

Exercices de la chirurgie orthopédique en période d'épidémie COVID : Point de vue de l'expert judiciaire.

D. OLLAT*, P. DEVALLET**, Commission juridique et éthique du CNP / SOFCOT.

* Professeur Agrégé du Val de Grâce
Expert près la Cour d'appel de Paris
Expert agréé par la Cour de cassation

** Chirurgien orthopédiste
Expert près la Cour d'Appel de Toulouse
Expert près la Cour Administrative d'Appel de Bordeaux

L'éruption de cette épidémie a bouleversé l'organisation notre activité chirurgicale. Ce nouvel agent infectieux, source de perturbation, peut également susciter une appréhension légitime sur le plan médico-légal.

Actuellement on retrouve beaucoup de choses, dites ou écrites, sur le sujet. Le moindre organisme se doit d'émettre une recommandation ... Il nous semble donc important de vous exposer le point de vue de l'expert judiciaire.

En effet, en cas de contentieux, aboutissant à une procédure juridique, le magistrat s'appuiera sur l'avis l'expert judiciaire pour rendre sa décision.

Il nous semble donc essentiel de vous faire un état des lieux objectif.

Que risque vraiment le chirurgien ?

Concernant la responsabilité civile du praticien, Il faut différencier l'exercice en structure publique de l'exercice en structure salariée privée ou en structure libérale. Le praticien hospitalier public est un agent de l'Etat. Sa responsabilité (civile) directe personnelle n'est pas engagée sauf faute détachable du service. Le praticien libéral engage sa responsabilité dans le cadre d'une relation contractuelle directe avec le patient. Le praticien salarié reste sous la responsabilité de son employeur.

En préambule au séjour, en établissement de soins, il faut évoquer, à **propos de la consultation préopératoire, la téléconsultation**, régie par le décret 2010-1229 du code de santé publique, dont on nous fait la promotion actuellement. En effet, **la téléconsultation peut être la source d'un contentieux pour insuffisance ou erreur de diagnostic**. La nécessité que le patient soit connu du praticien dans les 12 derniers mois précédant la téléconsultation a été assouplie par la loi d'urgence sanitaire. La téléconsultation est donc possible pour les primo-consultants mais le texte stipule pour les patients infectés COVID ou susceptible de l'être. Il n'est pas fait mention des autres cas ... Il faut donc **redoubler de prudence** dans les autres cas **concernant les primo-consultations** et proposer au moindre doute une consultation présenteielle au patient. Par ailleurs, en orthopédie réglée, il paraît difficile de faire un diagnostic complet sans examiner physiquement les patients, quelle que soit l'issue, opératoire ou pas, de cette consultation ...

Une téléconsultation pour les primo-consultants en orthopédie réglée doit être mûrement réfléchie, réservée à certains cas particuliers, et complétée par une consultation présentielle au moindre doute et bien sûr, dans tous les cas, si un acte opératoire est envisagé ...

Concernant le séjour hospitalier en privé, le patient peut-il tenter de reprocher au chirurgien d'avoir contracté l'infection COVID lors de son hospitalisation ?

Le séjour conventionnel ou ambulatoire ne modifie pas l'analyse médico-légale.

L'infection COVID, si elle est suspecte d'avoir été contractée au sein d'un établissement de santé, pourra peut-être - sous conditions - être reconnue comme une maladie nosocomiale. A-t-on jamais qualifié d'infection nosocomiale une grippe saisonnière découverte dans les suites d'une hospitalisation ? Seuls l'hépatite C et le SIDA, pour le moment, sont des maladies virales considérées comme nosocomiales, mais seulement du fait d'une transfusion éventuelle ... En cas de virémie respiratoire, il faudrait d'abord pouvoir prouver que le virus a été contracté à l'occasion des soins

Donc si un de vos patients prétendait avoir été contaminé lors de son hospitalisation, votre responsabilité pourrait-elle être engagée au titre de l'article L1142 - 1 du code de santé publique ? Ceci n'est absolument pas certain !

Dans le cas spécifique de l'infection COVID, il se posera, pour le plaignant, la difficulté de pouvoir rattacher de façon précise, directe et certaine, l'infection au séjour hospitalier.

A noter que si votre établissement est sous plan blanc par la loi d'urgence sanitaire, c'est l'ONIAM qui couvre la prise en charge d'un éventuel dommage lié à l'infection COVID, pour des patients traités pour cette maladie mais par pour des patients venus initialement pour autre chose. Les autres infections nosocomiales « habituelles » continuent bien sûr d'être prise en charge de façon identique et relèvent de la responsabilité du praticien et/ou de son établissement jusqu'à preuve d'une cause étrangère. Dans tous les cas, on rappellera que la responsabilité des établissements de santé est également systématiquement engagée en cas d'infection nosocomiale sauf si une cause étrangère peut être prouvée.

Concernant la responsabilité pénale :

Le praticien peut-il être mis en cause pour mise en danger d'autrui selon l'article 223 - 1 du code pénal ?

La responsabilité pénale du praticien est identique quel que soit son secteur d'exercice (public, salarié du privé, libéral). On rappelle que la responsabilité pénale ne fait pas l'objet d'une prise en charge assurantielle. Votre assurance vous assistera néanmoins dans le cadre de la protection juridique de votre RCP.

Trois conditions seraient nécessaires pour caractériser ce délit (mise en danger d'autrui).

- Tout d'abord **une violation d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence** imposée par la loi ou le règlement. Pour le moment les « recommandations » n'ont pas force de loi ... ; mais elles peuvent être réglementaires si elles sont incluses dans des arrêtés, ordonnances ou rattachées à un décret ... ce qui est possible dans le cadre de la loi d'urgence sanitaire actuelle et (supposée) provisoire
- Ensuite la violation doit **avoir exposé directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessure de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente**. Cela est très peu probable avec la COVID 19, mais attention aux sujets âgés et fragiles, fréquents en orthopédie réglée prothétique, qui peuvent se retrouver en réa ... Il est impératif que

l'établissement de santé ait prévu des parcours séparés sans croisement de patients COVID et non COVID notamment en réanimation.

- Enfin **la violation doit être manifestement délibérée**, et ne pas relever d'une simple inattention. Mais une négligence flagrante dans votre organisation (consultation ou hospitalisation) peut être considérée comme une violation « délibérée ». L'absence de port de masque pourrait être pris comme une négligence par exemple ...

Lors d'une expertise éventuelle, le droit de la responsabilité, en civil, impose à l'expert de définir un lien de causalité direct entre la violation de l'obligation et la survenue du risque, ce qui, pour une infection virale respiratoire, et sans test COVID négatif préalable à l'entrée dans l'établissement, sera difficile à établir. Enfin il faudrait pouvoir démontrer la volonté intentionnelle de l'auteur d'enfreindre une obligation particulière. Dans ce contexte les mesures barrières prévues par le décret du 23 mars 2020 relatif au COVID sont des obligations particulières de sécurité ou de prudence.

Enfin, pour le moment, les « avis » des différentes tutelles et « agences » diverses, y compris de la CNAM, restent de simples recommandations et n'ont pas force de loi. Mais il faut quand même en tenir compte, et en cas de violation, pour pouvoir prouver que ces décisions ont été prises dans l'intérêt exclusif du patient ... et non pour retrouver une activité (par exemple ...) ! Dans ce contexte il faudrait aussi pouvoir démontrer que le non-respect intentionnel du praticien vis-à-vis des mesures de précaution est à l'origine de la contamination directe et certaine du patient. Bien que l'infection soit potentiellement mortelle, le taux de mortalité actuellement avoisine 3 à 4%. Il est donc pas possible de conclure qu'il s'agit d'une exposition à risque immédiat d'autrui à une mort certaine.

Concernant les mesures de précaution dont on pourrait vous reprocher l'inobservance. **Il s'agit de procéder avec tact et discernement dans la programmation des actes opératoires** d'autant que, la plupart du temps, il s'agit de chirurgie fonctionnelle. Un certain nombre de recommandations sont relativement précises et d'autres beaucoup moins.

C'est le cas notamment des facteurs de risque de gravité vis-à-vis l'infection COVID. Certains sont relativement imprécis, et leur liste « officielle » change régulièrement.

Le rôle de la maladie diabétique reste à préciser (diabète équilibré, diabète insulino-dépendant, diabète instable ?) Il est probable que ces patients ne soient pas tous au même risque de gravité. Les antécédents cardio-vasculaires sont également cités mais non détaillés. La cardiopathie avancée avec une fonction ventriculaire dégradée sous anticoagulant ne présente évidemment pas les mêmes facteurs d'exposition qu'une hypertension artérielle isolée bien équilibrée. La présence d'une pathologie pulmonaire chronique doit différencier un asthme non compliqué bien stabilisé d'une bronchopathie chronique obstructive avancée, etc...

On voit donc ici que la médecine et le bon sens doivent, dans ces circonstances exceptionnelles, servir de boussole et revenir au premier plan des décisions du chirurgien, hors injonction légale imposée.

Le patient reste une entité globale et unique. Dans ce contexte de chirurgie fonctionnelle sa demande reste au centre de la prise de décision. Il est donc **important de recueillir avec**

précision le souhait du patient quant au maintien d'une intervention en phase épidémique. Il faut au préalable évidemment **l'informer à propos du risque COVID en intra hospitalier, mais sans dramatiser le risque** (à relativiser par rapport à une promenade dans la rue sans masque ... ou même par rapport à une infection nosocomiale bactérienne ...). Ce risque n'est pas à ce jour quantifiable avec précision. **Les éventuels facteurs de gravité du patient vis-à-vis de cette infection doivent être analysés de façon personnalisée. Compte tenu d'un certain nombre d'imprécisions persistantes dans les recommandations actuelles, la discussion bénéfice/risque doit être clairement exposée.** La décision doit être prise d'un commun accord avec le patient et de façon collégiale avec le médecin anesthésiste s'il existe des facteurs de gravité importants.

Tout ceci doit être bien évidemment **tracé dans le dossier** comme n'importe quel acte de soins. Il n'y a **pas lieu de modifier le consentement éclairé habituel** que signe le patient.

Il semble donc difficile de mettre en cause la responsabilité d'un praticien qui aurait respecté ce processus d'information, de discussion du bénéfice/risque, de façon personnalisée, avec son patient comme il est recommandé de le faire, quel que soit le secteur d'exercice.