

*COLLÈGE NATIONAL
DES GYNÉCOLOGUES ET OBSTÉTRICIENS FRANÇAIS
Président : Professeur B. Hédon*

Cinquième partie
**Expertises en
gynécologie-obstétrique**



*38^{es} JOURNÉES NATIONALES
Paris, 2014*

La perte de chance en responsabilité médicale. Point de vue de l'expert en gynécologie-obstétrique

P. FOURNET
(Mont Saint-Aignan)

Résumé

L'évaluation de la perte de chance fait dorénavant partie des missions de l'expert. Il est de sa mission de recueillir lors de la réunion d'expertise les éléments qui permettront de la justifier lorsqu'elle existe et d'en déterminer le quantum quand celui-ci est chiffrable. Cette donnée quantitative devrait alors reposer sur des données bibliographiques validées et de niveau de preuve suffisant.

Mots clés : perte de chance, expertise, jurisprudence

Centre hospitalier du Bélvédère - 72 rue Louis Pasteur - 76130 Mont Saint-Aignan

Correspondance : patrick.fournet@ch-belvedere.fr

Déclaration publique d'intérêt

L'auteur déclare ne pas avoir de conflit d'intérêt en rapport avec le sujet présenté.

L'évaluation qualitative voire quantitative de la perte de chance fait dorénavant partie de façon très régulière des missions de l'expert, que sa mission soit judiciaire ou administrative (Commission nationale des accidents médicaux : CNAMEM). Il leur est demandé de quantifier le poids d'un manquement sur le dommage subi.

S'il appartient de façon souveraine à la juridiction ou à la commission ayant commis l'expert d'en fixer le quantum mais sans aucune obligation de suivre les conclusions de celui-ci, le rapport d'expertise devra contenir les éléments qui permettront de décider d'un pourcentage qui permettra d'indemniser la fraction du préjudice relevant de cette perte de chance.

Il ne sera pas rappelé ici les notions juridiques qui permettent d'évoquer la perte de chance, ces éléments ayant été rappelés précédemment.

Nous proposerons plutôt les éléments qu'il semble approprié de faire apparaître dans un rapport pour argumenter l'existence d'une perte de chance, justifier d'un quantum lorsqu'il nous est demandé ou permettre au mandant de le fixer.

Chaque professionnel de la périnatalité, défenseur potentiel, pourra par conséquent découvrir les éléments qui, en expertise et dans un dossier médical, pourraient permettre de qualifier la perte de chance.

LES FAITS MÉDICAUX POUVANT ÊTRE À L'ORIGINE D'UNE PERTE DE CHANCE

Plusieurs types de faits peuvent être à l'origine d'une perte de chance : le défaut d'information, l'erreur de diagnostic, l'erreur dans

l'indication du traitement, l'erreur dans la surveillance du malade après la réalisation de l'acte de soins, le retard de prise en charge du patient.

Il appartiendra à l'expert, lorsqu'il aura conclu à une prise en charge non conforme aux données de la science à l'époque des faits et qui est à l'origine d'un préjudice, de fournir les arguments qui permettront d'attester que la perte de chance a été réelle et sérieuse et qu'il existe un lien de causalité certain entre la perte de chance et le dommage.

1. Le défaut d'information

La jurisprudence consacre dorénavant (depuis 1997 - Arrêt Hédreul) que la preuve de l'information du patient sur les risques d'un acte médical doit être rapportée par le médecin et non plus par le patient.

Il appartiendra à l'expert de rechercher lors de ses opérations d'expertise les éléments témoignant que celle-ci a été faite par tous moyens, écrits, oraux, testimoniaux ou présomptifs.

Lors de l'accédit, l'expert recueillera les dires du patient concernant le vécu de la ou des consultations ayant précédé l'acte, examinera les courriers qui auront été adressés par la personne ou l'établissement mis en cause à ses correspondants (avec idéalement les copies des courriers qui auraient été adressés au patient), les documents d'information que le défendeur aura remis au patient, le délai de réflexion qui aura été donné au patient pour confirmer ou non son accord à la réalisation d'un acte (en obstétrique, en cas d'utérus cicatriciel par exemple, il faudrait idéalement profiter du délai de la grossesse pour informer en début et en fin de grossesse des bénéfices et risques d'une tentative d'accouchement par voie basse).

L'expert a également besoin d'entendre les médecins ou sages-femmes qui ont pu s'entretenir avec la patiente dans le cadre d'un colloque singulier et qui auront idéalement et le plus fidèlement possible consigné sur le dossier médical les informations données quant à l'acte de soins à venir, avec un éventuel schéma explicatif à l'appui.

Enfin, l'expert précisera si la dite information portait sur toutes les alternatives et les arguments qui les ont conduits au choix proposé.

Il résulte de ce qui précède que si l'on souhaite ne pas se voir reprocher un défaut d'information qui serait alors source d'une perte de chance, il faut :

- 1°) un dossier médical bien tenu où seront consignés, outre les données médicales, les échanges formels entre le patient et le médecin. Il convient de savoir que la signature d'un document d'information n'a pas force de preuve que l'information a été donnée et qu'elle a été comprise, a fortiori quand le patient ne maîtrise pas la langue française ;
- 2°) que l'information soit répétée au cours des différentes consultations et notée dans les courriers aux correspondants qui seront idéalement dictés devant le patient et reprendront les éléments les plus pertinents.

Tels sont les moyens susceptibles d'apporter, lors d'une expertise, la preuve qu'une information de qualité a bien été délivrée.

2. Le défaut de diagnostic ou d'indication du traitement

La perte de chance sera alors d'autant plus caractérisée qu'elle aura soit fait perdre une chance de survie, soit aggravé les conséquences d'une pathologie qui aurait pu être guérie.

Le rôle de l'expert est alors de donner à ses mandants les données scientifiques, si elles existent, permettant de connaître l'évolution habituelle d'une pathologie correctement identifiée et prise en charge de façon appropriée.

Les références scientifiques seront citées dans le rapport en précisant chaque fois que cela sera possible le niveau de preuve des publications et la gradation des recommandations citées.

L'impact de l'état antérieur sur la perte de chance devra également être précisé.

Il est également du rôle de l'expert de communiquer les éléments qui permettront au juge ou à la commission de comprendre pourquoi le raisonnement du praticien a été défaillant, en recherchant les conditions locales, personnelles, organisationnelles ou autres qui ont conduit à ce défaut de diagnostic.

L'étape suivante aura pour objet de quantifier cette perte de chance chaque fois que cela sera possible. Ce point sera abordé plus loin.

3. Le défaut de surveillance de la prise en charge du patient après réalisation de l'acte de soins

Là encore le rapport d'expertise devra préciser le contexte de la prise en charge en s'appuyant chaque fois que c'est possible sur les recommandations scientifiques et les données de la littérature. Enfin, l'analyse de l'expert devra pointer les défauts d'organisation imputables au médecin, au patient, ou à la structure à l'origine du dommage.

Ce sera idéalement à l'aide d'une véritable analyse des causes détaillées que l'expert pourra rédiger un rapport qui permettra d'éclairer mieux la juridiction ou la commission.

Un rapport d'expertise doit pour l'auteur être basé non sur un avis personnel de « l'Expert » mais sur une véritable analyse de la gestion des risques qui se sont réalisés et qui ont abouti au préjudice.

4. La quantification de la perte de chance : justifiée ou « à la louche » ?

Elle relève exclusivement du juge ou de la commission qui ont ou n'ont pas toujours posé de façon claire et précise la question à l'expert, en sachant que les données du rapport d'expertise sont pour eux le seul moyen de se prononcer.

Lors de la réunion d'expertise, la victime et son conseil auront tout intérêt à orienter l'expert afin que celui-ci fixe le taux le plus élevé, et a contrario les défenseurs dans leurs observations et leurs dires vont tenter d'apporter des éléments pour, à l'inverse, minimiser le quantum.

La lecture de rapport d'expertise, les échanges entre experts ou avec les conseils et les avocats défenseurs des intervenants ou des victimes permettent de se rendre compte qu'il est très souvent difficile de déterminer et de justifier un quantum.

Ce quantum répond souvent soit à la règle quelque peu arbitraire et approximative du « 50/50 » (le défaut de diagnostic, d'information, de prise en charge ou de surveillance ont fait perdre une chance sur deux de voir se produire le préjudice), soit à la loi du presque tout qui conduit alors à retenir une perte de chance de 90 % puisque la perte de chance ne peut jamais être totale.

Il arrive quand même parfois que les données scientifiques validées permettent de fixer le quantum de la perte de chance en se

basant sur l'évolution habituelle d'une pathologie en l'absence de défaut de prise en charge.

L'analyse des jurisprudences fournit rarement, quant à elle, des données quantifiées ou la justification d'une quantification.

La quantification de la perte de chance en matière de défaut d'information pourra être plus ou moins facile à évaluer car se pose à l'expert non seulement la question de la nature de l'information qui devait être délivrée (se pose alors la question de l'information sur les risques exceptionnels) mais aussi les moyens utilisés pour communiquer l'information au patient, et enfin l'évaluation de la probabilité que la victime choisisse ou non de suivre les propositions thérapeutiques ou de prise en charge si une information lui a été donnée.

La relation médecin-patient est alors au cœur du débat et, si elle a été plus ou moins « calibrée » par la loi du 4 mars 2002, elle reste encore dépendante de nombreux facteurs humains que ni l'expert, ni le juge, ni les commissions ne sont en mesure d'évaluer avec précision.

L'expert se trouve donc le plus souvent dans une extrême difficulté car malheureusement pour lui il n'existe pas de barème et que la subjectivité risque d'être un élément déterminant dans cette évaluation de la perte de chance.

On pourrait proposer des échelles de perte de chance évaluées seulement par des qualificatifs (minime, modérée, sévère) plutôt que par des chiffres arbitrairement frappés dans le marbre du rapport d'expertise.

Les juridictions ou les commissions pourraient alors fixer les bornes hautes et basses. Il pourrait aussi par exemple être convenu qu'il appartient à l'expert de dire si cette évaluation du quantum est possible, difficile ou impossible car la médecine n'est pas encore et ne sera jamais une science exacte.

La perte de chance est toujours aujourd'hui une entité expertale qui fait l'objet de nombreuses publications juridiques. Les publications médicales sont quasi inexistantes, témoignant semble-t-il de la difficulté de son abord notamment quantitatif par le médecin expert. L'expert a encore l'opportunité de se dire qu'il n'est qu'un auxiliaire de justice et qu'il ne lui appartient pas de façon souveraine de la quantifier : il a donc dans l'intérêt d'une bonne collaboration entre le monde médical et le monde juridique à faire en sorte que son rapport d'expertise contienne de la façon la plus précise possible, mais dans la limite des données de la science, tous les éléments qui permettront au juge ou à la commission de fonder leur jugement.

Bibliographie

La perte de chance, disparition d'une éventualité favorable. <https://www.macsfr.fr/vous-informer/responsabilite-professionnel-sante/poursuites-responsabilite-professionnel-sante/perte-de-chance-disparition-eventualite-favorable.html>

Seule la perte de chance « raisonnable » peut être indemnisée par le responsable. Quelle est cette perte de chance « raisonnable » ? <https://www.macsfr.fr/vous-informer/responsabilite-professionnel-sante/poursuites-responsabilite-professionnel-sante/perte-de-chance-raisonnable.html>

La perte de chance : un rapport d'expertise très « tendance ». <https://www.macsfr.fr/vous-informer/actes-de-soins-professionnel-sante/l-erreur-medicale-professionnel-sante/la-perte-de-chance.html>

Quelques aspects de la perte de chance en responsabilité médicale vue par l'AREDOC (association pour l'étude de la réparation du dommage corporel) http://www.aredoc.com/system/files/Perte%20de%20chance%202012_1.pdf

La perte de chance dans le droit de la responsabilité médicale. Souplet I. Mémoire dans le cadre du DEA de droit public, Université Lille II, 2002.

La perte de chance en responsabilité médicale. Colloque du 8 octobre 2011 organisé par la Compagnie des experts près la Cour d'appel de Paris.

Mor G. La perte de chance. www.cabinet-mor.com/la-perte-de-chance-ad9.html