Chambre criminelle, 22 octobre 1979.
- [34] Extrait de Cour de cassation Chambre criminelle, 17 octobre 2000.
- [35] Aberkane P. *La réparation du dommage médical et sa jurisprudence*. Editions Larcier, Janv 2013.
- [36] *La semaine Juridique*, 1966-15799; 1969-15272.
- [37] Extrait d'un arrêté de Conseil Etat, 5 janvier 2000, contentieux n°181899, publié au recueil Lebon.
- [38] Extrait d'un arrêté de Conseil Etat, 19 mai 1983.
- [39] Arrêté de cour de cassation. 1<sup>re</sup> chambre civile, 20 décembre 2012.
- [40] Goodkin R, Laska LL. Wrong disc space level surgery: medicolegal implications. *Surg Neurol.* 2004.
- [41] Devine CN, Norvell DC, Dettori JR. Avoiding wrong site surgery: a systematic review. *Spine* 35 (Suppl 9):S28-S36, 2010.
- [42] Aberkane P. *La réparation du dommage médical et sa jurisprudence*. Groupe De Boeck, Editions Larcier, 2013.
- [43] Conseil d'État 355052, lecture du 12 décembre 2014, ECLI:FR:CESSR:2014:355052.
- [44] Rapport au nom d'un groupe de travail. David G. Nicolas C. Bureau. La médecine et le principe de précaution. *Annales de chirurgie*. vol. 126, n° 8, pp. 731-733.
- [45] Péréon Y, Bernard JM, Délécrin J, Fayet G, Takahashi S, Passuti N. Neurogenic motor evoked potential for scoliosis surgery monitoring. *Annales de réadaptation et de médecine physique*. 1995.
- [46] Reason J. Understanding adverse events: human factors in clinical risk management. *BMJ* 1995, pp. 31-54.
- [47] Leape L. Preventing medical accidents: is system analysis the answer? *American Journal of law medicine*. 2001, 27, pp. 145-148.
- [48] Ambady N, Laplante D, Nguyen T, Rosenthal R, Chaumeton N, Levinston W. Surgeon's tone of voice: A due to malpractice history. *Surgery* 2002;132:5-9.
- [49] Comte Sponville A. Exposé d'ouverture du XVI<sup>e</sup> congrès national des experts judiciaires.
- [50] Hureau J. La preuve scientifique appliquée à l'expertise. *Revue Experts* 2008;78:52-3.
- [51] Vayre P. Le risque chirurgical vu par le médecin expert. *EMC-Chirurgie* 1 (2004) 85-99.
- [52] Vayre F, Vayre L, Vayre P. Les confins du dommage par aléa et par faute : grille pour expertise technique en responsabilité médicale. *Gaz Palais* 2000 (n° 82-83):13-15.
- [53] Py B. « Expertises judiciaires en responsabilité médicale et expertises CRCI ». Expert : un métier, une fonction, une adulation. *Médecine & Droit* 2013, pp. 53-56.
- [54] CNOM. *Bulletin CNOM*, 1992;12:7. Le contenu du compte rendu opératoire.
- [55] HAS. Référentiel d'auto-évaluation des pratiques en orthopédie : CRO générique en chirurgie orthopédique et traumatologie. Déc 2004.
- [56] Bidet P. Colloque CEPRISCA : « Expertises judiciaires en responsabilité médicale et expertise CRCI » Réflexions sur les qualités requises des experts et propositions d'amélioration. *Médecine & Droit* 2013, pp. 96-98.
- [57] Kamkar C, Caton J. La délimitation de la faute chirurgicale. La faute et l'erreur non fautive. *Revue de chirurgie orthopédique* 2007;93:774-782.
- [58] Sureau C, Lecourt D, David G. *L'erreur médicale*, PUF, 2006.
- [59] Sargos P. Le point sur la jurisprudence de la cour de cassation. *e-mémoires de l'Académie Nationale de Chirurgie*, 2012;11(2):050-054.
- [60] Grapin C. *La responsabilité chirurgicale*. Sauramps médical 2001, ISBN 2-84023-281-2.
- [61] Sautel O. La contre-expertise. Analyse juridique sous le prisme de la contre-expertise médicale, Procédures n° 7, juillet 2011, étude 8.
- [62] Extrait d'un arrêté de 1<sup>re</sup> Chambre Civile, 20 juin 2000, n°98-23.046.
- [63] Ammerman JM, Ammerman MD, Dambrosia J, Ammerman BJ. A prospective evaluation of the role for intraoperative x-ray in lumbar discectomy. Predictors of incorrect level exposure. *Surg Neurol* 2006;66:470-473.
- [64] Canivet G. Discours d'ouverture du Colloque du 24 mars 2000 à la Cour de cassation sur « Le droit des preuves au défi de la modernité ». Paris : La documentation française 2000:7-13.