

RESPONSABILITÉ

REVUE DE FORMATION SUR LE RISQUE MÉDICAL

DOSSIER

Médecine de ville et hôpital : regards croisés sur l'ambulatoire



UNITÉ de
CHIRURGIE
AMBULATOIRE

SORTIE

- 15** **VIE PROFESSIONNELLE**
→ Risque médico-légal en neurochirurgie : état des lieux

- 25** **PROTECTION JURIDIQUE**
→ Les plaintes déposées à l'encontre des professionnels de santé pour agression sexuelle

- 28** **ÉTHIQUE ET SOCIÉTÉ**
→ L'enfant à naître ne peut jamais être victime d'un homicide



Pour vous défendre, nous soignons votre RCP-PJ

15_355 - 05/2015 - cfpescco

Depuis plus de 110 ans, MACSF - Le Sou Médical est le référent sur le risque médical.

Votre défense est renforcée par une équipe unique en son genre :

- composée de juristes et de médecins conseils de votre spécialité,
- consultant un comité médical composé d'experts en exercice,
- en vue de vous apporter un soutien à tous niveaux : juridique, professionnel et moral.

Prévenir le risque médical fait également partie de notre engagement à vos côtés pour sécuriser la pratique de votre activité.

2333* ou macsf.fr

Notre engagement, c'est vous.



05/ POINT DE VUE

Les directives anticipées,
nouvel outil de la relation
médecin-malade

06/14 DOSSIER

Médecine de ville et hôpital :
regards croisés sur l'ambulatoire

15/24 VIE PROFESSIONNELLE

15/20
Risque médico-légal
en neurochirurgie : état
des lieux

21/24
L'anormalité du dommage,
condition pour l'indemnisation
de l'aléa thérapeutique

25/27 PROTECTION JURIDIQUE

Les plaintes déposées à l'encontre
des professionnels de santé pour
agression sexuelle

28/32 ÉTHIQUE ET SOCIÉTÉ

L'enfant à naître ne peut jamais
être victime d'un homicide

33 REGARD INTERNATIONAL

Chirurgie ambulatoire : quels
dispositifs à l'étranger et quelles
perspectives en France ?

© DR

→ RETROUVEZ les articles de **RESPONSABILITÉ** sur responsabilite-medicale.fr

RESPONSABILITÉ

REVUE DE FORMATION SUR LE RISQUE MÉDICAL

COMITÉ DE PARRAINAGE

Pr Georges David
Professeur honoraire de biologie
de la reproduction

Pr Bernard Guiraud-Chaumeil
Ancien membre du collège
de la Haute Autorité de santé

Pr Roger Henrion
Membre de l'Académie
de médecine

Pr Jacques Hureau
Président d'honneur de la Compagnie
nationale des experts médicaux

M. Pierre Joly
Président de la Fondation pour la recherche
médicale

Pr Jean-Louis Portos
Président d'honneur du Sou Médical

Dr Jacques Pouletty
Président d'honneur du Sou Médical

M. Jerry Sainte-Rose
Avocat général à la Cour de Cassation

Pr André Vacheron
Ancien président de l'Académie
de médecine, président du Conseil médical
du Sou Médical

M. Gérard Vincent
Délégué général de la Fédération
hospitalière de France

CONSEIL DE RÉDACTION

PRÉSIDENT

Pr Didier Sicard
Président d'honneur du Comité
consultatif national d'éthique

MEMBRES

Pr René Amalberti
Médecin expert gestion des risques, MACSF

Dr François Baumann
Fondateur de la Société de formation
thérapeutique du généraliste

Pr Dominique Bertrand
Professeur en économie de la santé
Université Paris 7 Denis Diderot

M^e Muriel Bloch-Maurel
Avocat à la Cour

Dr Pierre-François Cambon
Chirurgien-dentiste, président d'honneur de
MACSF épargne retraite et MACSF financement

Pr Anne-Claude Crémieux
Professeur de maladies infectieuses,
Hôpital Raymond Poincaré

Pr Claudine Esper
Professeur de droit à l'université Paris-V

Pr Brigitte Feuillet
Professeur à la Faculté de droit
et de sciences politiques de Rennes

Dr Pierre-Yves Gallard
Président d'honneur du Sou Médical

Dr Jean-François Gérard-Varet
Président du Sou Médical

Dr Thierry Houselstein
Directeur médical, MACSF

Dr Xavier Laqueille
Président MACSF assurances

M. Yves-Henri Leleu
Professeur de droit à l'université de Liège

Dr Catherine Letouzey
Médecin interniste

M. Nicolas Loubry
Responsable du département
Protection juridique et du bureau d'études
juridiques, MACSF

Pr Cécile Manaoui
Professeur de médecine légale
et droit de la santé, CHU d'Amiens

Pr Paul-Michel Mertès
Professeur d'anesthésie réanimation
à l'hôpital universitaire de Strasbourg

Pr Guy Nicolas
Membre de l'Académie de médecine

M^e Catherine Paley-Vincent
Avocat à la Cour

Mme Marguerite Merger-Pélier
Magistrat honoraire,
présidente adjointe des CCI,
vice-présidente du Comité d'indemnisation
des victimes des essais nucléaires français

Pr Fabrice Pierre
Professeur de gynécologie-obstétrique,
CHU de Poitiers

Pr Claude Piva
Professeur de médecine légale
à l'université de Limoges

Mme Suzanne Rameix
Philosophe, département Éthique
médicale de l'université Paris-XII

Pr Claude Sureau
Ancien président de l'Académie
de médecine, membre du Comité
consultatif national d'éthique

Stéphanie Tamburini
Juriste MACSF - Le Sou Médical

RÉDACTION

Directeur de la publication
Nicolas Gombault

Rédacteur en chef
Germain Decroix

Assistante de rédaction
Sabrina Biendin

Conception et réalisation
Studio PAO MACSF

ÉDITEUR

Revue trimestrielle éditée par MACSF,
société d'assurance mutuelle
10, cours du Triangle-de-l'Arche
92919 La Défense Cedex
Tél. : 01 71 23 80 80
macsf.fr

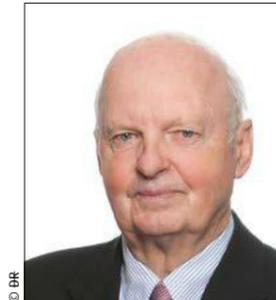
Dépôt légal : décembre 2015
ISSN : 1629-0801

Les opinions émises dans les articles
publiés dans cette revue n'engagent
que la responsabilité de leurs auteurs.



CRÉDIT ILLUSTRATION COUVERTURE :
JIMMY PÉRE.

La nouvelle loi dite Claeys-Léonetti introduit un caractère contraignant pour les directives anticipées, c'est-à-dire les instructions écrites qui permettent à toute personne majeure d'exprimer sa volonté relative à sa fin de vie, visant à refuser, limiter ou arrêter les traitements ou actes médicaux pour le cas où elle serait un jour hors d'état d'exprimer cette volonté.



© DR
DIDIER SICARD, PRÉSIDENT D'HONNEUR DU COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ÉTHIQUE

Les directives anticipées, nouvel outil de la relation médecin-malade

Le caractère révocable à tout moment de ces directives en fait un document de liberté, sans aucune obligation que ce soit.

Cette révocabilité permanente impose donc au médecin non seulement d'avoir connaissance de ces instructions, mais d'accompagner leur écriture pour ne pas réduire les directives concernant les situations de fin de vie à une simple lecture médico-légale ou à une démarche hostile, voire méfiante vis-à-vis de la médecine.

Or, la culture des directives anticipées introduite par la loi Léonetti de 2005 n'existe quasiment pas dans notre pays. Moins de 2 % des personnes les rédigent ! Il s'agit donc d'un appel à un changement radical que les médecins doivent intégrer dans leur activité. Certes ces derniers réparent à écrire pour eux-mêmes ces directives, comme la plupart des citoyens, car enfermer le futur dans des limites préétablies peut comporter une part d'inquiétude, de difficulté, voire d'impossibilité. Pourtant, les capacités de la médecine à prolonger la vie parfois au-delà des souhaits réels de la personne, le recours à des avis familiaux parfois divergents, devraient progressivement rendre ces directives anticipées parties prenantes d'un nouveau dialogue médecin-malade.

« Faire de ces directives anticipées un instrument de dialogue entre les personnes et les soignants n'est pas utopique. Il revient aux médecins de se saisir de cette opportunité. »

L'aide éventuelle à leur rédaction devrait permettre à la médecine d'affronter en vérité les inquiétudes au lieu de les fuir.

Une commission que j'ai présidée à la Haute Autorité de Santé a travaillé sur des documents pour tenter de rendre

ces directives attractives et opératoires. Un document est destiné à toutes les personnes, un autre aux professionnels de santé, pour les aider de façon pédagogique à partager la réflexion, voire à les encourager.

Le choix d'une personne de confiance par chacun pour accompagner ces directives anticipées est notamment recommandé. Leur inscription dans un réseau informatique pour les rendre accessibles est prévue, au premier rang sur la carte vitale.

Faire de ces directives anticipées un instrument de dialogue entre les personnes et les soignants n'est pas utopique. Il revient aux médecins de se saisir de cette opportunité. ■



© DR

Centrée sur le patient, la chirurgie ambulatoire correspond à une hospitalisation n'excédant pas 12 heures, donc sans nuitée d'hébergement. De plus en plus d'actes chirurgicaux sont ainsi pratiqués, dans des conditions techniques très précises, nécessitant notamment le recours à un bloc opératoire, à une salle de réveil mais autorisant, sauf complication, la sortie du patient le jour même.



© MICHEL LABELLE

Médecine de ville et hôpital : regards croisés sur l'ambulatoire

DR THIERRY HOUSELSTEIN, DIRECTEUR MÉDICAL, MACSF

Si ce type de prise en charge est indiscutablement vertueux et porteur d'espoirs, son développement en France reste inférieur à celui constaté chez nos voisins européens avec, en outre, de grandes disparités régionales mais aussi selon le type de chirurgie pratiqué ou la spécialité concernée.

Depuis quelques années, les pouvoirs publics se sont emparés du sujet, œuvrant ainsi dans le sens du fameux « virage ambulatoire ». Différentes mesures ont été instaurées afin de développer la chirurgie ambulatoire, notamment afin d'accroître le déploiement de cette pratique au sein de chaque établissement de santé.

À l'occasion du Salon de la Santé et de l'Autonomie 2015, la DGOS a dévoilé les six axes de ce « virage ambulatoire » prévu dans la stratégie nationale de santé. Plus récemment, les objectifs et orientations stratégiques du programme national de développement de la chirurgie ambulatoire pour la période 2015-2020 ont été précisés dans une instruction de la DGOS ; l'élément marquant étant d'atteindre un taux global national de chirurgie ambulatoire de 66,2 % d'ici à 2020.

« Face à ce développement, la priorité est de consolider la formation des personnels de santé intervenant à l'intérieur comme à l'extérieur des unités de chirurgie ambulatoire. »

MACSF - Le Sou Médical, conscient des évolutions accompagnant ce « virage ambulatoire » pour ses sociétaires, notamment quant à la responsabilité des différents intervenants, s'est également saisi de ce sujet et a organisé une table ronde lors de ce salon, permettant notamment de mieux appréhender le rôle du médecin généraliste dans le cadre de la prise en charge ambulatoire.

Réunissant le Professeur VONS, chirurgien et présidente de l'Association Française de Chirurgie Ambulatoire (AFCA), le Professeur DRUAIS, président du Collège de la Médecine Générale, et le Docteur CAUTERMAN, conseiller médical de la Fédération Hospitalière de France, ces échanges, animés par le Docteur HOUSELSTEIN, ont permis de mieux cerner les évolutions en cours et à venir, et de mieux s'y préparer. Ils ont également fait émerger un certain nombre de questions quant aux partenariats possibles entre la médecine de ville et l'hôpital pour optimiser la prise en charge des patients.

➤ Thierry HOUSELSTEIN : L'ambulatoire connaît un essor important depuis plusieurs années, porté notamment par les pouvoirs publics, de plus en plus favorables à ce mode de prise en charge et aux économies potentielles qu'il représente. Professeur VONS, où en est la prise en charge des patients en ambulatoire dans votre spécialité ?

Professeur VONS : La part de l'ambulatoire en France représentait près de 45 % en 2014 et connaît une progression d'environ 2 % par an en moyenne, en ligne avec les objectifs de la DGOS (Direction Générale de l'Offre de Soins), qui sont d'atteindre 50 % en 2016 et 60 % d'ici à 2020. Face à ce développement, je pense que la



priorité est de consolider la formation des personnels de santé, c'est-à-dire à la fois des médecins anesthésistes, des chirurgiens et du personnel soignant intervenant à l'intérieur comme à l'extérieur des unités de chirurgie ambulatoire, de sorte que cette progression se fasse dans de bonnes conditions et dans le respect de la sécurité des patients. D'après l'AFCA, les incitations en faveur du développement de l'ambulatoire sont nombreuses et la part de ce type de prise en charge ne cesse d'augmenter, mais la qualité, la sécurité des soins et le suivi du patient devraient, parallèlement, faire l'objet d'évaluations systématiques. C'est un point essentiel qui manque encore aujourd'hui.

➤ TH : La sécurité des patients nous intéresse évidemment au premier chef. Quel est le point de vue des établissements hospitaliers publics sur le développement de l'ambulatoire ? La dynamique observée est-elle la même ? Avez-vous constaté des freins dans ce développement ou existe-t-il au contraire des leviers particuliers pour atteindre les objectifs fixés par la DGOS pour 2016 ?

Docteur CAUTERMAN : Le Professeur VONS a parlé de quasiment 45 % d'ambulatoire pour les établissements de soins à l'échelle nationale. La part de l'ambulatoire dans les établissements publics hospitaliers se situe un peu en-deçà mais s'inscrit néanmoins dans une dynamique de forte progression. Nous comptons quasiment un millier d'établissements publics autorisés

à pratiquer la chirurgie ambulatoire. Ce nombre masque toutefois des disparités entre des établissements en avance et d'autres clairement plus en retard sur le sujet. Les établissements présentant une grande variété de spécialités affichent une part de chirurgie ambulatoire supérieure à 50 %.

« Comment travailler davantage avec la médecine de ville et prendre en charge les patients en toute sécurité ? »

Ces disparités montrent qu'il existe une marge de progression et que nous pouvons amener les établissements retardataires à intégrer progressivement

ces pratiques. Cela révèle aussi une maturité différente d'un établissement à l'autre dans ce domaine. Certains, au stade de la simple « conviction », commencent seulement à apprécier le potentiel de l'ambulatoire et à en mesurer les apports. D'autres, au stade de la conviction « acquise », sont en train de s'approprier l'organisation et les méthodes inhérentes à l'ambulatoire. Nous voyons des établissements qui, aujourd'hui, sont clairement pénalisés par leurs infrastructures. C'est un vrai problème. D'autres enfin se heurtent à des problématiques proches de celle que vous avez soulevée : comment travailler davantage avec la médecine de ville et prendre en charge les patients, notamment les plus lourds, en toute sécurité ?

➤ TH : Quel est le point de vue du médecin traitant amené à assurer le suivi de ces patients ?

Professeur DRUAIS : Trois éléments doivent, à mon sens, être pris en considération dans la fonction du médecin traitant.

■ ■ ■ **1/** L'élection du patient à la chirurgie ambulatoire. Si nous réalisons un travail préalable sur la pertinence des choix et la qualité de soin que l'on peut retirer d'une approche ambulatoire, ce travail aidera probablement les établissements à prendre en charge des patients en connaissance de cause, en synergie avec le médecin traitant et les « correspondants » chirurgiens qui pratiquent ces actes. À cet égard, les échanges que nous pouvons avoir avec ces correspondants sont déterminants pour l'évolution de la prise en charge des patients en ambulatoire.

2/ Le fait que le patient est « acteur » et la prise en compte du « diagnostic domiciliaire », c'est-à-dire de la potentialité de l'entourage à favoriser le retour du patient à domicile. Ce champ psycho-social ne doit pas être négligé.

3/ La mise au point d'outils d'échanges et de communication de base, que les professionnels de santé mais aussi les patients, doivent encore s'approprier.

J'espère que cette évolution amènera les pouvoirs publics à réfléchir davantage à une organisation plus structurée des soins et à envisager différemment le parcours du patient.

Pr V : Sans ces éléments il serait impropre de parler de partenariat entre médecine de ville et hôpital. Ce partenariat se noue plutôt en phase préopératoire et peut nous aider à ne pas commettre l'erreur d'élire à la chirurgie ambulatoire un patient qui serait incapable de se prendre en charge et d'identifier des signes d'alerte post-opératoires une fois sorti de l'hôpital. Nous voyons

les patients durant un court laps de temps, et il n'est pas certain, dans le cadre des consultations qui précèdent l'intervention, que nous soyons à même de détecter cette incapacité. Le médecin traitant peut donc nous aider à prendre en charge ces patients et contribuer à leur « éducation » s'agissant des symptômes d'alerte qu'ils peuvent présenter, mais aussi des symptômes « habituels », qui peuvent parfois les inquiéter.

Nous vivons encore les prémises de cette évolution. Le médecin traitant lui-même va devoir apprendre à distinguer les signaux d'alerte des symptômes qui surviennent habituellement après telle ou telle intervention (modification de la couleur des testicules et du volume de la verge après une cure de hernie par exemple). Ces symptômes, qui survenaient auparavant à l'hôpital et pour lesquels le patient pouvait solliciter directement le personnel soignant, devront désormais être appréhendés différemment, à l'extérieur de l'hôpital. Nous devons donc prévenir le patient de ces symptômes potentiels et de leur caractère bénin ou non (par le biais d'un écrit ou éventuellement d'une courte vidéo). Le médecin traitant doit aussi en être informé et participer à la diffusion de cette information. Ensemble, nous devons éviter que le patient ne vienne consulter aux urgences en pleine nuit, pétri d'inquiétude. Car lorsque cette information a été faite, les cas de réelles complications sont rarissimes.

➤ **Docteur CAUTERMAN :** J'ai une question pour le Professeur DRUAIS. À une époque, les médecins traitants étaient plutôt réticents à la chirurgie ambulatoire et la déconseillaient parfois à leurs

patients. Ce constat appartient-il désormais au passé ou ce phénomène persiste-t-il ?

Pr D : On dénombre aujourd'hui 48 000 médecins généralistes en exercice. On ne peut éviter qu'un certain nombre d'entre eux soit réticent à ces évolutions. Une partie des médecins de « l'ancienne génération » va devoir effectivement s'approprier ces nouveaux outils et ces exigences. Les changements culturels et de comportements ne se font pas en un jour. L'appropriation de nouveaux concepts, ou encore le vécu d'un certain nombre d'échecs, peuvent constituer des freins. Mais de fait, le corps des médecins généralistes dans son ensemble, et en particulier la jeune génération, doivent être sensibilisés à ces évolutions. Nous devons anticiper, lors de la formation dans le cadre du DES de médecine générale, les éléments concernant la gestion d'un patient dans les jours suivant sa sortie d'une chirurgie ambulatoire, sans négliger la dimension cognitive qui s'y rattache (connaissance des problématiques nouvelles ou non familières qui peuvent se présenter). Je pense que ce champ sera vite approprié par nos internes qui seront passés dans les unités de chirurgie ambulatoire au sein des établissements. Il y a là une connivence forte ainsi qu'une culture amenée à se constituer et se transmettre d'elle-même.

Par ailleurs, le retour à domicile d'un patient le plus rapide possible est toujours bénéfique, tant sur le plan psychologique, que médical et économique. Bien évidemment le métier de médecin généraliste est en train de changer. C'est un métier ayant trait à la fois à la pose d'un diagnostic, à l'accompagnement du patient et à l'organisation des soins. Ce que je revendique – et qui n'est pas encore acquis sur le plan politique – est la définition du rôle et des responsabilités de chacun dans une organisation structurée des soins. Aujourd'hui cette répartition est très confuse et les médecins ont une certaine crainte car rien n'est structuré pour qu'ils disposent à la fois des outils et du temps nécessaires. Depuis plusieurs années, nous demandons que le patient quitte l'hôpital en fin de matinée ou, au plus tard, à midi, de manière à ce que nous ayons le temps d'intervenir l'après-midi si besoin. Or, le plus souvent, les patients quittent l'hôpital en fin d'après-midi voire en début de soirée, c'est-à-dire à un moment où nous risquons d'être le moins disponibles. Par ailleurs, une sortie à midi permettrait d'éviter que les services d'urgences ne cherchent des lits disponibles en plein après-midi

parce que certains patients n'ont pas quitté l'hôpital assez tôt. Nous devrions être capables, sur la base de ce simple modèle, d'organiser un parcours de soins plus structuré. Ce manque de cohérence et de coordination est d'autant plus regrettable qu'il y a de l'intérêt des uns et des autres. À cet égard, la chirurgie ambulatoire pourrait constituer un modèle de développement pour une plus grande pertinence des soins. Tout l'enjeu est de replacer l'hôpital au cœur du parcours de soins.

Pr V : L'hôpital sera dans le parcours de soins, mais pour une infime partie d'ordre technique, et pour une durée n'excédant pas douze heures. Le reste sera effectué à l'extérieur. Il faudra donc ensuite repenser la rémunération de la prise en charge à réaliser.

➤ **TH :** Comment s'effectue cette coordination entre le chirurgien, l'établissement et le médecin traitant ? Le chirurgien remet-il un document formalisé à son patient, que celui-ci peut ensuite présenter à son médecin traitant ?

Pr V : Des recommandations ont été émises par la Haute Autorité de Santé (HAS) pour que le patient dispose d'un passeport, sur lequel figurent les coordonnées téléphoniques des personnes joignables pendant la première nuit suivant sa sortie de l'hôpital. En pratique, il est exceptionnel que ces personnes soient appelées par les patients. Il est cependant arrivé que les numéros en question n'aient pas été communiqués alors que le patient en avait besoin. Cela signifie que cette pratique n'est pas encore bien ancrée.

Outre ces numéros de téléphone, le dossier doit comporter le compte-rendu opératoire et l'ordonnance du traitement postopératoire le cas échéant. J'ai eu la chance de passer deux jours au sein d'une unité de chirurgie ambulatoire en Angleterre. Un formulaire à l'attention du patient était joint à l'ordonnance pour expliquer le rôle et les effets de tel médicament, ainsi que ses éventuelles interactions avec d'autres antalgiques. Ce document écrit est très précieux pour le patient.

Je crois que nous avons beaucoup à apprendre de nos voisins européens, avec lesquels nous avons trop peu d'échanges. Certains de ces pays ont plusieurs années d'avance sur nous, concernant par exemple la personne accompagnant le patient la première nuit suivant sa sortie. Le Danemark l'a supprimée et plusieurs



© DR

■ ■ ■ pays ont jugé que cette présence n'était pas toujours nécessaire. D'après les recommandations françaises, le patient n'a pas toujours besoin d'un accompagnant. Dans les faits néanmoins, un nombre important de patients restent à l'hôpital la première nuit suivant leur intervention faute d'une personne pour les accompagner à leur sortie, alors qu'ils ont subi une opération qui leur permettrait, en théorie, de rentrer chez eux rapidement (opération d'un canal carpien ou ablation de hernie inguinale par exemple). La question de l'accompagnant se pose donc avec d'autant plus d'acuité que des projets de construction d'hôtels hospitaliers commencent à essaimer un peu partout.

TH : Docteur CAUTERMAN, comment la sortie des patients s'organise-t-elle au niveau des établissements ?

Dr C : Il existe différents modèles possibles : les coordonnées téléphoniques communiquées au patient peuvent être celles du chirurgien qui a pratiqué l'intervention, du chirurgien de garde ou de l'interne de garde, ou encore celles des urgences. Le second élément important, c'est que l'interlocuteur ciblé au sein de l'établissement ait également accès à cette information. Nous avons assisté à des retours de patients aux urgences, dont le dossier médical

n'était pas disponible, ou dont l'urgentiste n'avait pas connaissance. Les choses néanmoins se normalisent progressivement. En principe, l'urgentiste dispose désormais de la liste des patients du jour et peut, par conséquent, accéder à leur dossier. Il n'en reste pas moins essentiel d'informer correctement non seulement le patient, mais aussi l'équipe médicale à même de le prendre en charge.

TH : Professeur DRUAIS, comment cela se passe-t-il pour le médecin traitant ?

Pr D : Les études anglo-saxonnes le montrent, et je le constate régulièrement dans ma pratique et les échanges que je peux avoir sur ce sujet : le premier motif pour lequel nous sommes sollicités par téléphone par les patients concerne la gestion de la douleur. Une fois que l'on a intégré cette donnée et que l'on s'est bien mis d'accord avec le patient sur ce point, nous pouvons différer, voire éviter un déplacement même si la réaction des patients face à leur douleur n'est pas toujours prévisible.

Par ailleurs, le rôle du médecin traitant consiste à rassurer le patient et à lui confirmer un point à propos duquel

il aurait un doute. Ce n'est pas parce que le chirurgien lui aura indiqué que tel ou tel signe est normal que le patient n'aura aucune inquiétude. À cet égard, la responsabilité du médecin traitant me paraît pleinement intégrée : il peut décider de se déplacer pour confirmer *de visu* qu'une évolution est normale et que l'état du patient se normalisera sous 24 à 48 heures, ou détecter au contraire une éventuelle anomalie. Cette responsabilité me paraît d'autant plus prégnante que nous avons une obligation de suivi des patients qui nous sont confiés par un chirurgien correspondant dans le cadre d'un retour à domicile après une chirurgie ambulatoire. Nous devons donc être disponibles pour le patient, ce qui ne signifie pas que cette disponibilité passera nécessairement par nous. La permanence des soins peut aussi être une solution.

TH : Qu'en est-il du patient qui, bien évidemment, a des attentes fortes, notamment en ce qui concerne son temps d'hospitalisation ?

Pr V : Le patient attend effectivement de pouvoir regagner son propre lit et son environnement familial immédiat le plus rapidement possible, mais pas seulement. Une étude a été conduite sur ce point, sur la base d'un questionnaire de satisfaction remis aux patients lors de leur sortie. La convivialité et l'attention portées à la douleur

et aux évanouissements ressortent comme les attentes les plus fréquemment exprimées. Par exemple, on aurait pu penser que les femmes traitées pour un cancer du sein en ambulatoire seraient réticentes à regagner leur domicile parce qu'elles auraient besoin d'être rassurées dans un environnement hospitalier. Or l'étude a montré qu'elles préféreraient être chez elles, avec leur famille, que cela dédramatisait l'acte de soin et qu'elles étaient beaucoup moins anxieuses à l'idée d'une opération en ambulatoire. Il y a donc un réel bénéfice, psychologique et médical, contribuant au confort du patient.

Dr C : Sans doute les patients attendent-ils aussi que leur intimité et la confidentialité des informations les concernant soient respectées. L'ambulatoire implique de travailler dans des unités davantage ouvertes. Je pense qu'il existe des architectures et des équipements permettant d'optimiser la gestion des flux, tout en préservant un espace confidentiel et l'intimité de chacun. Il me semble également important de ne pas donner au patient le sentiment d'être « expédié ». Le rythme imposé aux équipes médicales, qui prend parfois des allures

« Le premier motif pour lequel nous sommes sollicités par téléphone par les patients concerne la gestion de la douleur. »

de « course contre la montre », ne doit pas être ressenti comme tel par les patients.

TH : Ces éléments sont-ils pris en considération dans les projets de nouveaux établissements ? Comment la FHF envisage-t-elle cet aspect ? Vous avez parlé de flux. L'ambulatoire est associé à une certaine rapidité.

Dr C : La chirurgie ambulatoire n'est pas seulement une question de conviction, d'organi-

sation ou de pratique médicale. Elle soulève aussi un problème d'investissement. À cet égard, l'obsession économique des pouvoirs publics concernant la chirurgie ambulatoire doit être considérée à l'aune des autres enjeux que nous rencontrons, d'un point de vue stratégique pour la chirurgie de manière générale, mais aussi en termes d'investissements. La chirurgie ambulatoire concerne aujourd'hui environ 30 % des interventions réalisées dans nos établissements. Si nous devons atteindre les objectifs fixés par les pouvoirs publics, guidés par des impératifs financiers, cela aura clairement un impact sur notre outil de travail. Les structures ne pourront pas rester les mêmes et cela pose forcément la question des investissements à réaliser. Aujourd'hui nous avons déjà du mal à renouveler certains équipements. Comment, dans ce contexte, pourrions-nous dégager des marges de manœuvre supplémentaires ? Cela pose aussi la question de savoir si nous pouvons pratiquer la chirurgie ambulatoire dans tous les établissements et quelle stratégie nous devons adopter.

Pr D : Je voudrais en revenir au patient, dont la préoccupation première, en cas d'opération, est de savoir combien de temps il sera hospitalisé et de limiter au maximum ce temps d'hospitalisation. La chirurgie ambulatoire implique d'accorder une place plus importante au protocole. Les patients le perçoivent très bien. J'apprécie que la FHF parle de confidentialité, cela montre que d'énormes progrès ont été accomplis sur ce plan, car pour certains patients, le respect de cette intimité est fondamental et doit être mieux « implémenté » dans la logique des soignants et des



© DR

médecins. Nous soignons avant tout des êtres humains, avec leurs angoisses, et ne traitons pas uniquement des « cas médicaux ».

Ces éléments doivent être intégrés à la réflexion relative à l'organisation des soins en ambulatoire. Quoi qu'il en soit, les patients seront de plus en plus demandeurs de raccourcir leur temps d'hospitalisation. C'est une exigence de plus en plus forte qu'il faut prendre en compte. Cet empressement nécessite de leur délivrer une information complète, notamment dans le cas de certaines interventions (pose de stents pour un problème cardiaque par exemple). Dans certaines situations, plus le temps d'hospitalisation est court, plus l'importance du geste effectué auprès du patient est minimisée. C'est sur ce point qu'il faudra être vigilant à l'avenir : les comportements induits par le temps d'hospitalisation, qui font qu'aujourd'hui, structurellement, « plus c'est court, moins c'est grave ».

TH : Sur le plan technique, on constate que des interventions de plus en plus complexes sont maintenant pratiquées en ambulatoire. Y a-t-il toutefois des limites pour s'accorder pour une sortie des patients à 17 h ou 18 h ?

Pr V : Oui. Le séjour du patient est de toute façon de 12 heures maximum, mais la durée d'ouverture de l'unité de chirurgie ambulatoire, elle, n'est pas la même... Vous soulevez là une question délicate. L'évolution des procédés chirurgicaux (coelioscopie par exemple) permet de réaliser désormais des interventions extrêmement complexes de façon moins invasive, donnant l'impression que l'on ■ ■ ■

■ ■ ■ accompli des actes de moins en moins lourds de plus en plus rapidement. L'ensemble des techniques chirurgicales évolue vers des procédés moins invasifs et globalement nous allons parvenir à réaliser énormément d'actes en ambulatoire. Le patient lui-même sera également déterminant à l'avenir dans le développement de l'ambulatoire.

Nous avons assisté, ces deux dernières années en France, à de nombreuses « premières » – poses de prothèse totale de hanche ou de genou,

« sleeve gastrectomie », pose de bypass – réalisées en ambulatoire, dans le cadre d'une réflexion approfondie et la mise en place de protocoles précis. Si le patient est suffisamment en forme pour regagner son domicile le soir même, sans nausée ni douleur, et que toutes les conditions sont mises en place pour assurer une bonne gestion des risques et pouvoir détecter d'éventuelles complications rapidement, pourquoi le garder hospitalisé ? L'objectif n'est pas de « lâcher » le patient dans la nature le soir même, mais bien de créer une autre manière de le prendre en charge.

Au CHU d'Amiens par exemple, un protocole a été mis en place permettant de prévenir l'apparition de fistules dans le cadre des interventions pour obésité morbide (gastrectomies). Une consultation systématique est programmée le 4^{ème} jour suivant l'intervention, jour de potentielle survenance de cette fistule. Les patients présentant des résultats d'analyse anormaux passent ensuite un scanner et sont réopérés s'ils présentent des signes de fistule. Un suivi rigoureux est ainsi assuré. Depuis la mise en place de ce protocole en 2010, toutes les fistules post-opératoires ont pu être détectées à temps grâce à cette « barrière de sécurité ». Nous sommes donc capables de mettre en œuvre ces protocoles et de garantir la sécurité du patient sans le garder à l'hôpital. Il nous revient d'apprendre à gérer ces risques pour toutes les interventions que nous pratiquons, pour pouvoir identifier suffisamment tôt une éventuelle complication.

Dr C : Il arrive cependant que nous fassions venir les patients quelques jours avant l'intervention et que nous les gardions quelques jours après. Le patient n'est pas uniquement un cas chirurgical « figé ». C'est aussi un cas médical, pouvant présenter des pathologies associées, impliquant la prise de traitements, nécessitant pour certains d'être interrompus pour

l'intervention puis repris et équilibrés ensuite (traitement anticoagulant notamment). C'est aussi ce suivi que l'on peut davantage assurer en ville, sous réserve d'un protocole suffisamment rigoureux. J'ai l'impression que

non seulement ces protocoles sont encore trop peu formalisés mais que les recommandations changent rapidement. Quoi qu'il en soit, l'ambulatoire exige un suivi qui doit s'adapter à la relation patient-soignant et à la spécificité de chaque cas.

« La chirurgie ambulatoire n'est pas seulement une question de conviction, d'organisation ou de pratique médicale. Elle soulève aussi un problème d'investissement. »

Pr V : Tout cela est source de travail supplémentaire. Or si en hospitalisation conventionnelle, la rémunération peut doubler voire tripler, la rémunération en ambulatoire, elle, demeure toujours identique. Voilà aussi la raison pour laquelle les patients sont maintenus dans les parcours conventionnels. L'AFCA envisage de proposer des niveaux de rémunération différents, ce qui implique de ne plus rémunérer uniquement le séjour en ambulatoire mais le parcours de soins du patient dans son ensemble. Cela suppose de mener une réflexion nouvelle, dans la perspective des expériences conduites en Angleterre : en cas de complication, un praticien peut voir sa responsabilité engagée et être sanctionné financièrement, ce qui participe de la diffusion des bonnes pratiques.

Pr D : C'est un point important en effet. Dans le système de soins européen actuel, les médecins généralistes sont des médecins libéraux, rémunérés à l'acte. Nous sommes dans une situation de surmenage de ces médecins, qui estiment pouvoir exercer correctement leur métier à une moyenne de vingt actes par jour. Or ils sont soumis à une course à l'acte, contrairement à cette préconisation. Ils peuvent difficilement refuser une prise en charge dans les régions qui manquent de médecins. Ce constat implique une réflexion de l'ensemble des professionnels intégrés au parcours de soins, dont ceux concernés par l'hospitalisation du patient, qui demeure un moment majeur, fût-elle de courte durée.

Il y a quelques mois, j'ai remis un rapport à la ministre de la santé sur la place de la médecine générale dans le système de santé et le projet de loi de santé. Dans le cadre de cette réflexion, j'ai préconisé la création de « forfaits-structure » et de « forfaits-parcours ». Le médecin généraliste est tenu de prendre en charge 60 à 70 % des patients chroniques. Pour tout ce qui nécessite une coordination et un suivi, il est à la fois

un référent et celui qui va orienter ou réorienter le patient au bon endroit, parce que cela représente un gain de temps, de qualité, de pertinence des soins et de rentabilité économique. Il faut que ces « forfaits-parcours » soient correctement définis par rapport aux objectifs attendus. Ils pourraient notamment éviter les questionnements, en cas d'intervention, sur la rémunération ou non de ce temps supplémentaire accordé par les médecins.

Rappelons qu'aujourd'hui le temps non rémunéré dans l'activité du médecin généraliste (temps social, médical, administratif...) est considérable. Face aux problématiques locales de santé à gérer, les équipes qui seront les mieux à même de faire de la chirurgie ambulatoire vont « tirer » les médecins traitants vers le haut et les inciter à s'investir de plus en plus dans la qualité des soins.

Tout cela implique que l'État y mette les moyens nécessaires. Il y a sans doute quelques murs à abattre dans ce domaine. À mon sens, et c'est aussi la position du Collège de Médecine Générale, l'avenir réside dans le regroupement de professionnels de santé travaillant en synergie dans des pôles de santé et constituant autant de vecteurs importants dans le suivi des patients. La prise en charge des patients doit également tenir compte de la structure d'accueil. Le cadre dans lequel il nous sera proposé de travailler, les outils à construire, et les modalités de gestion décidées par l'État pour optimiser les coûts tout en rémunérant les médecins à leur juste valeur seront autant d'éléments déterminants à l'avenir pour la chirurgie ambulatoire, les établissements de soins et les médecins généralistes.

TH : Revenons sur la question des hôpitaux, que vous avez brièvement évoquée.

Pr V : Nous regrettons que ce projet, qui ne présente aucun intérêt à nos yeux, soit financé par la DGOS. Il est possible qu'à certains moments, nous ayons besoin que des patients isolés ou résidant loin de l'hôpital puissent être ponctuellement hébergés dans une chambre d'hôtel la première nuit suivant leur sortie. Mais nous ne sommes pas favorables à ce type de projet et nous savons du reste que les partisans de la construction d'hôtels hospitaliers sont des praticiens plutôt opposés à la chirurgie ambulatoire. C'est davantage une manière, dans ce cas, d'éviter tous les critères de qualité et de faire sortir rapidement des patients qui ne réunissent pas toujours toutes les conditions

« L'objectif n'est pas de "lâcher" le patient dans la nature le soir même, mais bien de créer une autre manière de le prendre en charge. »

pour cela. Nous sommes donc très inquiets de cette tendance, qui répond selon nous à une logique purement économique et peut constituer une réelle menace pour la chirurgie ambulatoire en France. Qui sera responsable des patients dans ces hôtels, notamment en cas d'incident ? Est-ce le chirurgien qui aura autorisé leur sortie et leur hébergement à l'hôtel ? Cet hébergement sera-t-il considéré de la même façon qu'un retour à domicile ? La sortie du patient de l'hôtel fera-t-elle l'objet d'une signature ? Comment la durée d'hébergement sera-t-elle déterminée ? Les interrogations sont multiples et il existe un flou juridique important autour de ces questions. Ce n'est pas ainsi que le retour à domicile doit être pensé. Si l'on veut supprimer des lits et permettre aux patients de rentrer chez eux, la construction d'hôtels hospitaliers de l'autre côté de la rue n'est pas la solution et semble peu pertinente, notamment dans des villes comme Paris.

Dr C : La FHF, pour sa part, a soutenu cette idée avec une vision un peu différente. Il ne s'agit pas d'associer hôtel hospitalier et chirurgie ambulatoire, et l'objectif n'est pas que l'un supporte l'autre. Nous pensons d'une part qu'il est compliqué de devoir optimiser à la fois nos plateaux techniques et nos lits d'hôpitaux. Il arrive un moment où cela devient antinomique. Nous avons une opportunité de relâcher la pression qui pèse actuellement sur les hébergements. Nous pensons d'autre part que l'hôtellerie est un métier qui, envisagé différemment, peut présenter une complémentarité intéressante avec la chirurgie ambulatoire. Si nous faisons la promotion du « patient debout », celui-ci doit pouvoir se déplacer librement et ne pas être tenu de rester dans sa chambre allongé toute la journée.

Par ailleurs, nous devons trouver des concepts innovants pour pouvoir absorber les pics d'activité auxquels nous sommes confrontés régulièrement – l'épidémie de grippe de l'hiver dernier l'a encore montré. À cet égard, disposer d'une capacité hôtelière peut être intéressant. C'est pourquoi nous sommes partie prenante de cette expérimentation.

Pr D : Je ne vois pas la place du médecin traitant dans ce dispositif, ni l'intérêt d'héberger un patient dans un hôtel à proximité sans aucune infrastructure permettant de garantir sa sécurité. Autant lui permettre de regagner son domicile le plus tôt possible et mettre à sa disposition une infrastructure territoriale et médicale qui permette d'assurer un suivi postopératoire de qualité. ■

QUESTIONS DE LA SALLE

Sabrina BOUHRUM, responsable de la coordination au centre de cancérologie du Val d'Oise : Vous avez parlé du chirurgien et du patient dans la prise de décision concernant le recours ou non à une chirurgie ambulatoire. Cette décision est-elle prise en RCP (Réunion de Concertation Pluridisciplinaire) ou uniquement entre vous et le patient ?

Professeur VONS : Cette décision n'entre pas dans le cadre d'une RCP dans la mesure où elle ne s'inscrit pas dans un projet thérapeutique. Elle ne concerne pas un traitement mais un mode de prise en charge. Plusieurs instances sont attachées au fait de soumettre la possibilité d'une chirurgie ambulatoire au patient, qui est libre de choisir cette option ou non. Personnellement je ne lui laisse pas ce choix. Je lui propose le meilleur traitement possible, qui présente le moins de risques de complications. Si le patient n'est pas d'accord, nous mettons en avant que c'est la meilleure prise en charge que nous ayons à lui proposer et nous l'invitons à se faire opérer ailleurs s'il persiste dans son refus.

SB : Vous avez évoqué la difficulté que peut présenter cette décision par rapport au profil et au comportement du patient.

Pr V : Si j'ai un doute quant à sa capacité à se prendre en charge, je prends en compte cet élément dans mes préconisations. À la différence de la chirurgie conventionnelle, l'ambulatoire nous oblige à tenir compte

de l'environnement et de l'installation du patient à domicile, à connaître certains éléments de sa vie. Nous pouvons contacter son médecin traitant pour avoir davantage d'informations et nous aurons quoi qu'il en soit un entretien plus approfondi avec lui.

SB : Si un patient ne se sent pas bien une fois rentré chez lui après une intervention en ambulatoire et décide d'appeler les secours, il peut être conduit dans un hôpital autre que celui dans lequel il s'est fait opérer. Qu'en est-il alors ?

Pr V : Ce cas de figure n'a pas lieu d'être en principe. La plupart des unités de chirurgie ambulatoire mettent en place une triple consultation : une consultation avec le chirurgien, une autre avec l'anesthésiste et une troisième avec l'infirmière. Le patient est renvoyé chez lui, le cas échéant, avec toutes les explications nécessaires et les coordonnées téléphoniques dont il peut avoir besoin. Les appels ou les sollicitations de ce type sont le fait de patients inquiets ou angoissés. Les secours seront d'ailleurs à même, la plupart du temps, de le rassurer. Les cas de complications réelles sont rarissimes et sont imputables à des raisons précises. Les symptômes tels que les légers gonflements ou les irritations sont normaux après une intervention et ces éléments font partie de l'information à délivrer au patient pour qu'il ne s'alarme pas inutilement.

Propos recueillis par Sabrina BIENDINÉ et Germain DECROIX.

POUR ALLER PLUS LOIN

La grille patient-traceur en chirurgie ambulatoire :

- http://www.has-sante.fr/portail/jcms/c_2020011/fr/prise-en-charge-en-chirurgie-ambulatoire
- http://www.has-sante.fr/portail/upload/docs/application/pdf/2015-03/grille_patient_traceur_chir_ambu.pdf



MAGALI AUGU, JURISTE EXPERT, SERVICE DE GESTION DES RISQUES, MACSF - LE SOU MÉDICAL
 PR GEORGES FISCHER, NEUROCHIRURGIEN, EXPERT PRÈS LA COUR DE CASSATION
 DR THIERRY HOUSELSTEIN, DIRECTEUR MÉDICAL, MACSF - LE SOU MÉDICAL

Risque médico-légal en neurochirurgie : état des lieux

Le contexte

Depuis 2012, MACSF - Le Sou Médical se positionne comme l'assureur de référence des neurochirurgiens français, libéraux et en activité mixte, notamment par le biais d'un partenariat avec l'Association Française des Neuro Chirurgiens Libéraux (AFNCL). Cet engagement dans la couverture d'un risque assurantiel majeur s'est poursuivi grâce à l'extension de ce partenariat aux chirurgiens du rachis (Société Française des Chirurgiens du Rachis) et, plus récemment, aux membres de la Société Française de Chirurgie Orthopédique et Traumatologique (SOFOT).

Dans le cadre de ce partenariat MACSF - AFNCL, la mise en place de l'Observatoire du Risque Neurochirurgical permet de fournir une analyse détaillée de la mise en cause de la responsabilité des neurochirurgiens dans leur activité quotidienne mais également de dégager des actions à mener en termes de gestion des risques.

Le périmètre

Cette étude porte sur l'ensemble des réclamations formulées par les patients à l'encontre des neurochirurgiens sociétaires MACSF - Le Sou Médical, dans le cadre

de leur activité libérale (neurochirurgiens libéraux ou hospitaliers avec un secteur privé statutaire) de janvier 2012 à juin 2015. 124 réclamations mettant en cause nos sociétaires ont ainsi été répertoriées.

Cette étude n'est donc pas le reflet de l'activité de l'ensemble des neurochirurgiens sociétaires mais se veut plutôt une synthèse des faits reprochés par les patients estimant, à tort ou à raison, que la prise en charge effectuée n'a pas été conforme ou satisfaisante.

Cette analyse des réclamations concerne plus spécifiquement la chirurgie rachidienne. Ceci est à mettre en corrélation avec le mode et les conditions d'exercice des sociétaires, et surtout des pathologies prises en charge dans ce contexte.

Enfin, la responsabilité médicale ne concerne que les situations « défavorables » ayant conduit à une réclamation formalisée, le corollaire étant que dans leur grande majorité, les patients sont visiblement « satisfaits » de la prise en charge en l'absence de contestation.

Les résultats

Les pathologies prises en charge

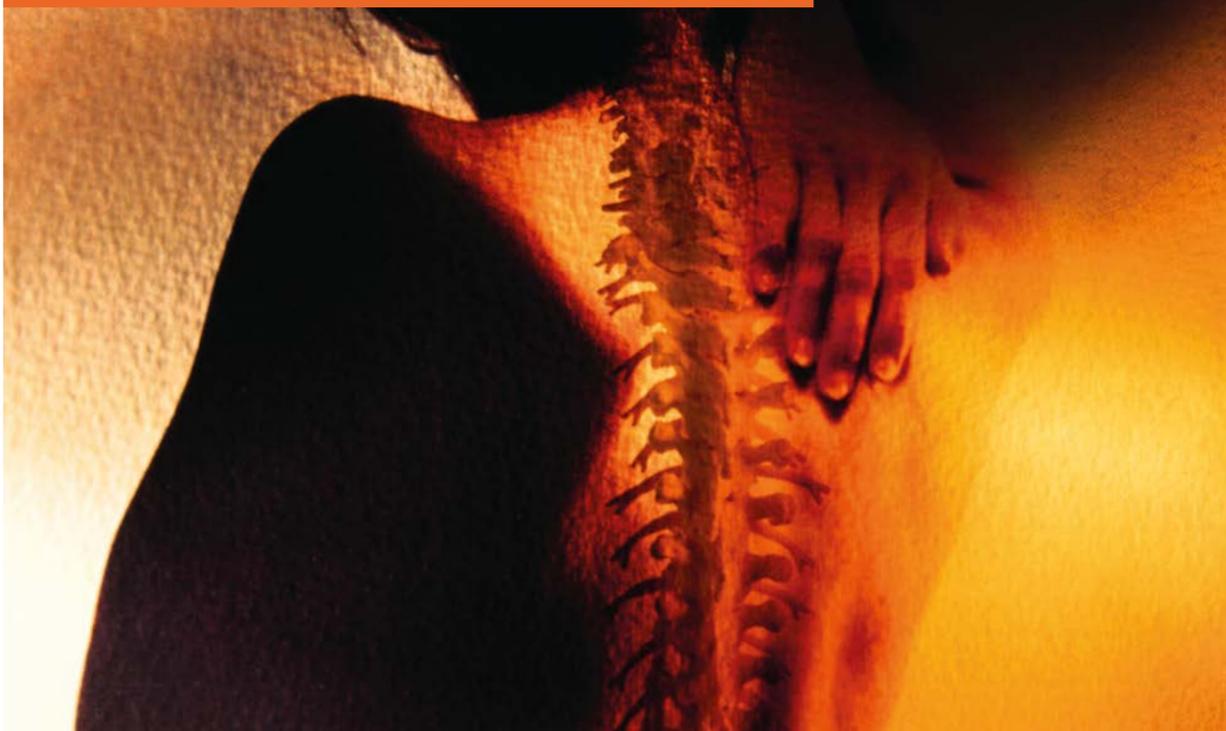
L'analyse des données disponibles confirme que l'activité libérale (ou mixte) des neurochirurgiens sociétaires concerne avant tout le rachis lombaire, loin devant le rachis cervical. Les interventions portant sur le rachis dorsal sont exceptionnelles. La chirurgie du crâne est, nous l'avons vu, pratiquement absente de nos bases

de données. Les quelques réclamations en lien avec cette chirurgie concernent majoritairement des sociétaires hospitaliers intervenus dans le cadre de leur activité privée à l'hôpital.

Cette répartition témoigne des motifs de recours auprès des neurochirurgiens. Ces éléments sont en cohérence avec certaines données HAS de février 2014¹ rappelant que 6 millions de consultations sont réalisées chaque année pour « lombalgie » et que cet item est à l'origine d'un tiers du volume des actes de kinésithérapie, mais aussi la première cause d'invalidité chez les moins de 45 ans.

« SIX MILLIONS DE CONSULTATIONS SONT RÉALISÉES CHAQUE ANNÉE POUR LOMBALGIE. »

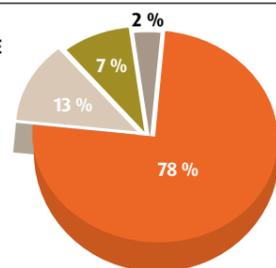
« L'INFECTION POST-OPÉRATOIRE REPRÉSENTE L'ÉVÉNEMENT INDÉSIRABLE LE PLUS FRÉQUENT. »



© DR

RÉPARTITION DES ACTES PAR SEGMENT ANATOMIQUE

- Chirurgie du rachis lombaire
- Chirurgie du rachis cervical
- Chirurgie du crâne
- Chirurgie du rachis dorsal



■ ■ ■ Les patients pris en charge, formulant par la suite des réclamations, étaient porteurs de pathologies discales – le plus souvent des hernies discales – à l'origine de lombalgies mais aussi de sciatalgies, de cruralgies ou de névralgies cervico-brachiales pour le segment cervical.

Cette même étude HAS de 2014 confirme également que 70 % des actes chirurgicaux effectués sur le rachis lombaire étaient justifiés par une lésion discale ou disco-radulaire. Plus précisément, 50 % des actes concernaient une chirurgie de la hernie discale. La pratique des neurochirurgiens

que nous garantissons en responsabilité civile professionnelle est donc conforme de ce point de vue également, témoignant du respect des indications.

• Les motifs de réclamation

Schématiquement, les motifs de réclamation des patients au décours d'une chirurgie du rachis concernent :

• **Les suites de hernies discales lombaires :** au travers des réclamations adressées, les patients font état d'aggravations post opératoires des lombalgies mais également d'aggravations ou de récurrences de radiculalgies. Il est également noté des lésions de voisinage (vaisseaux, dure-mère ou

organes voisins). Dramatique, la survenue d'un syndrome de la queue de cheval, le plus souvent en relation avec un hématome épidual, déclenche de façon quasi systématique une réclamation, de par l'importance des conséquences fonctionnelles induites.

- **Les suites d'arthrodèses et/ou d'ostéosynthèses :** les suites de ces gestes motivent régulièrement des réclamations, les patients évoquant une aggravation de la symptomatologie algique lombaire ou des radiculalgies, mais surtout un sentiment de « résultats insuffisants », ce qui renvoie au niveau d'attente des patients. Enfin, de rares cas de rupture de matériel conduisent également à des réclamations.
- **La survenue d'infections** du site opératoire ou plus rarement de **spondylodiscites**, nécessitant des reprises chirurgicales mais aussi de longs traitements antibiotiques.
- De manière plus anecdotique, des réclamations peuvent concerner **des oublis de compresses**, la survenue

de méningocèles ou diverses complications per opératoires telles des ruptures de matériel.

- À noter que les réclamations pour erreurs ou retards de diagnostic, si elles existent, restent exceptionnelles dans nos bases.

Le risque médico-légal neurochirurgical concerne essentiellement la chirurgie rachidienne lombaire et plus précisément les pathologies disco vertébrales, les patients alléguant des suites considérées comme compliquées ou présentant un différentiel entre leurs attentes et le résultat obtenu.

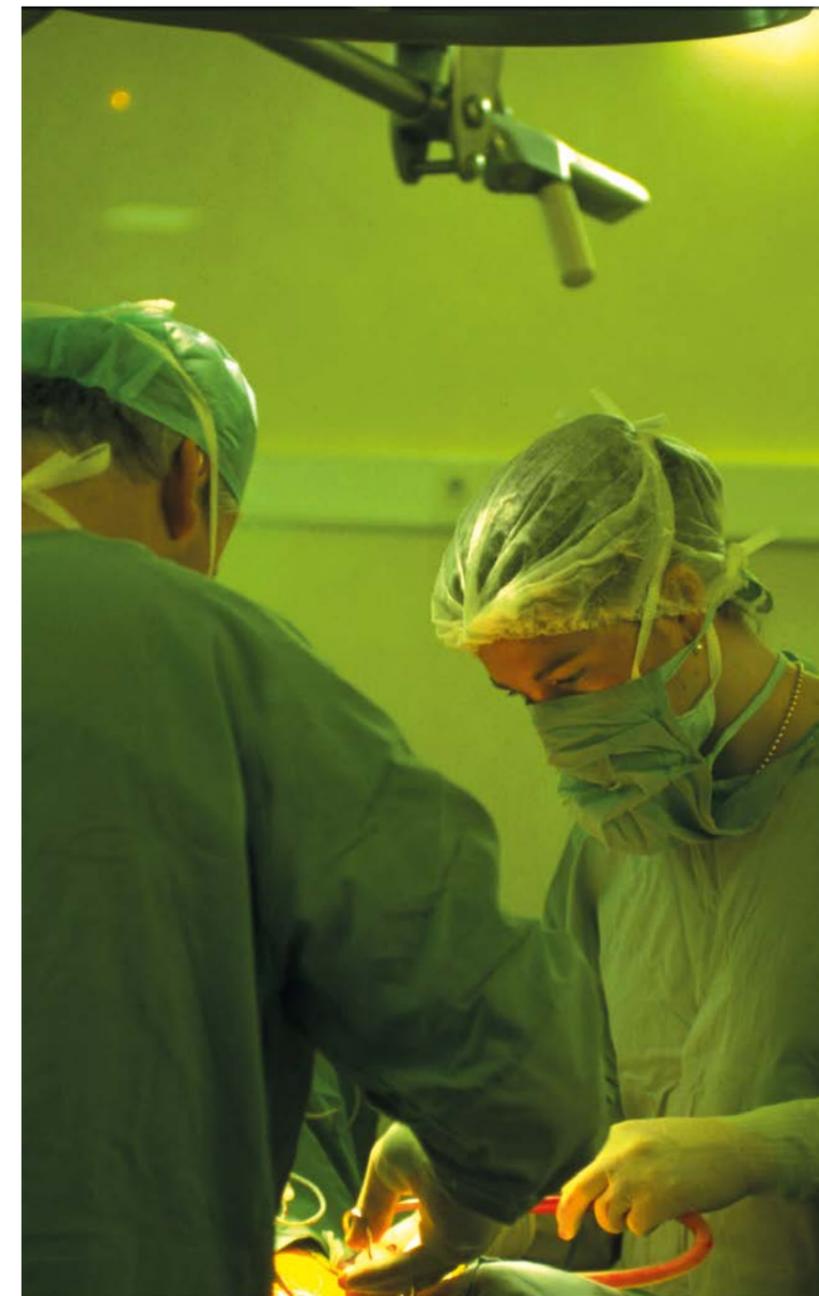
• Le mode de réclamation

De façon préférentielle (52 %), les réclamations sont portées devant les CCI (Commissions de Conciliation et d'Indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales). Les patients n'ont recours à la voie judiciaire (civile ou administrative) que dans 28 % des cas, les demandes indemnitaires amiables ne représentant, quant à elles, que 14 % des réclamations.

• Les conclusions expertales

À la lecture des différents rapports d'expertise (judiciaire ou CCI), la grande majorité des prises en charge (68 %) est considérée comme conforme aux règles de l'art, tant dans l'indication que la réalisation technique ou le suivi. Néanmoins, dans certains dossiers, les experts pointent du doigt des difficultés, de niveau variable, dans la prise en charge ou le suivi des complications per opératoires, elles-mêmes considérées comme « non fautives ».

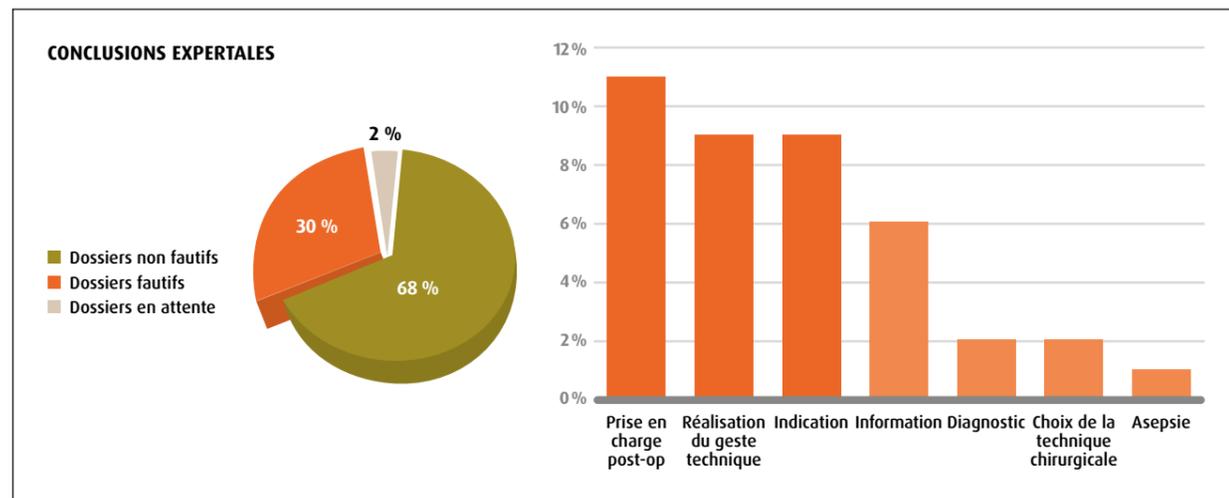
Sans réelle surprise, l'infection post opératoire représente l'événement indésirable le plus fréquent, d'un niveau de gravité variable (de la simple infection de cicatrice ou de paroi à la spondylodiscite). Il convient de préciser que la survenue d'une infection post opératoire engage en premier lieu la responsabilité de l'établissement où a été réalisé le geste opératoire, celle du neurochirurgien n'étant évoquée que dans la gestion du risque infectieux et surtout la prise en charge de cette infection.



© DR

Enfin, nous constatons qu'un éventuel défaut d'information n'est que rarement retenu lors des expertises alors que cet item est très fréquemment mis en avant par les patients lors des réclamations initiales, parallèlement aux reproches évoqués précédemment. Sans doute faut-il y voir un effet positif des actions entreprises par les sociétés savantes neurochirurgicales, mais aussi l'intégration de cette phase d'information dans la pratique quotidienne

des neurochirurgiens. Pour aller plus loin dans cette analyse, de manière synthétique, les reproches des experts portent avant tout (et de manière décroissante) sur la prise en charge post opératoire, la survenue d'une défaillance technique per opératoire, une indication opératoire discutée (et discutable) puis des défauts d'information, un retard au diagnostic et enfin des lacunes dans les protocoles d'asepsie. ■ ■ ■



Ces éléments permettent de confirmer la qualité des gestes techniques réalisés, dans le cadre d'indications opératoires validées le plus souvent. Les interfaces et le suivi post-opératoire constituent en revanche des zones de faiblesse médico-légale, devant conduire à développer des actions de gestion de ces risques.

➤ Quelles sont les situations à risque ?

Au-delà de ces considérations, il paraît utile de s'intéresser à quelques situations médico-légales, impactantes de par leurs conséquences humaines ou en termes de retentissement assurantiel mais également de par les actions de gestion des risques envisageables.

• Les hématomas épuraux

Avec un taux de survenue de l'ordre de 0,2 à 1 %, unanimement admis par

tous les auteurs, l'hématome épuraux (ou extradural) représente donc un événement indésirable rare dans la pratique neurochirurgicale, faisant

suite dans nos séries à une chirurgie du rachis lombaire pour hernie discale le plus souvent. Les experts s'accordent sans difficulté pour reconnaître que cette complication ne relève pas d'un manquement

technique ou d'un manque de maîtrise du geste opératoire. Par contre, des débats d'experts voient régulièrement le jour en ce qui concerne le délai « conforme » de reprise opératoire, la bibliographie habituellement produite se contentant d'indiquer « dans les meilleurs délais ». En effet, si la découverte de ces hématomes conduit à une reprise chirurgicale, force est de constater que les discussions expertales portent sur la **bonne gestion de cette complication non fautive**. L'interprétation des premiers troubles neurologiques dans un contexte post-opératoire précoce est souvent sujette à discussion, tout comme le délai à la réalisation d'un bilan d'imagerie mais aussi et surtout le délai à réintervenir pour évacuer cet hématome. L'importance des séquelles fonctionnelles au décours de telles complications (notamment les syndromes de la queue de cheval) explique le nombre de réclamations en ce sens. Du point de vue de la gestion des risques, on perçoit parfaitement l'importance des **conseils de**

« LORSQUE LE RÉSULTAT FONCTIONNEL N'EST PAS À LA HAUTEUR DES ATTENTES, IL EXISTE UNE SITUATION PROPICE AUX RÉCLAMATIONS, CRÉANT UN CONTEXTE MÉDICO-LÉGAL FRAGILE. »

surveillance post opératoire qui sont de la responsabilité du chirurgien, de la **réactivité** nécessaire au moindre signe anormal mais surtout de la nécessité

d'une organisation des soins permettant la bonne prise en charge de ces complications. Le neurochirurgien est certes l'opérateur mais il n'est qu'un des éléments intervenant dans la gestion de ces hématomes épuraux.

• L'escalade thérapeutique

La grande majorité des actes chirurgicaux porte sur le rachis lombaire et concerne des pathologies discales responsables de gêne fonctionnelle handicapante chez tous les patients mais surtout chez ceux relativement jeunes dont les attentes sont souvent importantes, surtout si le contexte professionnel est difficile. Les indications sont le plus souvent parfaitement motivées, mûrement pesées. En revanche, il n'est pas rare d'assister, en seconde intention, à des reprises chirurgicales complémentaires plus lourdes, associant la pose de matériels d'arthrodèse et/ou d'ostéosynthèse, avec plus spécialement mise en place de cages intersomatiques de types divers et aujourd'hui de prothèses discales. Si le résultat chirurgical peut être excellent, les conséquences fonctionnelles sont parfois plus difficiles à appréhender, les patients les plus demandeurs étant aussi les plus soucieux de leur intégrité physique (patients se considérant en grande forme sur le plan physique et sportif). Lorsque le résultat fonctionnel n'est pas à la hauteur des attentes, aussi subjectives soient-elles, notamment du point de vue de l'aptitude à la reprise des activités professionnelles et de loisirs, il existe alors une situation propice aux réclamations, créant ainsi un contexte médico-légal fragile. On voit bien l'importance à ce stade de peser les indications opératoires mais surtout de délivrer une information la plus rigoureuse possible, non seulement sur les conditions de réalisation du geste mais aussi sur les **attendus probables de la chirurgie**,

notamment du point de vue professionnel. Ces précautions doivent prévaloir tout au long de la prise en charge du patient, notamment lorsque plusieurs gestes chirurgicaux sont envisagés successivement.

• **La gestion des complications infectieuses** Malgré toutes les précautions et mesures d'asepsie, des complications infectieuses peuvent survenir au décours d'un acte chirurgical portant sur le rachis. Fort heureusement, il ne s'agit le plus souvent que de complications infectieuses superficielles d'évolution favorable sous traitement antibiotique adapté. Dans de rares cas, ces complications s'expriment sous la forme d'une spondylodiscite dont le diagnostic

est parfois plus compliqué, l'imagerie mais aussi la biopsie prenant toute leur importance. Le rôle du neurochirurgien est primordial dans le diagnostic mais aussi le traitement de ces complications infectieuses. Si celles-ci concernent avant tout la responsabilité de la structure de soins, la bonne gestion de cette infection relève avant tout du neurochirurgien, lequel aura le bon réflexe médico-légal de se méfier de l'usage des corticoïdes (surtout à doses élevées, surtout de façon prolongée et même en toutes circonstances), car c'est une cible qui est systématiquement évoquée lors des expertises), en sollicitant un avis infectiologique, et organisera le suivi de manière consciencieuse mais aussi parfaitement tracée.

Pour conclure, l'activité des neurochirurgiens assurés par MACSF - Le Sou Médical concerne essentiellement la pathologie discale du rachis lombaire, cette chirurgie fonctionnelle pouvant conduire à des réclamations significatives. L'analyse des conclusions expertales confirme le haut niveau technique délivré par nos sociétaires, ainsi qu'une bonne maîtrise des questions portant sur l'information. Les complications infectieuses constituent le premier motif de réclamation. Des voies d'amélioration existent en ce qui concerne la gestion des complications, lesquelles ne sont pas considérées comme relevant de faute ou de manquement, le plus souvent. ■

Le point de vue de l'expert : Pr Georges Fischer

Thierry HOUSELSTEIN : Professeur FISCHER, vous êtes neurochirurgien, expert honoraire auprès de la Cour de cassation. Quelles réflexions vous inspirent ces quelques constats, notamment quant aux pathologies prises en charge par vos confrères ?

Professeur Georges FISCHER : La proportion de 78 % de pathologies du rachis lombaire prises en charge par les chirurgiens du secteur libéral tient tout simplement à l'évolution des pratiques neurochirurgicales qui a vu l'émergence d'une spécialité neuro-orthopédique réalisée par les neurochirurgiens, lesquels ont vu le champ de leur activité crânienne se restreindre considérablement, et par des chirurgiens orthopédistes qui se sont spécialisés dans la chirurgie du rachis.

➤ **TH :** Vous intervenez régulièrement aux côtés de nos sociétaires neurochirurgiens lors d'expertises judiciaires ou CCI. Quelle est votre lecture des reproches parfois formulés par les experts notamment en ce qui concerne la gestion des complications post opératoires ?

Pr GF : Les reproches des experts portent :
• **très souvent sur un manque allégué d'information**, même si celui-ci n'est pas toujours retenu, car les experts ne concluent pas toujours de façon très claire ;

• **habituellement sur la surveillance post-opératoire et la prise en charge diagnostique et thérapeutique des hématomes surtout intrarachidiens et des syndromes de la queue de cheval post-opératoires ;**

« LE SEUL AXE D'AMÉLIORATION PROPOSABLE PEUT TENIR EN DEUX MOTS : RÉACTIVITÉ ET TRAÇABILITÉ. »

• **très peu sur les problèmes opératoires techniques**, sauf pour des raisons évidentes et alors non contestables, comme par exemple un abord postérieur pour une hernie discale dorsale, choix qui comporte pratiquement 100 % de chances d'entraîner une paraplégie post-opératoire immédiate ;
• **très rarement sur l'indication opératoire.**

➤ **TH :** Peut-on identifier des axes d'amélioration ? Avez-vous quelques recommandations à proposer ?

Pr GF : Le seul axe d'amélioration possible peut tenir en deux mots : **réactivité et traçabilité.**

Un déficit neurologique post-opératoire précoce ou d'installation rapide est une **vraie urgence**. C'est la clinique qui compte

et si l'hématome n'est pas très volumineux, on n'aura pas, le plus souvent, à regretter d'être réintervenir. Il ne sera en effet jamais reproché de réintervenir même sans imagerie lorsque la menace est cliniquement avérée.

Un hématome en voie de constitution implique de pratiquer une imagerie au moindre doute dès que la clinique est tant soit peu évocatrice de suspicion d'hématome, avec en corollaire la nécessité d'intervenir dès que le diagnostic d'**hématome compressif** est affirmé. On sait qu'il y a toujours un peu de sang ou quelques traces hématisées au niveau du site opératoire décelable(s) par une bonne imagerie.

Toute attitude attentiste, toute reprise différée, ne pourra être valablement défendue en expertise que si elle est **motivée et parfaitement tracée dans le dossier médical**. Les chirurgiens doivent le savoir et en être conscients, l'impact du dossier infirmier prend alors une valeur décisive. Cet impact est souvent salvateur, mais dans quelques cas il faut s'en méfier car il peut être accablant si le dossier médical ne comporte aucun élément justifiant une réticence ou une abstention thérapeutique ou, pire, si rien n'est tracé ni dans le dossier infirmier ni dans le dossier médical. ■ ■ ■

■ ■ ■ **TH** : La question de l'information semble être bien appréhendée par les neurochirurgiens. Est-ce également votre expérience d'expert ?

Pr GF : Le constat actuel est que l'information est bien mieux appréhendée aujourd'hui que par le passé et très habituellement normalement délivrée par les chirurgiens qui sont davantage conscients du risque médico-légal.

En revanche, un défaut d'information est pratiquement toujours évoqué en expertise. La qualité de cette information est souvent âprement discutée, avec plus ou moins de bonne foi de la part des parties. En définitive, les experts qui n'arrivent pas à trancher ni dans un sens ni dans l'autre ne retiennent pas de défaut d'information formel mais laissent souvent planer un doute, laissant la décision à la juridiction saisie au fond.

La parade des chirurgiens mérite d'être envisagée en amont et avec réalisme.

- **La preuve de l'information peut être apportée par tous moyens** (entretien(s), courrier(s) au médecin traitant et/ou au médecin référent dicté(s) devant le patient, trace de cette information dans le dossier médical du chirurgien, etc.) sans oublier la fiche de consentement éclairé signée par le patient.

- **En réalité la seule information « humaine » digne de ce nom passe par l'entretien singulier** entre le chirurgien et son patient, éventuellement (au cas par cas) en présence de l'entourage et/ou de la personne de confiance. C'est au cours de cet entretien que le chirurgien délivre à son patient les tenants et aboutissants de l'intervention qu'il propose, et lui en explique les risques connus. C'est au cours de cet entretien qu'il doit lui faire part des impondérables mais aussi lui présenter les alternatives possibles dans le respect de l'état de l'art et des bonnes pratiques chirurgicales en temps réel.

- Une telle information honnête normalement délivrée ne prend toute sa valeur médico-légale aux yeux de certains experts, des conseils des parties et de certains magistrats que si elle est complétée par **un document écrit d'information et de consentement éclairé signé de la main du malade.**

- **Les chirurgiens réticents** à cette pratique formelle du document écrit de consentement éclairé se mettent inutilement en difficulté.

- **Dernier cas de figure**, rare mais qui existe : **celui du patient** atteint d'une affection de pronostic sévère (voire sombre à plus ou moins brève échéance) qui court un risque majeur, qui en est conscient et **qui interdit toute information à son entourage familial.**

TH : De votre point de vue de neurochirurgien et d'expert, quelles sont les évolutions majeures ayant marqué la neurochirurgie au cours des dernières années ? Retrouve-t-on ces évolutions sur le plan médico-légal ?

Pr GF : L'évolution majeure de la neurochirurgie, transformée il y a quelques années par les techniques de microchirurgie et de stéréotaxie, est telle que le quotidien des neurochirurgiens est aujourd'hui envahi par la technicité de plus en plus sophistiquée de leur spécialité : neuronavigation, chirurgie endoscopique intracrânienne ou intrarachidienne sans oublier les innovations apportant chaque jour de nouveaux matériels synthétiques ou prothétiques. Ce quotidien sera peut-être encore transformé à l'avenir par les robots neurochirurgicaux.

L'évolution médico-légale s'est progressivement adaptée mais de façon retardée car les innovations technologiques reposent toujours obligatoirement pendant quelques années sur l'état de la science avant d'être reconnues par les évaluations, les accréditations, les recommandations émanant d'abord des sociétés savantes puis des institutions officielles.

Parallèlement les exigences des patients, plus ou moins bien informés par les moyens à leur disposition, sont telles que les neurochirurgiens ressentent aujourd'hui le besoin de s'entourer, à défaut d'une bonne dose de sérénité, de mesures de sécurité qui leur sont fournies partiellement par les protocoles de leur spécialité, les Réunions de Concertation Pluridisciplinaire (RCP), les staffs médico-chirurgicaux, et surtout le respect des règles en vigueur concernant l'information des patients, leur prise

en charge diagnostique et thérapeutique dont aujourd'hui la traçabilité ne peut plus être éludée.

TH : Selon vous, quels sont les points d'attention concernant les pratiques chirurgicales

actuelles ou en devenir ?

Pr GF : Les neurochirurgiens sont chaque jour un

« LE QUOTIDIEN DES NEUROCHIRURGIENS EST AUJOURD'HUI ENVAHI PAR LA TECHNICITÉ DE PLUS EN PLUS SOPHISTIQUÉE DE LEUR SPÉCIALITÉ. »

peu plus techniciens (microchirurgie, neuro-navigation, endoscopie, stéréotaxie, etc.). Les points essentiels de vigilance dans leur pratique chirurgicale de tous les jours restent sans surprise :

- **l'information** concernant les risques encourus sans occulter les stratégies alternatives possibles aussi bien en chirurgie crânienne qu'en chirurgie rachidienne ;
- **la traçabilité** du début à la fin de la prise en charge et la parfaite transparence à propos des technologies les plus avancées (endoscopie pour hernie discale dorsale par exemple, technique que possède aujourd'hui un très petit nombre de chirurgiens) ou les plus innovantes qui sont toujours les plus discutées (prothèses discales par exemple) ;
- **les indications** qui risquent à terme d'être plus souvent discutées qu'elles ne le sont actuellement en raison même des limites des techniques les plus lourdes et de celles liées à l'âge sans cesse repoussées concernant l'opérabilité des patients.

Ainsi pourra-t-on voir un jour discutée la pertinence de certaines interventions versus expectative armée sous contrôle d'une surveillance régulière. C'est le cas des tumeurs bénignes découvertes chez des sujets âgés avec un bénéfice escomptable de la chirurgie qui n'est pas toujours valablement apprécié.

Quant au délicat problème des chirurgies itératives chez des sujets dont l'état psychiatrique a été méconnu ou minimisé, on ne peut que rappeler la prudence aux chirurgiens qui cèdent aux injonctions des malades alors que certains d'entre eux sont du seul ressort d'une prise en charge psychiatrique très spécialisée telle qu'on peut le voir dans le syndrome de Münchhausen. ■

1. Pertinence de la chirurgie dans la lombalgie chronique de l'adulte - HAS - février 2014.

La loi du 4 mars 2002 a permis l'indemnisation de l'aléa thérapeutique et l'a mise à la charge d'un organisme public, l'ONIAM, sous plusieurs conditions, parmi lesquelles l'existence d'un « dommage anormal ». Mais que recouvre exactement cette notion, et dans quels cas est-elle retenue par la jurisprudence ?



STÉPHANIE TAMBURINI, JURISTE MACSF
NICOLAS GOMBAULT, DIRECTEUR GÉNÉRAL DU SOU MÉDICAL

L'anormalité du dommage, condition pour l'indemnisation de l'aléa thérapeutique

La notion même d'aléa thérapeutique n'est pas citée par la loi qui ne vise que « l'accident médical ». Ce n'est que sous l'angle de son indemnisation par la solidarité nationale que la loi du 4 mars 2002 a posé un certain nombre de conditions, qui doivent être cumulativement réunies pour ouvrir droit à cette indemnisation.

Parmi ces conditions figure l'anormalité du dommage, elle-même non définie par les textes, notion sans doute la plus complexe et donc la plus sujette à interprétations différentes. C'est dans ce contexte que la jurisprudence en a peu à peu dessiné les contours.

Ces précisions apportées par les magistrats sont fondamentales dans la mesure où elles vont guider les CRCI, ou CCI, pour apprécier au cas par cas les hypothèses dans lesquelles un avis favorable à l'indemnisation au titre de la solidarité

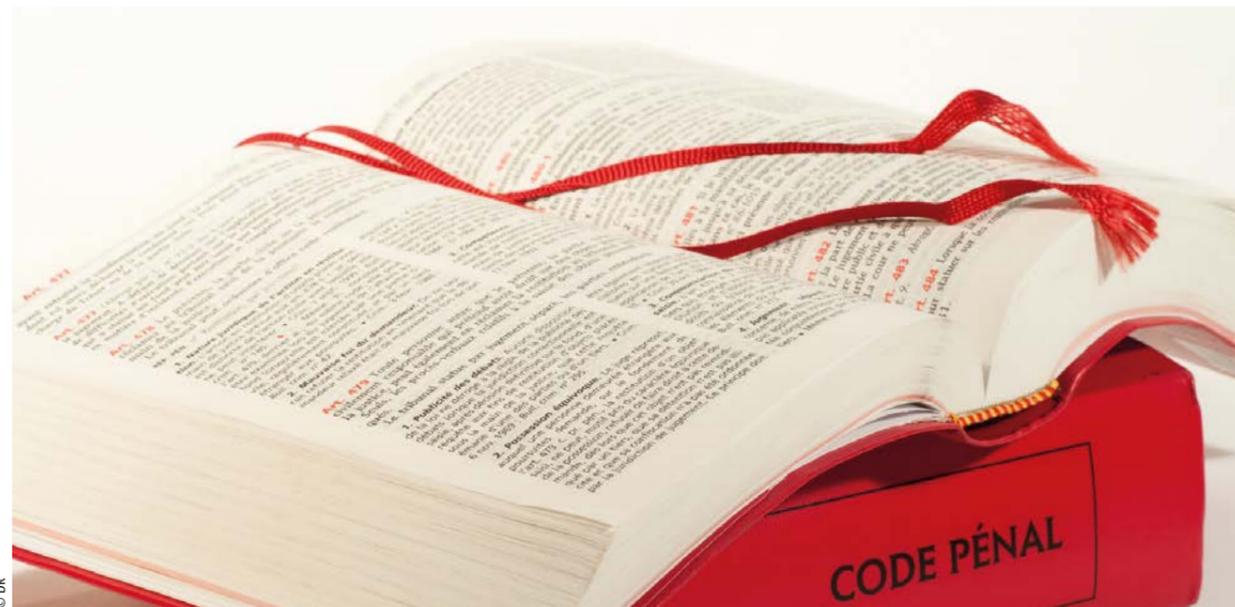
nationale pourra intervenir dans les dossiers dont elles sont saisies. Alors que les CCI avaient en effet majoritairement au départ tendance à considérer comme anormal tout risque exceptionnel, et donc à ne retenir qu'un critère de fréquence, elles doivent à présent motiver leurs avis en fonction de cette évolution jurisprudentielle.

TH Ce que dit la loi : des conséquences anormales au regard de l'état de santé de la victime comme de l'évolution prévisible de celui-ci

C'est l'article L. 1142-1 II du Code de la santé publique (CSP) qui pose les conditions de l'indemnisation d'un accident médical non fautif par la solidarité nationale :

« II. - Lorsque la responsabilité d'un professionnel, d'un établissement, service ou organisme (...) n'est pas engagée, un accident médical, une affection iatrogène ou une infection nosocomiale ouvre droit à la réparation des préjudices du patient, et, en cas de décès, de ses ayants droit au titre de la solidarité nationale, lorsqu'ils sont directement imputables à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins et qu'ils ont eu pour le patient des conséquences anormales au regard de son état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci et présentent un caractère de gravité, fixé par décret, apprécié au regard de la perte de capacités fonctionnelles et des conséquences sur la vie privée et professionnelle mesurées en tenant notamment compte du taux d'atteinte permanente à l'intégrité physique ou psychique, de la durée de l'arrêt temporaire des activités professionnelles ou de celle du déficit fonctionnel temporaire. Ouvre droit à réparation des préjudices au titre de la solidarité nationale un taux d'atteinte permanente à l'intégrité physique ou psychique supérieur à un pourcentage d'un barème spécifique fixé par décret ; ce pourcentage, au plus égal à 25 %, est déterminé par ledit décret. »





© DR

■ ■ ■ Un accident médical non fautif peut donc être indemnisé au titre de l'aléa si :

- il est directement imputable à un acte de prévention, de diagnostic ou de soins ;
- il a eu des conséquences anormales au regard de l'état de santé initial comme de son évolution prévisible ;
- il présente un caractère de gravité.

En posant ces conditions, la loi a entendu limiter l'indemnisation au titre de la solidarité nationale aux coups du sort les plus graves et les plus douloureux.

On remarquera dans un premier temps que ces trois conditions doivent être cumulativement réunies ; ainsi, la gravité d'un dommage ne suffit pas à le faire apprécier comme anormal.

On remarquera en second lieu que la loi impose pour que la solidarité nationale intervienne que l'acte médical ait eu des conséquences anormales ; il ne s'agit donc pas d'un simple critère ayant trait aux risques susceptibles de se manifester puisqu'il s'attache plus à leurs effets.

Enfin, ces conditions excluent toute indemnisation au titre de la solidarité nationale en cas d'échec thérapeutique, lorsque l'acte médical a simplement échoué.

La condition d'anormalité se mesure, selon le texte, par référence à l'état de santé initial de la victime et l'évolution de celui-ci. On pressent donc qu'il va s'agir d'effectuer une comparaison entre l'état de santé initial, l'état de santé constaté après l'accident, mais aussi ce qu'aurait été l'évolution de cet état en l'absence d'accident, voire en l'absence de prise en charge... Déjà complexe dans l'esprit, la notion d'anormalité s'est révélée d'appréhension très délicate dans les faits...

« LA GRAVITÉ D'UN DOMMAGE NE SUFFIT PAS À LE FAIRE APPRÉCIER COMME ANORMAL. »

Fort heureusement, la jurisprudence se précise au fil des années.

➤ Pour le juge civil : une comparaison entre l'évolution prévisible de l'état de santé et le risque qui s'est réalisé

La Cour de cassation a commencé par affirmer que la gravité des conséquences de l'accident ne rime pas avec leur anormalité.

Ainsi, un arrêt de la Cour de cassation du 2 juillet 2014 a considéré que « les conséquences, aussi graves qu'elles soient, de l'acte de soins ne présentaient pas de caractère anormal au regard de l'état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci au sens de l'article L. 1142-1, II du Code de la santé publique et, dès lors, l'indemnisation du dommage subi ne relevait pas de la solidarité nationale ». En l'espèce, le risque

qui s'est réalisé, connu du corps médical et redouté dans ce type d'intervention, était moins grave que le risque encouru en cas d'abstention, c'est-à-dire l'évolution vers une hypertension artérielle constituant un risque mortel.

Un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 27 février 2015 est encore plus précis : « L'appréciation du caractère anormal des conséquences de l'acte de soins doit être portée en opérant une comparaison entre l'état du patient et son évolution prévisible, d'une part, et le risque survenu, d'autre part, et en s'interrogeant sur le niveau de risque que présentait l'intervention et sur l'évolution de l'état de santé du patient à défaut de réalisation du geste médical. Doivent être pris en compte, dans la détermination du caractère anormal des dommages subis, le caractère indispensable de l'acte chirurgical lié à l'espoir d'amélioration de l'état du malade et le niveau de risque de l'intervention au regard de l'état antérieur du patient et de son exposition particulière aux complications

qui sont survenues ». La Cour d'appel de Paris a confirmé cette approche dans un arrêt du 15 mai 2015.

Enfin, la Cour de cassation a rappelé dans un arrêt du 4 février 2015 que les dispositions de l'article L. 1142-1, II du CSP n'exigent pas que l'état antérieur soit la cause unique, ni même déterminante du dommage, pour rejeter le caractère anormal des conséquences de l'acte. Le seul fait que l'état antérieur ait contribué à la réalisation du dommage peut suffire à faire considérer que les conséquences ne sont pas anormales.

➤ Pour le juge administratif : des conséquences notablement plus graves que celles auxquelles le patient aurait été exposé de manière suffisamment probable en l'absence de traitement, et à défaut, la survenance d'un dommage présentant une probabilité faible

Par deux arrêts du 12 décembre 2014, particulièrement motivés, le Conseil d'État a précisé les critères permettant de mieux cerner cette notion de conséquences anormales, en énonçant le principe suivant :

« La condition d'anormalité du dommage doit toujours être regardée comme remplie lorsque l'acte médical a entraîné des conséquences notablement plus graves que celles auxquelles le patient était exposé de manière suffisamment probable en l'absence de traitement. Lorsque les conséquences de l'acte médical ne sont pas notablement plus graves que celles auxquelles le patient était exposé par sa pathologie en l'absence de traitement, elles ne peuvent être regardées comme anormales, sauf si, dans les conditions où l'acte a été accompli, la survenance du dommage présentait une probabilité faible ; ainsi, elles ne peuvent être regardées comme anormales au regard de l'état du patient lorsque la gravité de cet état a conduit à pratiquer un acte comportant des risques élevés, dont la réalisation est à l'origine du dommage ».

« LE CONSEIL D'ÉTAT A PRÉCISÉ LES CRITÈRES PERMETTANT DE MIEUX CERNER CETTE NOTION DE CONSÉQUENCES ANORMALES. »

La première affaire (n° 355052), concernait un homme atteint de tétraplégie entraînant une AIPP de 60 % après une intervention destinée à traiter une hernie discale C4-C5 qui ne lui occasionnait que des douleurs, un déficit modéré d'un bras et une gêne légère à la marche. Le Conseil d'État a considéré la condition d'anormalité du dommage comme remplie, car « la gravité du handicap est sans commune mesure avec l'état initial (...) et il n'existait pratiquement aucun risque, en l'absence

Le Conseil d'État détaille ainsi trois situations qui peuvent être résumées sur le tableau suivant :

GRAVITÉ DES CONSÉQUENCES	PROBABILITÉ DE SURVENANCE DU RISQUE EN L'ABSENCE DE TRAITEMENT	ANORMALITÉ
Si conséquences de l'acte médical > (notablement) conséquences d'une absence de traitement	Forte ou faible	OUI
Si conséquences de l'acte médical < conséquences d'une absence de traitement	Forte	NON
Si conséquences de l'acte médical < conséquences d'une absence de traitement	Faible dans les conditions dans lesquelles l'acte a été accompli	OUI

d'intervention, de voir la hernie discale (...) évoluer vers une tétraparésie ». « La gravité de l'état du patient tel qu'il résultait de l'intervention était sans commune mesure avec celle de l'état qui aurait été le sien si elle n'avait pas été pratiquée ».

Dans la seconde affaire (n° 365211), il s'agissait d'une femme en coma diabétique, intubée en urgence au cours d'un transfert vers un centre hospitalier, qui présente dans les suites de ce geste une sténose laryngée à l'origine de difficultés respiratoires, de phonation et de déglutition. Tout en énonçant le même principe que dans la première affaire, le Conseil d'État retient, à l'inverse, l'absence d'anormalité : « L'intubation, pratiquée in extremis, présentait un caractère vital eu égard à l'état de coma diabétique » et « la complication survenue, bien qu'exceptionnelle, est favorisée par divers facteurs, tenant en particulier aux conditions d'intervention en urgence lorsque le pronostic vital est engagé ». « La cour a ainsi fait apparaître que les conséquences de l'intubation n'étaient pas plus graves que celles auxquelles la patiente était exposée par sa pathologie » et que « le risque de sténose laryngée (...) revêtait, en principe, un caractère exceptionnel mais il en était autrement dans les circonstances de l'espèce, compte tenu notamment du fait qu'il avait dû être pratiqué en urgence ».

Le Conseil d'État a posé dans ces décisions de principe deux critères différents permettant de caractériser l'anormalité.

L'anormalité sera tout d'abord constituée à chaque fois que les conséquences de l'acte seront notablement plus graves que celles auxquelles le malade était exposé en l'absence de traitement. Ce critère repose sur le principe sous-jacent selon lequel l'état du patient ne doit pas être aggravé par l'acte médical, à partir d'une appréciation concrète, individualisée.

Dans ce cas, il n'y a pas lieu de prendre en compte la fréquence du risque de complication lié à l'acte médical pratiqué.

Le deuxième critère de l'anormalité peut être invoqué lorsque les circonstances du premier ne sont pas réunies ; il tient au contraire dans la considération de la fréquence du risque de complication dans la mesure où il convient de démontrer que le risque qui s'est manifesté intervient avec une probabilité faible.

■ ■ ■ Enfin, par un **arrêt du 15 avril 2015**, le Conseil d'État a apporté une précision complémentaire, dans une affaire concernant d'importantes complications dans les suites d'une gastroplastie avec mise en place d'un anneau gastrique. Il reprend l'attendu de principe des arrêts du 12 décembre 2014, mais précise que le fait que les troubles consécutifs à l'accident ne soient pas notablement plus graves que ceux auxquels la patiente aurait été exposée en l'absence de traitement de son obésité, ne suffit pas : encore faut-il vérifier la probabilité du risque survenu : « *Toutefois, une telle circonstance n'était pas, à elle seule, de nature à exclure un droit à réparation au titre de la solidarité nationale ; qu'en rejetant les conclusions tendant à une indemnisation par l'ONIAM sans vérifier que le dommage ne résultait pas de la réalisation d'un risque de l'intervention présentant une faible probabilité, la cour a commis une erreur de droit* ».

Cet arrêt rappelle l'importance d'évaluer la fréquence statistique du risque lorsqu'il est considéré que les conséquences de l'acte ne sont pas notablement plus graves que les conséquences d'une abstention.

➤ Une incertitude demeure : qu'entend-on par conséquences « notablement » plus graves ?

D'après le principe posé par le Conseil d'État, il ne suffit pas que les conséquences de l'acte soient plus graves que l'abstention pour caractériser l'anormalité ; il faut qu'elles soient « notablement » plus graves, donc de façon plus marquée, plus considérable. Mais dans quelle mesure ?

La jurisprudence précisera certainement cette notion dans l'avenir, comme elle a commencé à le faire avec, par exemple, un arrêt de la Cour administrative d'appel de Bordeaux du 5 mai 2015.

Dans cette affaire, dans laquelle une patiente avait subi une ostéotomie trans-pédiculaire L4 nécessitant une reprise chirurgicale et était restée atteinte d'un syndrome de la queue de cheval partiel, la Cour administrative d'appel indique qu'il résulte du rapport d'expertise que, du fait de son état antérieur, la patiente était atteinte « *d'une incapacité permanente partielle évaluée à 30 % et que du fait des séquelles des deux interventions chirurgicales, ce taux est passé à 80 % ; que cette augmentation considérable du taux d'invalidité révèle le caractère anormal des séquelles de l'aléa thérapeutique* ».

La Cour considère que le dommage consécutif aux interventions est « sans commune mesure » avec l'état qui aurait été celui de la patiente en l'absence de traitement.

C'est donc le différentiel de 50 % entre les taux d'AIPP (en l'absence d'intervention et du fait de l'intervention) qui révèle le caractère notablement plus grave des conséquences de l'acte et, donc, l'anormalité du dommage.

Quant à la Cour administrative d'appel de Marseille, elle a déduit l'anormalité de la période d'incapacité subie par la victime (neuf mois au lieu de trois mois en l'absence de toute complication), dans un **arrêt du 4 juin 2015**.

Sans qu'il puisse en être tiré de conclusions objectives sur la notion de « conséquences notablement plus graves », ces arrêts révèlent peut-être quels pourraient être les critères d'appréciation.

Précisons que la jurisprudence retient comme référence pour comparer l'état du patient après l'acte, celui dans lequel il se serait trouvé s'il n'avait pas reçu le traitement

ou l'acte médical pratiqué (abstention thérapeutique). Ce faisant, les magistrats ont décidé de ne pas retenir, pour procéder à cette comparaison, le résultat auquel on pouvait légitimement s'attendre du fait de l'acte médical, son bénéfice attendu. Cela aurait néanmoins pu être le cas dans certaines hypothèses. Lorsqu'à titre d'exemple une intervention de la cataracte est pratiquée, ou lorsqu'une prothèse totale de hanche est posée, la comparaison aurait pu être réalisée avec l'acuité visuelle attendue ou la faculté de se mouvoir habituellement retrouvée.

Reste à déterminer à quel moment il convient de comparer l'état de santé du patient après l'acte et l'état dans lequel il se serait trouvé en cas d'abstention thérapeutique : à un an, cinq ans, dix ans ? Le Conseil d'État n'a pas apporté de précisions.

On regrettera pour terminer que le Conseil d'État et la Cour de Cassation n'aient pas exactement la même conception de l'anormalité. Les mêmes conséquences d'un même acte médical pourraient être considérées anormales par un ordre de juridiction et normales par l'autre. ■



« LA JURISPRUDENCE RETIENT COMME RÉFÉRENCE POUR COMPARER L'ÉTAT DU PATIENT APRÈS L'ACTE, CELUI DANS LEQUEL IL SE SERAIT TROUVÉ S'IL N'AVAIT PAS REÇU LE TRAITEMENT OU L'ACTE MÉDICAL PRATIQUÉ. »

Les plaintes pénales déposées à l'encontre des professionnels de santé pour agression sexuelle constituent pour eux une épreuve et revêtent des enjeux multiples, qu'ils soient poursuivis à tort ou à raison pour des pratiques douteuses dans le cadre de leur exercice.



© ZGM
RAPHAËL ALLART, MANAGER SINISTRES MACSF, DIRECTION DU RISQUE MÉDICAL ET DE LA PROTECTION JURIDIQUE

Les plaintes déposées à l'encontre des professionnels de santé pour agression sexuelle

Ces plaintes peuvent avoir un impact en termes d'image et de réputation, notamment lorsque la presse s'en fait l'écho.

Par ailleurs, une cessation d'activité, temporaire ou définitive, peut être ordonnée dès le début de l'enquête et jusqu'au prononcé du jugement.

Enfin, le professionnel de santé mis en cause risque l'incarcération, compte tenu des sanctions lourdes prévues pour réprimer ces faits qui, pour certains, peuvent être qualifiés de crime.

Les répercussions psychologiques d'une procédure judiciaire, souvent longue, sont très importantes.

Dans ces conditions, quels faits peuvent être reprochés au praticien ? Comment peut-il s'en défendre et quelle attitude doit-il adopter pour éviter une nouvelle plainte ?

➤ Des comportements lourdement sanctionnés par le code pénal

La relation professionnel de santé/patient nécessite de réaliser des actes qui, s'ils sont généralement conformes à l'exercice des professionnels de santé, peuvent parfois engendrer une plainte pénale à leur encontre.

L'auscultation, la palpation, le massage, le toucher, le questionnement sur la vie intime, l'examen visuel, le déshabillage,

l'installation dans des positions particulières relèvent pourtant de pratiques habituelles et encadrées.

Alors que reproche-t-on aux soignants ?

Précisément, un acte intentionnel à caractère sexuel déconnecté de l'acte de diagnostic ou de soin, un geste inadapté, déplacé, contraire aux bonnes pratiques médicales.

Il peut s'agir d'attouchements de nature sexuelle, de caresses, de massages dénués de tout caractère thérapeutique, du fait d'ôter des vêtements sans prévenir le patient ou de tenir des propos déplacés à connotation sexuelle.

Ces agissements sont réprimés sévèrement par le Code Pénal qui définit l'agression sexuelle comme « toute atteinte sexuelle commise avec violence, contrainte, menace ou surprise » (article 222-22 du code pénal).

Deux infractions permettent de qualifier ces atteintes sexuelles : d'une part un crime – le viol – d'autre part un délit, constitué par les autres agressions sexuelles.

« CES AGISSEMENTS SONT RÉPRIMÉS SÉVÈREMENT PAR LE CODE PÉNAL QUI DÉFINIT L'AGRESSION SEXUELLE COMME "TOUTE ATTEINTE SEXUELLE COMMISE AVEC VIOLENCE, CONTRAINTE, MENACE OU SURPRISE". »



Concernant le viol, l'article 222-23 du Code Pénal dispose que « *tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui par violence, contrainte, menace ou surprise est un viol. Le viol est puni de quinze ans de réclusion criminelle* ».

Quant aux autres agressions sexuelles, l'article 222-27 du Code Pénal prévoit que « *les agressions sexuelles autres que le viol sont punies de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende* ».

Le professionnel de santé est, par ailleurs, susceptible de voir sa peine alourdie du fait de deux circonstances aggravantes : lorsque les faits sont commis par une personne qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions ou sur une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, ■ ■ ■

■ ■ ■ à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de l'auteur.

➤ Une défense reposant sur la justification des examens réalisés

Il appartient à la justice d'établir l'exactitude des faits reprochés au professionnel de santé.

Une enquête menée par les services de police ou de gendarmerie, sous la direction du procureur de la République, déterminera la suite judiciaire de l'affaire : abandon des poursuites, saisine d'un juge d'instruction ou renvoi auprès d'un tribunal.

« IL APPARTIENDRA À L'AVOCAT DE CONSEILLER UTILEMENT LE PROFESSIONNEL DE SANTÉ SUR LA MEILLEURE STRATÉGIE À ADOPTER POUR RÉFUTER TOUT CARACTÈRE SEXUEL DE L'ACTE ET ÉTABLIR L'ABSENCE D'INTENTION D'ABUSER DU PATIENT CONTRE SA VOLONTÉ. »

Aussi, il semble indispensable, dès la première audition devant les enquêteurs, d'être assisté par un avocat, ce d'autant plus que, depuis la loi du 27 mai 2014, ce droit, initialement prévu pour la personne gardée à vue, est désormais étendu au cas d'audition libre.

L'article 61-1 du code de procédure pénale, issu de cette même loi, prévoit que « la personne à l'égard de laquelle il existe des raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction ne peut être entendue librement sur ces faits qu'après avoir été informée du droit de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui sont posées ou de se taire ».

Il appartiendra à l'avocat de conseiller utilement le professionnel de santé sur la meilleure stratégie à adopter pour d'une part, réfuter tout caractère sexuel de l'acte et, d'autre part, établir l'absence d'intention d'abuser du patient contre sa volonté.

Généralement, une expertise psychologique de la plaignante ou du plaignant aura été ordonnée pour vérifier la crédibilité de ses déclarations et abandonner ainsi

toute poursuite si la personne est reconnue mythomane, souffrant de délires érotomaniaques, dépressive, affabulatrice ou motivée uniquement par l'intention de nuire.

Une expertise médicale de la personne poursuivie est par ailleurs obligatoire (article 706-47-1 du Code de procédure pénale).

Au besoin, une expertise technique en situation ou sur planche anatomique permettra d'établir si le professionnel de santé a appliqué la procédure et la technique spécifique à son intervention, et ainsi, le cas échéant, expliquer un geste mal compris par la victime.

L'absence de signalement à l'Ordre ou de plainte similaire antérieure ainsi qu'une pratique sanctionnée par un diplôme et fondée sur les données acquises de la science sont autant d'arguments à faire valoir.

Enfin, le maintien de déclarations précises et circonstanciées lors des auditions et confrontations, dès lors qu'elles ne varient pas au long de la procédure, concourra à la défense du professionnel de santé pour lequel le doute doit profiter face aux seules accusations du plaignant, conformément à l'article préliminaire du code de procédure pénale qui édicte que « toute personne suspectée ou poursuivie est présumée innocente tant que sa culpabilité n'a pas été établie ».

➤ Quelques clés pour éviter une nouvelle plainte ultérieure

Établir une communication précise et de qualité avec le patient peut lever les incompréhensions à l'origine de certaines plaintes.

Le viol ou l'agression sexuelle ne sont constitués que dans la mesure où l'auteur

a été conscient d'imposer à la victime des attouchements non désirés par elle.

Cette absence de consentement résulte notamment de tout moyen de contrainte ou de surprise.

Aussi, il est indispensable d'expliquer, d'informer, de prévenir et de demander l'accord du patient lorsqu'une partie intime de son corps fait l'objet d'un examen ou de soins.

L'acte médical ne doit pas être équivoque. Expliquer un geste, demander l'autorisation d'ôter un vêtement, utiliser des gants lors d'examens gynécologiques, ne pas se montrer excessivement familier ne peuvent que contribuer à améliorer la relation avec le patient.

De plus, lorsque l'acte de soin est quelque peu éloigné de la pratique habituelle, telle que la réalisation d'un massage par un médecin plutôt que par un masseur-kinésithérapeute, pouvoir justifier sa compétence par des diplômes ou des qualifications professionnelles est préférable.

Une attention particulière à la compréhension de l'information délivrée est nécessaire pour les patients plus vulnérables tels que les jeunes, les personnes fragiles psychologiquement ou dans un état dépressif.

Enfin, recevoir un membre de la famille pour un patient mineur ou le conjoint qui sollicite des explications peut être nécessaire.

Personne ne peut empêcher quelqu'un de déposer plainte ; pour autant, les plaintes abusives peuvent faire l'objet de poursuites, selon le cas, pour diffamation ou dénonciation calomnieuse. ■

« L'ACTE MÉDICAL NE DOIT PAS ÊTRE ÉQUIVOQUE. »



© A. NICOLI

NADÈGE BERNACKI, MANAGER SINISTRES MACSF, DIRECTION DU RISQUE MÉDICAL ET DE LA PROTECTION JURIDIQUE

VIOLS ET AUTRES AGRESSIONS SEXUELLES - PLAINTES ORDINALES - ARTICULATION DE L'OFFICE DU JUGE DISCIPLINAIRE AVEC CELUI DU JUGE PÉNAL

Par Nadège BERNACKI, Manager sinistres MACSF, Direction du Risque Médical et de la Protection Juridique

Comportement déplacé ou examen médical justifié mais mal expliqué donnant lieu à une interprétation erronée : comment la juridiction ordinale peut-elle trancher et quelles sanctions peut-elle prononcer ?

Veillant au maintien des principes de moralité, de probité, de compétence et de dévouement indispensables à l'exercice de la médecine et au respect, par tous les médecins, des principes du code de déontologie médicale, le conseil départemental de l'Ordre a l'obligation de donner suite à toute plainte ou doléance en organisant une conciliation en présence du patient et du médecin.

Si la conciliation échoue, le dossier est alors transmis à la chambre disciplinaire de première instance **compétente pour connaître des infractions aux dispositions du code de déontologie médicale** et pour sanctionner le médecin.

La plainte ordinale intervient souvent en parallèle d'une plainte pénale.

La juridiction ordinale peut attendre le résultat de la procédure pénale en cours avant de se prononcer mais il s'agit là d'une

faculté de surseoir à statuer et non d'une obligation.

Justice ordinale et justice pénale sont indépendantes. Ainsi, le juge pénal peut prononcer la relaxe alors que le juge disciplinaire peut prononcer une sanction, ou inversement, et ce pour les mêmes faits.

Le juge disciplinaire doit analyser les pièces du dossier et dire si les gestes dénoncés relèvent de soins conformes aux données acquises de la science et à la déontologie et adaptés aux pathologies des patient(e)s.

Quelles sont les sanctions applicables quand les faits reprochés au médecin sont avérés ?

Dans l'ordre croissant de gravité, les sanctions disciplinaires encourues sont l'avertissement, le blâme, l'interdiction temporaire d'exercer (au maximum 3 ans - avec ou sans sursis) et la radiation définitive du tableau de l'Ordre.

En tout état de cause, le juge disciplinaire prône la tolérance zéro dès lors que les faits sont avérés, et ce indépendamment de la décision du juge pénal.

Précision : déposer une plainte ordinale ne permet pas à la victime d'obtenir une indemnisation.

À LIRE ÉGALEMENT

• Communiqué de l'Ordre des médecins du 30 octobre 2015 dénonçant la pratique des touchers pelviens sans consentement éclairé du patient :

https://www.conseil-national.medecin.fr/sites/default/files/cp_touchers_pelviens.pdf

• À la suite d'un rapport des doyens des facultés de médecine sur les touchers vaginaux et rectaux réalisés sur des patients sous anesthésie générale sans leur consentement, la ministre de la santé, Marisol Touraine, a condamné fermement ces pratiques et annoncé la mise en place de mesures concrètes pour y remédier.

En savoir plus sur : http://www.lemonde.fr/sante/article/2015/10/27/le-ministere-de-la-sante-veut-empêcher-les-touchers-pelviens-sous-anesthésie-sans-consentement_4797795_1651302.html

Le 4 février 2014, le tribunal correctionnel de Tarbes avait condamné un automobiliste à trois ans de prison avec sursis pour « homicide involontaire sur fœtus ». Le parquet, récusant cette qualification, a contesté cette décision devant la Cour d'appel de Pau qui, le 5 février 2015, a refusé d'étendre la qualification d'homicide involontaire au cas de l'enfant à naître, rétablissant ainsi la jurisprudence traditionnelle de la Cour de cassation sur le statut juridique du fœtus.

L'enfant à naître ne peut jamais être victime d'un homicide

JERRY SAINTE-ROSE, AVOCAT GÉNÉRAL HONORAIRE À LA COUR DE CASSATION, ANCIEN CONSEILLER D'ÉTAT

Les faits

Le 20 janvier 2012, à Tarbes, un automobiliste sous l'influence de l'alcool, ayant perdu le contrôle de son véhicule, renversait sur un trottoir et blessait grièvement une femme enceinte de sept mois. L'enfant à naître à qui ses parents avaient déjà donné un prénom fut tué sur le coup.

Par jugement du 14 février 2014, le tribunal correctionnel de Tarbes a condamné l'automobiliste à une peine d'emprisonnement avec sursis non seulement pour les blessures infligées à la femme mais aussi pour l'homicide involontaire de son enfant.

S'appuyant sur une expertise médicale, le tribunal a constaté que le lien de causalité entre le choc consécutif à l'accident et la mort du fœtus était direct et certain ; il a également relevé que le prévenu « conscient d'avoir provoqué la mort d'un bébé », reconnaît avoir commis un homicide involontaire et « revendique pour pouvoir se reconstituer d'être condamné pour avoir mis fin à la vie de cet enfant à naître ».

Cette décision renouait avec une jurisprudence ancienne qui, sous l'empire du Code pénal de 1810, alors que la conception humaine était mal connue, avait accordé à l'enfant à naître la même protection qu'à l'enfant né vivant ; en raison de sa fragile condition, l'enfant *in utero* étant particulièrement exposé aux risques de la vie quotidienne, notamment à l'imprudence ou à la négligence fautives des tiers, les juridictions répressives avaient admis qu'il pouvait être victime d'un homicide ou de blessures involontaires. **Le droit pénal qui a pour finalité la préservation des valeurs essentielles de la société est en effet le plus apte à protéger la vie humaine, valeur essentielle en raison de sa nature même.**

« POUR LE MÉDECIN QUI LE SOIGNE, LE FŒTUS EST UN PATIENT À PART ENTIÈRE, DISTINCT DE LA FEMME QUI LE PORTE. »

Le 5 février 2015, sur l'appel du procureur général, la Cour d'appel de Pau, tout en constatant que le prévenu « se sentait totalement responsable de la mort de l'enfant à naître et de la douleur ressentie par les futurs parents », a prononcé sa relaxe du chef d'homicide involontaire en reproduisant les motifs peu explicites d'un arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation en date du 29 juin 2001 rendu dans une espèce où un automobiliste en état d'imprégnation alcoolique et qui ne tenait pas sa droite était entré en collision avec un véhicule conduit par une femme enceinte de six mois, causant des blessures à celle-ci et la mort du fœtus¹ :

« Mais attendu que le principe de légalité des délits et des peines qui impose une interprétation stricte de la loi pénale s'oppose à ce que l'incrimination prévue par l'article 226-1 du Code pénal réprimant l'homicide involontaire d'autrui soit étendue au cas de l'enfant à naître dont le régime relève de textes particuliers sur l'embryon et le fœtus ».

La méconnaissance dudit principe avait déjà été invoquée par la chambre criminelle, le 30 juin 1999, pour censurer un arrêt de la cour d'appel de Lyon qui avait jugé que la mort d'un fœtus âgé de 20 à 24 semaines due à l'imprudence ou à la négligence d'un médecin constituait un homicide involontaire².

Dans la même ligne, le 25 juin 2002, la chambre criminelle a cassé un arrêt de la Cour d'appel de Versailles condamnant pour ce délit une sage-femme dont les fautes lourdes avaient entraîné la mort d'un fœtus de neuf mois lors d'un accouchement, en précisant que le principe de l'interprétation stricte de la loi pénale s'oppose à ce qu'une telle incrimination « s'applique à l'enfant qui n'est pas né vivant³ ».



© DR

On se souvient que les arrêts du 30 juin 1999 et du 29 juin 2001 qui, ayant brisé une jurisprudence plus que séculaire, ont plongé l'enfant à naître dans le néant pénal quel que soit son niveau de développement, avaient fait contre eux la quasi-unanimité des commentateurs qui ont été nombreux⁴.

Une interprétation peu convaincante de l'article 221-6 du Code pénal

Aux termes de cet article « *Le fait de causer par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement, la mort d'autrui constitue un homicide involontaire* ».

De la présence dans l'incrimination d'homicide involontaire du vocable « autrui » absent du texte de 1810, elle a déduit qu'il ne pouvait s'appliquer à l'enfant qu'après sa venue au monde. Si l'enfant à naître n'a pas d'existence autonome, les progrès de l'embryologie et de l'échographie ont mis en évidence qu'en symbiose avec celle de sa mère, **il possède une individualité biologique propre, preuve irréfutable de son altérité ; la femme enceinte porte en elle une autre vie⁵.**

Or, **l'homicide étant classiquement défini comme la destruction d'une vie humaine⁶, on ne voit pas pourquoi cette incrimination ne s'appliquerait pas à l'enfant à naître** lorsque, en l'absence de fait justificatif légal, il est privé de vie par la faute caractérisée ou délibérée d'une tierce personne. Le cas présent entre bien dans les prévisions de la loi. D'autant plus que l'article 221-6 se trouve dans une **section du Code pénal significativement intitulée « Des atteintes à la vie »**.

On soulignera à cet égard – ce qui va à l'encontre de la position prise par la Cour de cassation – que pour le médecin qui le soigne, le fœtus est un **patient à part entière⁷**, distinct de la femme qui le porte. Notre époque a vu l'essor de la thérapie fœtale et de la chirurgie pratiquée *in* ou *ex utero*, le fœtus pouvant être extrait de l'utérus maternel puis y être réimplanté. Ce qui induit nécessairement des responsabilités civiles

ou pénales analogues à celles qui pèsent sur tout praticien en présence de tout patient. Ne faut-il pas dès lors considérer l'enfant à naître comme un « autrui », au sens du droit pénal ?

Que faut-il entendre par **personne humaine** ? Si le législateur n'en a pas donné de définition, on ne saurait, malgré la similitude des termes, l'assimiler sans abus à la personne au sens du

droit civil qui semble seule digne d'intéresser aux yeux de la Cour de cassation. La personnalité juridique qui, d'après la doctrine dominante, s'acquiert à la naissance et fait de tout individu le titulaire de droits et d'obligations, est une construction abstraite destinée à faciliter le commerce des hommes et qui a été étendue aux groupements dépourvus de réalité biologique. Elle n'est pas ignorée du Code pénal qui consacre un chapitre entier (articles 226-1 à 226-32) aux « atteintes à la personnalité » mais sous cette rubrique sont regroupées des infractions telles que les atteintes à la vie privée, à l'image de la personne ou la dénonciation calomnieuse qui n'ont **aucun rapport avec l'homicide** volontaire ou involontaire. Et il n'a jamais été prétendu que l'on pourrait impunément attenter aux jours d'un condamné déchu de ses droits civiques, civils et de famille⁸ ; **la personnalité n'est donc pas une condition de la protection pénale de l'humain.**

« L'HOMICIDE ÉTANT CLASSIQUEMENT DÉFINI COMME LA DESTRUCTION D'UNE VIE HUMAINE, ON NE VOIT PAS POURQUOI CETTE INCRIMINATION NE S'APPLIQUERAIT PAS À L'ENFANT À NAÎTRE LORSQU'IL EST PRIVÉ DE VIE PAR LA FAUTE CARACTÉRISÉE OU DÉLIBÉRÉE D'UNE TIERCE PERSONNE. »

C'est, de toute évidence, à **l'être de chair et de sang, à la personne biologique ou physique** que le Code pénal accorde sa protection sous l'angle des violences même les plus légères.

Par suite, **la personne humaine du droit pénal se confond manifestement avec l'être humain que mentionne l'article 16 du Code civil.** Ce texte formule un principe qui est **d'ordre public** : « La loi garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie » ; il distingue la personne, sujet de droits, de l'être humain lequel est respectable en soi, sans autre condition, dès le commencement de sa vie. Les termes utilisés n'ont certainement pas été choisis au hasard et n'ont aucun rapport avec le concept civiliste de personnalité. Et **la qualité d'être humain de l'enfant à naître n'est pas à démontrer.**

Les spectaculaires avancées des sciences biologiques et médicales sont venues corroborer les traditions juridiques et morales les plus fermes : **dès la conception, un être humain existe**, l'embryon étant porteur des caractères génétiques de la personne à naître et qui ne sont propres qu'à elle ; il s'agira toujours du même individu quels que soient les changements qui l'affectent au cours de son existence⁹ ; **la naissance n'est donc qu'une**

■ ■ ■ **étape dans le processus vital** comme l'a implicitement reconnu le législateur.

L'article L. 2211-2 du Code de la santé publique dispose qu'il ne peut être porté atteinte au principe posé par l'article 16 du Code civil – principe dont l'enseignement est « une obligation nationale » – « qu'en cas de nécessité et dans les conditions prévues par la loi » ; il résulte clairement des textes subséquents qui traitent de **l'interruption volontaire de grossesse que la femme enceinte et elle seule peut recourir à cette mesure**¹⁰ qui est soumise à certaines conditions et doit intervenir, sauf motif médical, avant la fin de la douzième semaine de grossesse ; en outre et indiscutablement **l'I.V.G. est l'unique dérogation légale au respect dû à la vie de l'être humain en gestation.**

Dans sa décision du 15 janvier 1975, le Conseil constitutionnel avait déclaré la loi susvisée conforme à la Constitution après avoir relevé que les atteintes qu'elle autorise ne le sont qu'à titre exceptionnel.

Conséquemment, en dehors de l'exception légalement prévue en faveur de la femme, l'enfant dans le sein maternel doit bénéficier d'une protection égale à celle accordée à tout être humain après sa naissance parce qu'il lui est **égal en dignité**. Autrement dit, l'homme qui a d'abord été un fœtus ne saurait se respecter lui-même s'il ne respecte pas chez l'enfant *in utero* les premières manifestations de son existence. Tel est du reste le sens du message délivré par le juge constitutionnel.

« L'I.V.G. EST L'UNIQUE DÉROGATION LÉGALE AU RESPECT DÛ À LA VIE DE L'ÊTRE HUMAIN EN GESTATION. »

Ce message est très proche d'un avis émis en 1989 par le Comité national consultatif d'éthique : « L'embryon humain, dès la fécondation, appartient à l'ordre de l'être et non de l'avoir, de la personne et non de la chose ou de l'animal. Il devrait être considéré comme une altérité dont la dignité assigne des limites au pouvoir et à la maîtrise d'autrui¹¹ ».

Autres indices probants : l'aggravation de la répression des violences commises sur la femme enceinte (articles 228-8 et s. du Code pénal), le maintien de l'incrimination de la provocation à l'abandon de l'enfant à naître (article 227-12), la répression, nouvelle, des atteintes au respect dû aux morts (articles 225-17 et s.) et l'aggravation des pénalités sanctionnant le crime d'homicide volontaire sur le nouveau-né. **C'est donc bien la personne physique, l'être humain qui bénéficie de la protection du droit pénal** et non la personne juridique au sens du droit civil.

Sur le plan international, diverses conventions qui procèdent de la même philosophie affirment, sous des expressions variées, l'existence d'un droit à la vie. Si elles ne visent pas spécialement l'enfant naissant, elles n'en relient pas moins ce droit à la vie à la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine. Or, l'enfant *in utero* ne saurait être exclu, sans arbitraire, de cette famille.

La Convention de New-York du 26 janvier 1990, ratifiée par la France, stipule dans son article 6-1 « le droit inhérent

à la vie de l'enfant » et dans le 9^{ème} alinéa de son préambule la nécessité d'une « protection juridique appropriée avant comme après la naissance ». Les autorités françaises n'ont formulé qu'une seule réserve d'interprétation précisant que l'article 6 ne saurait faire obstacle à la législation nationale relative à l'IVG. On doit en déduire qu'en dehors des cas où l'avortement est autorisé à titre dérogatoire le droit à la vie reprend son empire. **N'est-ce pas au droit pénal qu'il appartient de donner leur pleine efficacité aux dispositions du droit interne et conventionnel ?** Il a naturellement vocation à le faire et constitue sans conteste la garantie la plus efficace¹².

➤ Les conséquences de la jurisprudence actuelle

Le parti adopté par la Cour de cassation **vide de sa substance l'article 16 du Code civil**, principe directeur du droit dont on a pu dire qu'il s'agissait d'un « engagement formel de la société¹³ » et **méconnaît la jurisprudence constitutionnelle** qui fait de l'être humain en formation, du fait de son appartenance à la communauté humaine, l'égal en dignité de la personne déjà née.

En règle générale, **le droit pénal s'attache au résultat** pour réprimer les atteintes à l'intégrité physique : plus le dommage est grand, plus la sanction est élevée. Il est donc incohérent

« LA VIE D'UN PRÉMATURÉ DE SIX MOIS EST PÉNALEMENT PROTÉGÉE ALORS QU'UN FŒTUS DE NEUF MOIS NE BÉNÉFICIE PAS DE CETTE PROTECTION. »

de prendre en compte les conséquences les plus graves pour absoudre son auteur quand l'atteinte concerne l'enfant dans le sein maternel ; lui **donner la mort n'est pas punissable alors que le même acte sera sanctionné s'il n'entraîne que des blessures ou si le décès du fait de celles-ci survient après la naissance**¹⁴ ; lorsque les blessures infligées à la femme sont légères et que l'enfant est tué sur le coup, le coupable n'aura à répondre que d'une contravention.

C'est de la gravité des lésions subies par l'enfant, de sa résistance, donc de facteurs contingents que dépendra le prononcé de la sanction et **non de la gravité de la faute comme l'a voulu le législateur**. Comment expliquer aux parents que leur enfant n'étant pas né vivant sa mort compte pour rien tandis que s'il avait vécu ne serait-ce que quelques instants, la qualification d'homicide involontaire aurait pu être retenue ?

Selon l'article L. 2222-2 du Code de la santé publique, l'interruption volontaire de grossesse pratiquée en méconnaissance des conditions imposées par la loi est punie d'une peine de deux à cinq ans d'emprisonnement et d'une amende, comme la tentative de ce délit. Cette incrimination ne s'applique pas aux femmes mais exclusivement à ceux qui lui apportent leur concours. N'est-ce pas faire respecter même indirectement la vie fœtale ?

Quoi qu'il en soit, **les tiers peuvent désormais disposer de la vie de l'enfant à naître alors même que sa mère ne pourrait pas recourir à l'avortement** (le délai légal ayant expiré et les conditions d'une IVG médicale n'étant pas réunies) **ou qu'elle aurait décidé d'aller jusqu'au terme de sa grossesse !**

Autre paradoxe : la vie d'un prématuré de six mois est pénalement protégée alors qu'un fœtus de neuf mois ne bénéficie pas de cette protection.

Et il s'avère que **la cause d'irresponsabilité pénale créée par la jurisprudence sera profitable non seulement à des délinquants mais aussi à des criminels**. Lorsque, par exemple, des coups sont portés à la femme enceinte avec l'intention de tuer l'enfant, le même constat s'impose : seules les violences seront réprimées, aucune poursuite pour homicide ou tentative d'homicide volontaire ne pouvant être engagée¹⁵.

➤ La méconnaissance de réalités tangibles

De nos jours, **l'enfant attendu** que l'imagerie médicale permet de contempler et de sexuer très tôt, à qui un prénom est donné avant sa naissance est déjà un membre de la famille ; il peut faire l'objet d'une reconnaissance prénatale d'après la jurisprudence civile ; ses obsèques sont désormais organisées quelles que soient les circonstances de sa mort.

Pour faciliter le travail de deuil des parents confrontés à la mort-naissance, la loi du 8 janvier 1993¹⁶ a prévu qu'un **acte d'enfant sans vie** peut être porté sur le registre des décès. Cet acte qui officialise un événement, exprime une filiation, et auquel sont attachés certains droits sociaux, est exploitable comme tout autre acte de l'état civil et sa transcription sur le livret de famille est autorisée. Bien qu'il ne bénéficie pas de la personnalité juridique, l'enfant mort-né est socialement reconnu comme une personne et non comme une chose. Comment ne pas le reconnaître comme « autrui » au sens du droit pénal ?

➤ La réification de l'enfant à naître

La Cour de cassation ayant fait le choix de la définition civiliste de la personne pour caractériser les atteintes à la vie, il paraît difficile d'échapper à la division binaire personne/chose, notre droit civil ne connaissant pas de catégorie intermédiaire, la qualité de personne potentielle n'étant qu'un concept éthique¹⁷ mais qui a néanmoins le mérite de ne pas attirer l'enfant à naître dans le monde des choses. Reste à savoir comment une chose peut devenir une personne...

Dans le même ordre d'idées, saisie de l'affaire soumise à la chambre criminelle en 1999, la Cour de Strasbourg – après s'être déclarée incapable de dire si cet enfant était ou non une personne au sens de l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme en l'absence de consensus européen sur la définition des débuts de la vie – a estimé qu'une possible action en dommages et intérêts peut constituer à elle seule une réparation suffisante ; mais cela ne revient-il ■ ■ ■



■ ■ ■ pas à considérer, contre toute vraisemblance, que le fœtus ne serait qu'un *pars viscerum matris*, une partie des organes de la mère comme le croyaient les anciens romains qui avaient, eux, l'excuse de l'ignorance¹⁸ ?

Au total, **ajouter l'irrespect au malheur** n'est pas à l'avantage de l'approche juridictionnelle aux conséquences déshumanisantes d'autant que de nos jours, la protection de la vie ne relève plus d'une sacralité de type religieux mais de l'affirmation d'une valeur sociétale que chacun a intérêt à voir respecter ne serait-ce que pour sa sécurité et celle des siens.

Comment expliquer alors la pérennité d'une jurisprudence si contraire à notre tradition humaniste comme à nos règles écrites et génératrice de tant d'apories ?

➤ Les causes de la pérennité d'une jurisprudence contestable

Des propositions de loi ont été déposées pour remédier au vide juridique pénal créé par la jurisprudence mais qui, bien que conformes à nos principes et au donné réel, n'ont pas abouti.

La prétendue incompatibilité entre la protection de la vie anténatale et l'IVG n'est qu'un mauvais alibi par ce que, d'une part, c'est une loi de dépenalisation et non de libéralisation qui a autorisé, sous certaines conditions, la femme à recourir à cet acte médicalisé, d'autre part, légalement définie, l'IVG

est la règle qui fait exception – ou l'exception qui confirme le principe du respect de la vie humaine dès son commencement lequel n'est pas une simple déclaration d'intention puisqu'il a été repris par l'article 16 du code civil puis dans le Code de la santé publique.

Cet oubli (?) par le législateur d'un principe d'ordre public qu'il a posé à trois reprises est d'autant plus regrettable **qu'aucune confusion, n'est possible entre la faute d'une tierce personne en relation causale avec la mort d'un enfant attendu et l'interruption de grossesse décidée et voulue par la femme** qui n'est plus fondamentalement remise en cause.

« COMMENT EXPLIQUER ALORS LA PÉRENNITÉ D'UNE JURISPRUDENCE SI CONTRAIRE À NOTRE TRADITION HUMANISTE COMME À NOS RÈGLES ÉCRITES ET GÉNÉRATRICES DE TANT D'APORIES ? »

En définitive, la raison – qui ne doit pas toujours être celle du plus fort – commande de mettre un terme aux contradictions pour ne pas dire à la schizophrénie de notre droit positif qui accorde à l'enfant à naître

une reconnaissance accrue sur le plan familial, social et sanitaire mais lui refuse, sans motif légitime, la protection du droit pénal. L'inquiétant, ce ne sont pas tellement ces contradictions mais leur acceptation qui témoigne de **l'affaiblissement de la conscience collective et du recul du respect de la vie.**

Si on ne garantit pas une protection réelle à l'être le plus faible qui soit, comment éviter à l'avenir une sous-évaluation de l'individu lorsqu'il est vulnérable et sans défense ? ■

1. B n° 165, JCP 2001, II, 10 569, rapport Sargos, conclusions Sainte-Rose, note Rassat ; v. également Crim. 26 juin 2006, D. 2007. Pan. 403.

2. B n° 174 ; l'arrêt attaqué avait énoncé que « tant l'application des principes juridiques que les données acquises de la science que des considérations d'élémentaire bon sens conduisent à retenir la qualification d'homicide involontaire ».

3. B n° 144.
4. V. notre étude « La protection pénale de l'enfant à naître », Revue générale de droit médical, 2004, n° 12, p. 215 et s.

5. V. G. Cornu, Droit civil, Les personnes, Montchrestien, 13^e éd., p. 18.
6. V. E. Garçon, Code pénal annoté, tome I, Sirey, éd. 1901-1906, p. 705 et s. ; Merle et Vitu, éd. Cujas, 1982, n° 1 785.
7. Selon l'Académie nationale de médecine.

8. Jusqu'en 1854, a existé une peine, la mort civile, qui consistait à priver les condamnés à une peine perpétuelle de tous leurs droits civils, civiques et politiques ; il n'a jamais été soutenu que le fait d'abrèger leur vie n'était pas pénalement punissable.

9. J. F. Matteï, Rapport au premier ministre sur l'éthique médicale, Paris, 15 novembre 1995 : l'embryon est l'expression morphologique d'une seule et même vie qui commence dès la fécondation et se poursuit jusqu'à la mort. »

10. V. l'arrêt Lahache du CE, 31 octobre 1980, Lebon, p. 403.

11. Rapport sur l'état des études conduites par le Comité concernant les dons de gamètes et d'embryons.
12. Le Conseil constitutionnel a jugé que la sanction pénale est une garantie de nature à assurer le respect des droits fondamentaux : v. décision n° 99-416 DC du 23 juillet 1999.

13. V. G. Cornu, rapport de synthèse du colloque des 9 et 10 novembre 1995 sur le thème : L'embryon humain : approche pluridisciplinaire, Economica, 1996.

14. V. les arrêts de la chambre criminelle : 23 octobre 2001, B n° 217 ; 2 décembre 2003, B n° 230 ; les arrêts 2 605 et 2 658 du 4 mars 2004.

15. V. les jurisprudences citées par D. Vigneau, « Faut-il naître vivant et viable pour mourir en homme », Dr. fam. 2000, chr. 21.

16. V. article 79-1 du Code civil.
17. V. CCNE, avis n° 1 du 22 mai 1984.
18. CEDH 8 juillet 2004, req. 53 927/00, Vo c/ France.

Ayant initialement connu un essor plus rapide aux États-Unis, l'ambulatoire s'est ensuite développé au Canada et en Europe (Grande-Bretagne notamment) dans les années 70, avant de progresser sensiblement dans ces pays depuis les années 80. La France accuse cependant encore un certain retard dans ce domaine.

Chirurgie ambulatoire : quels dispositifs à l'étranger et quelles perspectives en France ?

➤ Rétrospective : situation comparative de la chirurgie ambulatoire en France et à l'étranger il y a dix ans

La chirurgie ambulatoire : réglementation et état des lieux (2005) - H. Coudane, P. Landreau, B. Michel, S. Slimani, et la Société Française d'Arthroscopie. ■

Consulter l'article : <http://www.em-consulte.com/showarticlefile/145314/index.pdf>

➤ Tarification de la chirurgie ambulatoire en France et à l'étranger – État des lieux et perspectives

• Rapport d'orientation de la HAS (Juin 2013) - Des recommandations nourries par les expériences à l'étranger pour adapter la tarification dans les établissements

Ce rapport montre que la tarification identique a contribué au développement de la chirurgie ambulatoire. Néanmoins la part attribuable aux incitations tarifaires reste difficilement mesurable. Le rapport pointe par ailleurs les limites d'une telle mesure (manque de lisibilité, non prise en compte du critère d'efficacité dans le calcul des coûts). Pour les dépasser, la Haute Autorité de Santé recommande notamment :

- l'accompagnement des mesures tarifaires par d'autres types de mesures hors tarification à l'activité (plan d'investissement, de formation par exemple) ;
- la maîtrise dans l'évolution des tarifs et l'amélioration de la lisibilité des incitations ;
- la déclinaison du taux national cible de 50 % de chirurgie ambulatoire à l'horizon 2016 en un taux par procédure.

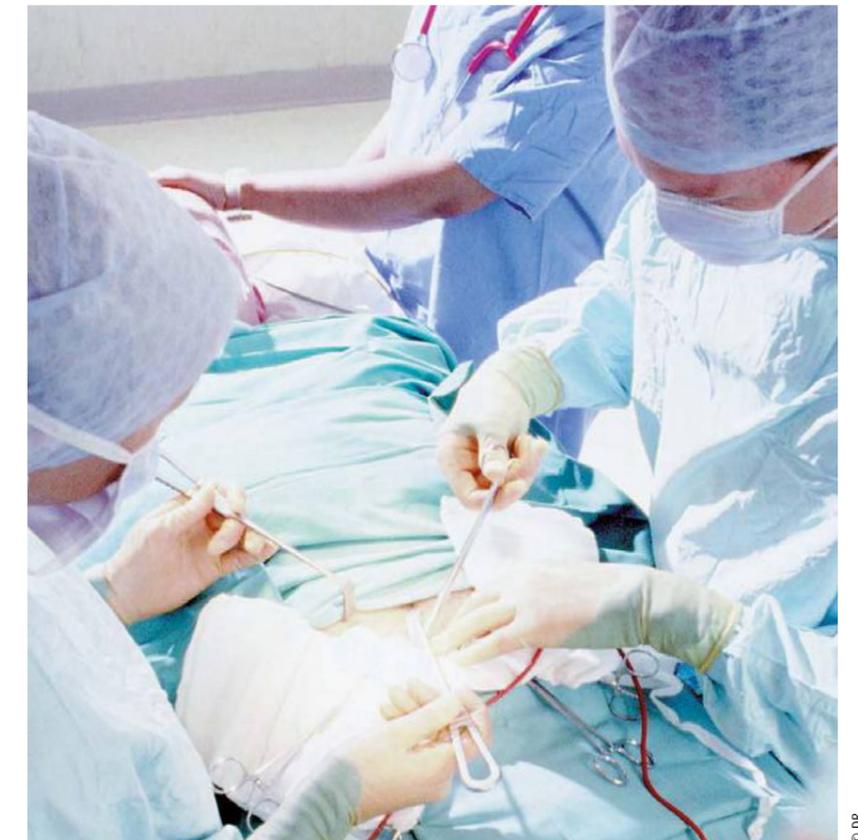
Elle recommande également d'expérimenter des modèles tarifaires développés au Royaume-Uni (tarification à la meilleure pratique) et aux États-Unis (tarification à l'épisode de soins et tarifs différenciés pour les centres indépendants) visant à encourager les pratiques efficaces. ■

Consulter le rapport : http://www.has-sante.fr/portail/upload/docs/application/pdf/2013-09/rapport_dorientation_-_tarification_de_la_chirurgie_ambulatoire_en_france_et_a_letranger.pdf

➤ L'ambulatoire : une pratique très répandue à l'étranger, de plus en plus plébiscitée en France

Une large majorité de Français se déclare prête à recourir à la chirurgie ambulatoire, qui permet de limiter le temps d'hospitalisation et représente une source d'économies substantielles pour la Sécurité sociale. ■

Consulter : <http://www.lefigaro.fr/conjoncture/2014/09/17/20002-20140917ARTFIG00011-les-francais-veulent-davantage-de-chirurgie-ambulatoire.php>



**Informez-vous,
c'est sans risque !**



15-853 - 12/2015

PUBLICITÉ



Rendez-vous sur prevention-medicale.org,

- la référence scientifique sur la gestion du risque médical et paramédical,
- un site d'information et une plateforme dédiée à la formation des professionnels de la santé.

