

# **Retard diagnostique dans le cancer du sein et responsabilité civile des médecins**

**R. MISLAWSKI<sup>1</sup>**

## **RÉSUMÉ**

La responsabilité civile des médecins du fait d'un retard diagnostique en matière de cancer du sein est engagée seulement en cas de faute. Le retard diagnostique est à l'origine d'un préjudice spécifique, la perte de chance dont l'indemnisation aboutit à une réparation qui est une fraction du préjudice final subi par la patiente. La prise en charge des patientes atteintes d'un cancer du sein fait intervenir une pluralité de professionnels dont la responsabilité pourra être recherchée. La responsabilité étant individuelle chacun d'eux ne sera condamné que s'il a commis une faute personnelle. Toutefois, des chaînes de responsabilité ne sont pas rares et plusieurs praticiens peuvent être condamnés à réparer le dommage de leur patiente. Mais la charge de réparation n'est pas la même pour tous, et leur condamnation est proportionnée à la gravité de leur faute. Il ressort de l'étude de la jurisprudence, que dans bien des cas, il est possible de prévenir les situations à risque de contentieux.

**Mots-clés :** Retard diagnostique, Cancer du sein, Responsabilité médicale.

## **SUMMARY**

### ***DELAYED BREAST CANCER DIAGNOSIS AND MEDICAL LIABILITY***

*Medical liability in case of delayed breast cancer diagnosis is based on fault. Delayed diagnosis may give rise to a specific damage because patients lost opportunity of having suitable and early treatment. Thereby, patients may suffer from a much more aggressive treatment and even die. Several practioners (GP, oncologist, gynecologist, radiologist...) may be held liable only if each of them has been negligent. When several physicians are liable for damage, severity of the penalties is commensurate with the seriousness of the misconduct. Preventing risk of civil lawsuit is possible for physicians.*

**Keywords:** Delayed diagnostic, Breast cancer, Medical liability.

---

1. Médecin, docteur en droit  
Saint-Louis réseau sein – 1, avenue Claude Vellefaux, 75010 Paris  
Correspondance : roger.mislawski@wanadoo.fr

Le retard diagnostique en pathologie mammaire est à l'origine d'un contentieux assez faible selon les données des assureurs [1], mais ses conséquences sont parfois lourdes pour les patientes qui en sont victimes et les professionnels dont la responsabilité peut être engagée à ce titre. Il peut s'agir d'un contentieux de nature indemnitaire (responsabilité civile ou administrative) ou de nature pénale. Nous aborderons uniquement les questions relatives à la responsabilité civile du fait d'un retard diagnostique dans cet article. Les obligations médicales en matière de diagnostic sont régies par différents textes dont la plupart appartiennent au droit commun (code civil, code de la santé publique) alors que d'autres lui sont spécifiques (code de déontologie) [2]. La jurisprudence met en pratique ces normes et les complète. Elle a un rôle fondamental pour la compréhension du droit.

Le diagnostic du cancer du sein (ainsi que celui de récurrence durant le suivi) fait intervenir une pluralité de professionnels : médecin traitant ou gynécologue, radiologue, oncologue, chirurgien, sans compter éventuellement des auxiliaires médicaux et des préposés (secrétaires, manipulateurs en radiologie). Aussi n'est-il pas étonnant que le contentieux de la responsabilité du fait d'un retard diagnostique puisse concerner ces différents acteurs. Mais la responsabilité étant individuelle, c'est au regard de ce que chacun a fait que le juge aura à se prononcer. Il est possible, à partir de la jurisprudence (y compris celle traitant du retard diagnostique dans d'autres pathologies), de cerner les réponses que le droit a données et d'envisager jusqu'à un certain point la prévention des situations à risque de contentieux en matière de retard diagnostique. En effet, le droit a posé des principes clairs (I), mais leur mise en œuvre est diversifiée d'où des solutions parfois incertaines quant à leur portée (II).

## I. DES PRINCIPES CLAIRS

Deux principes régissent la responsabilité du fait d'un retard diagnostique : la responsabilité repose sur la preuve d'une faute médicale (1) et elle donne lieu à la réparation d'un préjudice spécifique : la perte de chance (2).

### 1. Une responsabilité pour faute

Exiger la preuve d'une faute médicale signifie que tout retard diagnostique n'est pas source de responsa-

bilité (A). En cas de reconnaissance de responsabilité, la faute de la victime peut être prise en compte par le juge pour moduler la réparation incombant au médecin (B).

### A. Tout retard diagnostique n'est pas source de responsabilité

Depuis la loi du 4 mars 2002, le cadre de la responsabilité civile des médecins est fixé sans ambiguïté par l'article L.1142-1 du CSP : la responsabilité médicale individuelle repose sur la faute. Il faut aussi, comme dans le droit commun, que le patient ait subi un dommage et qu'un lien de causalité entre celui-ci et la faute soit établi. En matière de diagnostic, la jurisprudence est donc amenée à distinguer les erreurs des fautes de diagnostic dans la mesure où l'établissement du diagnostic est affecté d'un aléa. La simple erreur de diagnostic ne permet pas d'engager la responsabilité du médecin comme l'a rappelé la cour d'appel de Douai en 2006 [3].

Une patiente chez laquelle un cancer du sein est diagnostiqué en 1996 reproche à son gynécologue, qui la suit depuis 1985, de ne pas avoir pratiqué des examens plus fréquents (elle avait une mammographie tous les trois ans) et de ne pas avoir été assez prudent dans la lecture du compte rendu de la mammographie de 1995 qui était dite « sensiblement normale » selon le radiologue. Elle invoque une perte de chance. Elle est déboutée de sa demande de réparation aussi bien en première instance qu'en appel, au motif que s'il y a bien un léger retard diagnostique, il n'est pas fautif dans la mesure où les soins ont été conformes aux bonnes pratiques de l'époque et aux données acquises de la science.

Au cœur de cette décision était la question de la faute dans le retard diagnostique. Pour qu'il y ait faute, de façon générale, il faut qu'une obligation préexistante ait été violée par la personne dont on recherche la responsabilité. Il s'agissait donc, pour le juge, de déterminer quelles étaient les obligations incombant au médecin poursuivi et de vérifier si, dans les faits de la cause, elles avaient été respectées ou non. L'arrêt Mercier en 1936 [4] a posé des principes que la loi Kouchner et le code de déontologie ont repris : les actes de prévention, d'investigations ou de soins doivent être faits dans le respect des connaissances acquises de la science [5]. Le juge doit donc établir quel était l'état des connaissances (mais aussi des bonnes pratiques) au moment des faits pour déterminer s'il existait une

faute imputable au médecin consistant à ne pas les avoir mises en œuvre. Faire l'état des connaissances acquises impose de solliciter l'avis d'un expert qui va s'appuyer sur les différentes sources qui en sont l'expression : ouvrages, articles de revues, conférence de consensus de sociétés savantes ou référentiels de la HAS, communications lors d'un congrès... En l'espèce, l'expert a considéré que le médecin avait bien suivi les recommandations de bonnes pratiques en vigueur au moment de faits : il n'avait donc pas commis de faute susceptible d'engager sa responsabilité. Notons, toutefois, que si dans l'affaire jugée à Douai, la question a été assez simple à régler, il n'en est pas toujours ainsi, et il est parfois nécessaire de recourir à plusieurs expertises qui peuvent être divergentes. Le juge, qui n'est pas lié les rapports d'expertise, aura cependant à trancher les incertitudes sur ce qu'on pouvait considérer comme les connaissances acquises s'imposant au médecin [6].

### ***B. La prise en compte de la faute du patient***

La loi Kouchner a défini les droits des personnes malades qui sont maintenant assez bien connus. Toutefois, l'article L. 1111-1 rappelle que « les droits reconnus aux usagers s'accompagnent des responsabilités de nature à garantir la pérennité du système et des principes sur lesquels il repose ». Si le patient est sujet de droit il est aussi sujet de responsabilité ce qui signifie qu'il est possible de lui reprocher des fautes qui pourront lui être opposées dans certaines circonstances. La faute du patient viendra éventuellement atténuer la responsabilité du médecin en cas de survenance d'un dommage selon le droit commun de la responsabilité civile [7]. Au maximum la responsabilité du médecin peut même disparaître si le fait de la victime a les caractères de la force majeure.

Toutefois, la jurisprudence, dans sa volonté d'aider les victimes, ne retient la faute du patient que de façon restrictive [8]. Une telle faute a été retenue contre une patiente qui avait dissimulé des renseignements sur son état de santé dont il était résulté un dommage. Elle a donc été déboutée de sa demande en réparation contre son médecin [9]. Mais cela est rare, et les agissements des patients sont rarement jugés fautifs, non seulement du fait de la mansuétude des magistrats à leur égard, mais aussi du fait qu'il y a peu de textes qui définissent ce qu'est une faute du patient. Les médecins sont assez fréquemment confrontés en consultation à l'oubli par les patientes de leurs clichés. Le professionnel

peut-il se contenter des dires de la patiente ou d'un simple compte rendu du radiologue ? En cas de retard diagnostique suite à cela, le médecin considère volontiers que l'omission de la patiente est fautive et qu'il devrait en résulter une atténuation de sa responsabilité. Les tribunaux ne partagent pas ce point de vue et la Cour de cassation a tranché explicitement ce problème : le médecin ne peut se contenter de lire un CR, il doit disposer des clichés qu'il a demandés et les lire, d'autant que le radiologue, dans l'affaire qui lui était soumise, avait porté des annotations sur des placards suspects sans mentionner ces données dans le CR [10]. L'omission de la patiente n'est pas fautive, rien n'obligeait le médecin à prendre une décision dans ces circonstances. Pour les magistrats, le médecin doit exiger de voir les clichés et ne doit pas prendre de décision avant cela, quitte à faire revenir la patiente ou à lui demander de déposer ses clichés ce qui n'est pas toujours facile à faire comprendre à la patiente et à son entourage.

## **2. Un préjudice spécifique, la perte de chance**

Ce préjudice est celui de perte de chance, qui est original dans sa définition (A) comme dans son mode de calcul (B).

### ***A. Définition***

Pour que la responsabilité civile d'un professionnel de santé soit engagée du fait d'un retard diagnostique, il faut, comme dans le droit commun, non seulement qu'il ait commis une faute, mais encore que la personne malade ait subi un dommage rattaché à la faute par un lien de causalité certain.

Au retard diagnostique dans le cancer du sein, sont imputés par les patientes ou leurs ayants droit différents préjudices : décès de la patiente, nécessité d'un traitement plus lourd (chimiothérapie plus agressive, mastectomie-curage au lieu d'une chirurgie conservatrice avec technique du ganglion sentinelle) voire récurrence ou développement de métastases. À ces préjudices s'ajoutent des conséquences patrimoniales, fonctionnelles ou familiales.

Invoquer un préjudice est une chose, en obtenir réparation en est une autre : il faut établir avec certitude que le préjudice est causalement lié à la faute du médecin. Or en matière de cancer mammaire, l'incertitude règne assez souvent ; si le traitement avait été

mis en œuvre plus tôt, le résultat aurait-il été différent ? Il est difficile de trancher dans bien des cas, la maladie étant parfois agressive d'emblée et les traitements ayant des résultats aléatoires. Le doute est donc permis. Or l'incertitude causale ne permet pas de retenir la responsabilité du médecin par rapport au préjudice qui s'est finalement produit. Est-ce pour autant qu'aucune réparation n'est possible ?

La jurisprudence a apporté une dérogation à l'exigence traditionnelle de certitude du lien causal en créant à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle un préjudice particulier, en droit commun de la responsabilité civile, dans les situations d'incertitude : le préjudice de perte de chance [11] qui ne sera admis en droit administratif qu'en 1974 [12]. Il a été consacré plus tardivement en droit de la santé tant en droit privé [13] qu'en droit administratif [14]. Il est depuis largement reconnu par les tribunaux [15]. C'est le préjudice le plus souvent reconnu en matière de retard diagnostique dans le cancer du sein [16]. Ainsi sont admises les pertes de chance de guérison, les pertes de chance d'avoir un traitement plus léger ou d'éviter des séquelles ou des conséquences dommageables du point de vue professionnel ou familial, les pertes de chance d'avoir une survie plus longue. La perte de chance a toujours un objet spécifique dont il faudra démontrer la perte d'un point de vue statistique.

Un tel préjudice est constitué quand la faute d'un médecin a fait perdre au patient une chance d'éviter un dommage sans que cette faute l'ait causé, c'est-à-dire qu'elle a fait disparaître la probabilité d'un événement favorable pour la victime [17]. La faute a empêché le patient de courir une chance dans un processus au demeurant aléatoire, c'est-à-dire qu'il n'est pas certain que le patient aurait eu un meilleur sort si la chance avait été tentée dans de bonnes conditions, mais l'éventualité favorable était statistiquement significative : la chance était réelle et sérieuse et non hypothétique. Le juge doit donc, à la suite d'un préjudice allégué, évaluer si le patient avait des chances d'éviter le dommage qui s'est produit si la faute du médecin n'avait pas été commise. C'est la perte de cette éventualité favorable qui est indemnisée au titre de la perte de chance et non le préjudice final. La faute est donc en lien de causalité avec ce préjudice spécifique et non avec le préjudice final. Si la patiente n'a pas subi de préjudice (le traitement aurait été le même, la maladie n'a pas évolué du fait du retard diagnostique) ou si elle n'avait aucune chance de voire son sort améliorer (gravité initiale de la maladie) alors le juge ne pourra faire droit à sa demande de réparation [18].

## B. Mode de calcul

La responsabilité civile a pour finalité de remettre la victime dans l'état où elle se serait trouvée en l'absence de faute dommageable. Elle répare donc le préjudice subi en l'évaluant d'un point de vue pécuniaire : la réparation doit être intégrale et ne doit pas aboutir à un enrichissement de la victime. Il faut donc évaluer le montant des différents chefs de préjudice dont a souffert la victime au cas par cas. Il en est de même pour le préjudice de perte de chance mais son évaluation ne va pas de soi : comment donner une valeur monétaire à des chances perdues ? La jurisprudence a hésité entre indemniser l'entier préjudice final ou seulement une fraction de ce dernier.

Accepter la réparation de l'entier préjudice, c'est admettre que la faute du médecin est causale ce qui revient à nier la spécificité du préjudice de perte de chance qui est fondée sur l'incertitude causale. Malgré cela, un certain nombre de décisions civiles et administratives ont fait le choix de ce mode de réparation par souci d'aider les patients victimes d'accidents médicaux. Ce courant jurisprudentiel a été critiqué, et on peut considérer que ce mode de calcul de la réparation de la perte de chance a été abandonné. La perte de chance ne donne droit qu'à une réparation partielle du préjudice final [19].

Le montant du préjudice de perte de chance est évalué au prorata des chances perdues c'est-à-dire à un pourcentage du préjudice définitif. Le calcul de ce pourcentage ne fait pas l'objet d'une approche scientifique indiscutable. Il repose sur les avis des experts mais il est pondéré par diverses considérations dont le juge peut faire état. L'évolution comparative de la taille de la tumeur a pu être prise en compte [20] ; entre le cliché dont la lecture a été erronée et le cliché sur lequel le diagnostic de cancer du sein a été posé, l'expert note que la tumeur est passée de 20 à 25 mm, soit une augmentation de taille de 25% sans que selon le même expert le stade du cancer n'ait changé ni que les modalités de traitements auraient été autres si le diagnostic avait été plus précoce. Le juge retient cependant la perte de chance car il conclut que l'augmentation de taille de la tumeur prouve son évolutivité. Il évalue cette perte de chance à 25%. Ailleurs, c'est la comparaison des stades de la maladie qui va jouer le rôle déterminant [21] : au moment du diagnostic la lésion mammaire de la patiente est classée T2, N1, alors que sur le cliché fait 6 mois plus tôt elle était classée T1, N0. Pour un T1, selon l'expert la survie à 10 ans est de plus de 80%, alors que pour un T2, N1, il n'est plus



que de 60 %. La perte de chance est évaluée comme la différence entre ces deux chiffres, soit 20%.

## II. UNE MISE EN ŒUVRE DIVERSIFIÉE

Si la jurisprudence a posé un certain nombre de principes en matière de responsabilité du fait d'un retard diagnostique, leur mise en œuvre est assez contrastée et les décisions des magistrats ne peuvent être parfaitement systématisées. On peut noter qu'il existe des cas où les condamnations des professionnels sont indépendantes (1) alors que dans d'autres cas il va y avoir des chaînes de responsabilité aboutissant à la condamnation de plusieurs professionnels (2).

### 1. Des condamnations indépendantes

En principe chacun est responsable de son propre fait en médecine libérale. La responsabilité pour autrui suppose un lien de préposition qui n'existe pas entre médecins ou une substitution de personne dans une relation contractuelle. On peut donc avoir aussi bien une condamnation du seul radiologue (A) que du seul médecin traitant (B).

#### A. Condamnation du radiologue

La responsabilité du radiologue est soumise à un double régime de définition de sa faute. En ce qui concerne l'interprétation des examens il n'a qu'une obligation de moyen comme tout professionnel. Par contre il est soumis à une obligation de résultat en ce qui concerne les appareils utilisés qui doivent être d'une qualité irréprochable et révisés régulièrement [22]. Bien souvent la reconnaissance de la faute du radiologue suffira à exonérer de toute responsabilité le médecin de ville ce qui est assez logique comme l'admet un arrêt de la cour d'appel de Paris [23]. Une patiente décèle une anomalie mammaire du sein droit et consulte son médecin traitant en février 2003. Celui-ci fait faire une mammographie et une échographie. Le radiologue conclut que les examens sont normaux. En juin 2003, la patiente constate que la lésion a augmenté de volume et qu'une masse axillaire est apparue. Le médecin traitant redemande des examens qui concluent à l'existence d'un cancer. Elle envisage de rechercher la responsabilité du médecin traitant et du radiologue pour retard diagnostique. Une expertise en référé est demandée : elle conclut que le radiologue a mal interprété les

clichés qui montraient en février une image suspecte et qu'il n'a pas respecté les recommandations de l'ANAES, en particulier il n'a pas examiné la patiente. La responsabilité du radiologue est retenue et il est condamné pour perte de chance évaluée à 20%. On peut trouver de nombreuses décisions de ce genre où la faute du radiologue est indiscutable (clichés de mauvaise qualité, compte rendu incomplet, retard de transmission des documents...) et a entraîné un retard de diagnostic qui lui est totalement imputable sans que le médecin traitant ne soit mis en cause [24].

#### B. La condamnation du seul médecin traitant

Il est possible d'avoir une condamnation du seul médecin traitant si celui-ci n'a pas demandé des examens radiologiques chez une femme à risque, en particulier s'il veut instituer un traitement hormonal substitutif, s'il n'a pas été assez vigilant chez une patiente porteuse de prothèses, s'il n'a pas fait faire de biopsie sur une lésion signalée par le radiologue ou n'a pas fait faire les clichés de contrôle dans les délais indiqués par le radiologue, ou s'il n'a pas suivi les recommandations des référentiels de bonnes pratiques, s'il a eu des doutes sur la conduite à tenir mais n'a pas adressé la patiente à un spécialiste... [25]

### 2. La condamnation de plusieurs professionnels

Bien souvent le radiologue et les médecins prenant en charge la patiente pourront voir leur responsabilité engagée. Il n'y a de chaîne de responsabilité que s'il y a une chaîne de fautes commises par chacun des intervenants dont l'association va causer un dommage à la patiente (A). S'il existe des chaînes de responsables, la contribution de chaque professionnel n'en est pas moins individualisée (B).

#### A. Une chaîne de fautes

Si la jurisprudence a pu considérer, comme nous l'avons dit dans le paragraphe précédent, que la faute d'un radiologue pouvait suffire à expliquer un retard diagnostique et donc à disculper le médecin traitant, elle n'en fait pas un principe, loin de là. Dans bien des cas la faute d'un médecin, en particulier celle d'un radiologue, n'est pas nécessairement exonératoire de responsabilité pour un médecin tiers (a), et la juris-

prudence détermine les comportements fautifs imputables aux médecins justifiant la reconnaissance d'une chaîne de responsabilités (b).

*a. Une faute non nécessairement exonératoire de responsabilité pour un tiers*

La conception médicale et juridique de la responsabilité ne coïncident pas toujours. Bien des médecins pensent que la faute commise par un spécialiste auquel ils ont confié un patient doit valoir exonération de leur responsabilité. La jurisprudence va contre la logique médicale comme le montre un arrêt de la Cour administrative d'appel Paris [26]. Une patiente était suivie pour une dystrophie poly kystique des seins par un gynécologue hospitalier qui faisait réaliser les mammographies par un radiologue de ville en 1990, 1993 et 1994. Elles ont été considérées comme normales. Mais en 1994 un cancer du sein est diagnostiqué et la patiente recherche la responsabilité du radiologue et du centre hospitalier pour retard diagnostique. Une expertise reconnaît une faute d'interprétation du radiologue de ville : dès juillet 1993 on pouvait noter une image si ce n'est typique de cancer du moins suffisamment suspecte pour faire demander des examens complémentaires ce dont le radiologue n'avait pas fait mention. Devant le tribunal administratif le centre hospitalier est reconnu responsable pour une part d'un préjudice de perte de chance.

L'hôpital interjette appel de cette décision. L'établissement de santé, pour sa défense, avance le fait que le radiologue avait commis une faute qui avait induit en erreur le gynécologue hospitalier. L'argument est rejeté et la cour d'appel confirme la décision de la juridiction de première instance en énonçant que si le radiologue « a sous évalué les résultats des examens pratiqués, induisant ainsi en erreur le praticien hospitalier, il incombait à celui-ci, gynécologue et chef de service, s'il a examiné les clichés, de déceler les signes qui ont été vus par les experts et au besoin de rechercher l'avis d'un praticien hospitalier spécialiste de l'imagerie médicale ». Il existe donc un retard de 2 ans qui aurait pu être mis à profit pour un traitement plus précoce évitant éventuellement un envahissement ganglionnaire qui a été constaté lors de l'intervention. Le tribunal considère que la faute du tiers n'est pas de nature à atténuer la responsabilité du centre hospitalier.

Le tribunal prend en compte le mode d'exercice et la qualification du médecin. Ici, il s'agit d'un chef de service et de ce fait la cour a plus d'exigence à son

égard qu'elle n'en aurait vis-à-vis d'un médecin généraliste ou d'un gynécologue de ville. Non seulement le praticien hospitalier chef de service est présumé avoir une compétence assez étendue, mais en plus il exerce dans un environnement favorable pour faire appel à des consultants. Il y avait suffisamment d'éléments pour susciter un doute chez ce médecin qui devait le conduire, en application des prescriptions du code de déontologie [27], à faire appel à un tiers compétent, solution retenue par de nombreux arrêts [28]. La solution donnée par cet arrêt a bien entendu une portée large qui dépasse le cadre du litige qui l'a suscitée.

*b. La diversité des fautes*

Si la faute du radiologue, ou de tout autre médecin, n'est pas exonératoire de responsabilité pour un médecin tiers prenant en charge une même patiente, ce n'est que dans la mesure où on retient à l'encontre de ce dernier une faute propre source de sa responsabilité. On peut se demander comment un médecin traitant ou un gynécologue peuvent commettre une faute alors qu'ils ont été « trompés » par un examen radiologique défectueux qui semblerait à lui seul suffisant pour expliquer le retard. Il faut rappeler que la faute médicale ne consiste pas seulement à ne pas avoir respecté les données acquises de la science mais aussi à ne pas avoir donné des soins consciencieux et attentifs. C'est la dimension éthique et non strictement technique des actes de soins ou de diagnostic qui est prise en compte par les juges en référence à l'article 32 du code de déontologie médical dans ce contexte où interviennent des médecins de qualifications différentes.

La jurisprudence a donc aussi défini, au cas par cas, ce qu'est un médecin « consciencieux et attentif » dans la phase diagnostique de la prise en charge d'une patiente parallèlement à sa détermination des fautes consistant à ne pas respecter les données acquises de la science. Défaut de conscience et d'attention recouvrent deux types de faute parfois nettement individualisées. Le défaut d'attention est un manquement relativement à une question de technique médicale : le médecin a été négligent. Le défaut de conscience est plutôt un manquement dans la prise en charge du patient. Les distinctions entre ces deux composantes de la faute éthique ne sont pas toujours aussi nettes.

La négligence a pu être retenue dans les cas suivants :

- ✓ Un médecin a un doute sur la qualité d'un cliché et ne le fait pas refaire voire persiste à faire faire des clichés par un radiologue auquel il ne devrait pas donner son agrément [29] ;
- ✓ Un médecin, alors qu'il constate une masse palpable et que la mammographie est considérée comme normale par le radiologue, ne demande pas d'examen complémentaire ou n'adresse pas la patiente à un cancérologue ;
- ✓ Un médecin alors que la mammographie est douteuse poursuit la prescription d'un traitement substitutif de la ménopause qui aurait du susciter chez lui un regain de prudence.

Le manquement à se comporter comme un médecin consciencieux a pu être retenu dans les cas suivants :

- ✓ Un médecin ne prend pas connaissance des clichés qu'il a demandés ce qui va occasionner un retard diagnostique et se contente de lire un CR erroné. Pour justifier la reconnaissance d'une telle faute, il faut rappeler que le médecin qui adresse une patiente à un spécialiste n'est pas qu'un simple prescripteur d'un acte technique réalisé par un tiers dont il n'a pas la compétence. Il est celui qui prend en charge la patiente, qui est investi de sa confiance et qui coordonne les autres spécialistes qui peuvent intervenir autour d'elle. Il doit donc vérifier que les examens ont été faits et bien faits. Pour cela il doit en prendre connaissance. Dans certains cas un doute peut naître devant la médiocre qualité d'un cliché ou devant l'incomplétude d'un compte rendu, voire devant des contradictions entre compte rendu et clichés parfois annotés. Cela ne signifie pas que si le clinicien avait regardé les clichés cela aurait permis d'éviter le retard diagnostique, mais que les chances d'arriver à un diagnostic en temps utile auraient été accrues ;
- ✓ Un médecin n'a pas reçu les examens radiologiques qu'il a prescrits chez une femme présentant des antécédents de cancer du sein dans sa famille. La patiente est revue trois ans plus tard avec un cancer évident. Bien entendu le radiologue est fautif de ne pas avoir adressés les documents, mais le médecin aurait dû se préoccuper lui-même d'obtenir les documents si ceux-ci ne lui étaient pas parvenus ;
- ✓ Un médecin ne convoque pas une patiente alors que des examens, qu'il a fait pratiquer, sont dou-

teux. Le médecin doit constamment interroger ses pratiques et éviter la routine pour s'adapter à la situation de chaque patient qu'il traite.

Parfois la faute éthique est reconnue, mais il est plus délicat de distinguer s'il s'agit d'une négligence ou d'un manque de conscience : tel est le cas lorsque un médecin ne modifie pas sa stratégie diagnostique alors que la situation de la patiente continue à évoluer (augmentation de taille de la lésion) malgré des examens faussement rassurants. Ce qui initialement était une simple erreur, devient avec le temps une faute.

Ces différentes fautes auraient pu être évitées et le diagnostic erroné du radiologue aurait pu être redressé dans un certain nombre de cas. Il y a bien sur un doute sur l'effet de la prise en charge attentive et consciencieuse du clinicien, mais nous sommes dans le domaine de la perte de chance et l'incertitude sur le résultat n'est pas un obstacle à retenir la responsabilité du professionnel.

## **B. Une contribution individualisée**

La gravité de la faute permet de pondérer l'obligation à réparer de chacun des professionnels qui a pris en charge une patiente qui a subi un dommage (a). Ce partage de la dette de réparation au prorata des fautes justifie qu'un médecin puisse avoir un recours contre un co-auteur qui n'a pas été attrait en justice par la victime (b).

### *a. Une obligation à réparer pondérée selon la gravité de la faute*

Si plusieurs médecins peuvent voir leur responsabilité engagée, cela ne signifie pas qu'elle le sera de la même manière [30]. Une patiente effectue une mammographie en avril 1991, jugée normale. En avril 1992 apparaît une petite masse du sein gauche considéré comme bénigne ; aucun examen n'est pratiqué et elle se fait traiter par un homéopathe qui pratique une injection d'un produit de mésothérapie. En décembre la patiente voit un sénologue ; une mammographie suivie de biopsies permet le diagnostic de cancer pour lequel la patiente est traitée. En 1998, apparaît une induration de la cicatrice. En mars 1999 est posé le diagnostic de récurrence pour laquelle elle est traitée ce qui n'empêche pas le développement de métastases osseuses. La patiente engage une action en responsabilité civile contre les différents médecins qui l'ont pris en charge ; elle décède en cours d'instance qui est reprise par son mari. En première instance, le méde-

cin traitant, l'homéopathe et le sénologue voient leur responsabilité engagée au titre de la perte de chance de survie évaluée à 80% dans la proportion de 60%, 25% et 15%. Les médecins interjettent appel de cette décision. L'appel va être marqué par les difficultés de l'expertise en ce qui concerne le sénologue. Un premier rapport considère que sa gestion de la maladie a été mauvaise de bout en bout. Un deuxième rapport l'exempte de faute. Une troisième expertise critique l'appréciation du pourcentage de chances perdues qui n'est pas suffisamment argumenté. Il conclut que la perte de chance est seulement imputable à l'homéopathe et au médecin traitant et non au sénologue. Il l'évalue à 25% dans la proportion de 65% et 35%. Le même schéma de distribution des proportions de responsabilité est illustré par un arrêt de la cour d'appel de Montpellier où la perte de chance est de 50% répartie en un radiologue (70%), un chirurgien (10%) et un cancérologue (20%) [31].

### *b. La possibilité d'un recours*

Le procès civil naît de la demande en justice formulée par le patient victime d'un dommage. C'est lui qui désigne les personnes qu'il poursuit et le juge n'a pas la possibilité de modifier les prétentions du demandeur. Toutefois, le défendeur, s'il estime que des tiers qui n'ont pas été attirés en justice par la victime peuvent avoir joué un rôle et doivent assumer une part de responsabilité, peut faire une demande d'intervention forcée pour que ces tiers soient condamnés à le garantir d'une partie de l'indemnisation afin que la totalité de la réparation ne reste pas à sa charge [32].

Une affaire ayant donné lieu à un arrêt de la Cour de cassation illustre cette procédure [33]. Un gynécologue suit une patiente à partir de 1988 et prescrit des mammographies faites régulièrement par le même radiologue. Ce dernier note la présence de micro calcifications en 1992, et l'apparition de micronodules en 1994. En 1996, la patiente n'amène pas ses radios et le gynécologue se contente de lire le CR du radiologue qui ne signale rien de particulier. En 1998 on découvre un cancer du sein qui est opéré. La patiente présente ultérieurement une métastase cervicale. La patiente invoque un retard diagnostique et recherche la responsabilité de son seul gynécologue. Ce dernier appelle en garantie le radiologue qui pour lui a commis une faute. Le gynécologue est reconnu responsable d'un retard diagnostique source d'une perte de chance pour la patiente, mais le radiologue est mis hors de cause.

Appel est interjeté, puis un pourvoi en cassation est formé par le gynécologue.

La Cour de cassation va lui donner raison contre le radiologue sous la forme d'une décision de principe au visa de l'article 1147 du code civil et de l'article 60 du code de déontologie médicale, en affirmant qu'« il incombe au médecin ayant réalisé un acte médical à la demande d'un confrère d'informer ce dernier par écrit de ses constatations conclusions et éventuelles prescriptions ». La cour d'appel a donc violé ces textes en déboutant le gynécologue de son appel en garantie au motif que le radiologue avait bien signalé l'anomalie en annotant les clichés et que la lecture des clichés l'aurait révélée, alors qu'il n'avait pas mentionné l'ensemble des informations dans le CR. La décision des juges du fond est cassée avec renvoi devant une autre cour d'appel. L'appel en garantie donne lieu comme on le voit à un procès dans le procès opposant uniquement les deux médecins, sans intervention de la patiente : en effet quelle que soit l'issue de l'appel en garantie, l'indemnisation mise à la charge de son gynécologue lui apporte une réparation complète. Elle n'a plus aucun intérêt dans la suite de la procédure. Pour la Cour de cassation, le radiologue a donc une part de responsabilité dans le préjudice de perte de chance ; la cour de renvoi devra déterminer le montant de sa contribution qui viendra diminuer celle du gynécologue.

L'appel en garantie n'est pas la seule possibilité offerte à un médecin de faire supporter une partie du poids d'une condamnation à réparer le préjudice subi par un patient par un autre médecin fautif contre lequel la victime n'a pas introduit d'instance. Il bénéficie aussi d'une action récursoire [34]. Cette procédure impose un nouveau procès dans lequel le médecin condamné est le demandeur et le médecin qu'il présume en faute est le défendeur. Si la faute du défendeur est retenue par le tribunal, il sera condamné à supporter une part de réparation comme dans l'appel en garantie au prorata de sa faute.

## CONCLUSION

A travers la jurisprudence se dessine, au-delà des normes, le portrait de ce que la société attend d'un médecin ou d'une équipe médicale. Elle instaure une obligation de collaboration étroite entre les acteurs sans qu'aucun ne soit dessaisi de sa responsabilité vis-à-vis du patient. Un médecin ne peut se décharger sur un autre de ses devoirs. Un médecin n'est pas seulement



soumis à des obligations techniques mais aussi à des obligations éthiques qui dépassent et encadrent les premières. La compréhension des données de la jurisprudence ouvre la voie à la prévention des situations à risque. ■

## RÉFÉRENCES

- [1] MACSF, rapport d'activité, les risques des professionnels de santé en 2010.
- [2] Article 33 du code de déontologie.
- [3] Cour d'appel de Douai, 23 novembre 2006, n° 23-11-2006.
- [4] BERGOGNAN -ESPER C, SARGOS P, Les grands arrêts du droit de la santé, Dalloz, 2010, n° 29-32.
- [5] Article L. 1110-5 CSP ; article 32 du code de déontologie.
- [6] Article 246 du code de procédure civile.
- [7] NAMER Q, GOMBAULT N, PALEY-VINCENT C, La faute de la victime, cause exonératoire de la responsabilité du médecin ?, Responsabilité, 2009, n° 35.
- [8] Les obligations du patient (Actes du colloque de l'AFJDS du 13 juin 2003), *RGDM*, 2003, n° 11.
- [9] VÉRON P, Dissimulation par la patiente de son état de santé et exclusion de responsabilité du praticien ; vers un devoir de collaboration du patient, *Droit et santé*, 2012, 603-606, note sous civ. 1<sup>re</sup>, 20 janvier 2011, n° 09-68042.
- [10] Civ. 1<sup>re</sup>, 29-11-2005, n° 04-13805
- [11] DORSNER DOLIVET A, La responsabilité médicale, *Economica*, 2006, n° 132.
- [12] CE, 20-2-1974, sucrerie coopérative agricole de Vic sur Aisne, Leb, 121, t. 443.
- [13] Civ. 1<sup>re</sup> 14/12/1965, JCP G, II, 14753, note R. Savatier.
- [14] CE 5 janvier 2000, AP-HP c/Guilbot, RDSS 2000, 357-365, note Dubouis.
- [15] BERGOGNAN-ESPER C, SARGOS P, Les grands arrêts de la jurisprudence du droit de la santé, Dalloz, 2010, n°86-89.
- [16] Civ. 1<sup>re</sup>, 29 novembre 2005 n° 04-13805 ; CAA Paris, 8 novembre 2006 n° 03PA00657.
- [17] DORSNER-DOLIVET A, La responsabilité du médecin, *Economica*, 2006, n°132.
- [18] LE TOURNEAU Ph, Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz action, 2004, n° 1432.
- [19] VINEY G, JOURDAIN P, Les conditions de la responsabilité, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2006, n° 373.
- [20] C. appel, Agen, 18 décembre 2009, n° RG, 08/00319.
- [21] C. appel de Paris, 12 novembre 2010, n° 08/23503.
- [22] Cahier des charges relatif aux programmes de dépistage des cancers du sein (arrêté du 29 septembre 2006).
- [23] Cour d'appel de Paris, 12 novembre 2010, n° 08/23503.
- [24] Décision similaire ; CA d'Agen, 18 février 2009, n° RG, 08/00319.
- [25] DORSNER-DOLIVET A, La responsabilité du médecin, *Economica*, 2006, n° 91.
- [26] CAA Paris, 8 novembre 2006, n° 03PA00657
- [27] Article 33 ; « le médecin doit toujours élaborer son diagnostic avec le plus grand soin [...] en s'aidant [...] s'il y a lieu de concours appropriés ».
- [28] Civ. 1<sup>re</sup>, 27 novembre 2008 ; LPA, 12 mars 2009, p. 47.
- [29] Article 60 du code de déontologie médicale.
- [30] Cour d'appel d'Angers, 9 juillet 2008, n° 03/01687.
- [31] Cour d'appel de Montpellier, 6 octobre 2010, n° 09/00161.
- [32] Article 66 du code de procédure civile.
- [33] Civ. 1<sup>re</sup>, 29 novembre 2005, pourvoi n°04-13805.
- [34] VINEY G, JOURDAIN P, Les conditions de la responsabilité, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2006, n° 421 et s.