

# Que faire lorsque l'on doute ? "Demandez à un confrère", répond la Cour de cassation

**Docteur Vincent HAZEBROUCQ,**

Radiologue des hôpitaux à l'Assistance publique - Hôpitaux de Paris, maître de conférences des universités à l'Université Paris Descartes et directeur du diplôme d'imagerie médicolegale de cette université

Une jurisprudence récente<sup>1</sup> permet de connaître l'appréciation des hauts magistrats judiciaires sur l'une des obligations déontologiques fondamentales des médecins, et sur ce qu'il ne faut surtout pas répondre si par hypothèse lors d'un litige, un manquement était reproché à ce propos au médecin défendeur.

## Petite précision juridique préliminaire pour les lecteurs attentifs...

Avant d'entrer dans le vif du sujet, il faut avouer qu'il n'est pas habituel dans ces lignes de focaliser l'attention des radiologues hospitaliers sur la jurisprudence civile de la Cour de cassation ; en effet, la responsabilité indemnitaire des médecins des hôpitaux publics - hors le cas très particulier et exceptionnel de la faute détachable du service - est soumise à l'appréciation des juridictions administratives (tribunaux administratifs, Cours administratives d'appel et Conseil d'État).

Cependant, la responsabilité pénale de chaque médecin reste du ressort des tribunaux judiciaires (donc, ultimement, de la Cour de cassation) ; en outre, certaines conditions d'exercice d'adhérents du SRH les assujettissent aux tribunaux judiciaires pour leur responsabilité civile professionnelle (p.ex., l'activité libérale statutaire des PH). Enfin, de plus en plus souvent, les juges administratifs cherchent à unifier leurs décisions avec celles des juges judiciaires. Ainsi, une nouvelle décision, administrative cette fois, allant dans le même sens serait bien possible.

## Faits médicaux

Mme NN a accouché en janvier 2002 d'une petite fille qui présentait à la naissance une

agénésie partielle de l'avant bras et de la main droite.

Les parents NN ont aussitôt mis en cause le docteur XX, médecin radiologue qui avait pratiqué personnellement sur la patiente cinq examens échographiques de suivi de sa grossesse : (1°) mi-juin 2001 (RAS), (2°) début juillet 2001 (RAS), (3°) mi-septembre 2001, examen dont le compte-rendu précisait "absence de visibilité de la main droite, échographie à recontrôler", (4°) mi-octobre 2001, examen dont le compte-rendu indiquait "identification des deux membres supérieurs et de leurs trois segments mobiles" et enfin, (5°) début décembre 2001, examen dont le compte-rendu n'évoque pas la visibilité ni l'étude des membres supérieurs.

## Procédure juridique

Un expert parisien, radiologue universitaire d'un hôpital pédiatrique prestigieux, a donc été désigné par le Président du Tribunal saisi en référé par les parents NN. Cet expert a conclu, au terme de son étude du dossier, qu'il n'y avait pas eu de faute médicale ou de négligence, et que la non-visualisation de l'agénésie partielle du membre supérieur droit devait être considérée comme "un aléa diagnostique lié à la faiblesse de l'examen échographique dans le dépistage des anomalies des membres"<sup>2</sup>.

## Le jugement initial

En dépit de cette expertise négative, les parents NN décidaient de poursuivre le médecin échographiste devant le Tribunal de grande instance de Lyon, tribunal qui décidait, le 10 janvier 2005, de retenir la responsabilité du médecin, auquel il reprochait d'avoir commis "...une faute en affirmant l'existence des deux mains de l'enfant et en s'abstenant de recourir à l'assistance d'un confrère..." pour son examen de contrôle.

Le Tribunal condamnait ainsi le docteur XX à indemniser les parents NN de leur préjudice de ne pas avoir pu se préparer avant la naissance de l'enfant à son anomalie (3500 €uros de dommages et intérêts + 1500 €uros de frais d'avocats) mais écartait tout lien entre la faute et la malformation de l'enfant, ainsi que tout préjudice indemnisable pour ce dernier.

## L'appel

Les parents NN ont fait appel de cette décision, au nom de l'enfant, indiquant que la faute du médecin les avait privés de la possibilité de consentir de manière libre et éclairée à la poursuite de la grossesse et d'envisager une interruption thérapeutique qu'ils auraient choisie s'ils avaient su que l'enfant à naître serait handicapé.

Devant la Cour d'appel de Lyon, le médecin a invoqué l'article 1er de la 'Loi Kouchner' du 4 mars 2002 au terme desquels les parents d'un enfant né handicapé ne peuvent demander une indemnisation de leur préjudice qu'en cas de faute caractérisée ; le docteur NN ajoutait que le reproche qui lui était fait de n'avoir pas pris l'avis d'un tiers compétent ne constitue pas une 'faute caractérisée', puisque les articles 32 et 33 du Code de déontologie médicale stipulent respectivement :

■ L'obligation de prodiguer au patient "des soins consciencieux, dévoués et fondés sur les données acquises de la science en faisant appel, s'il y a lieu, à l'aide de tiers compétents" (art. R. 4127-32 du CSP)

■ L'obligation d'élaborer son diagnostic "...avec le plus grand soin, en y consacrant le temps nécessaire, en s'aidant dans toute la mesure du possible des méthodes scientifiques les mieux adaptées et s'il y a lieu, de concours appropriés". (Art. R. 4132-33 du CSP)

<sup>1</sup> Cette chronique a été inspirée par une nouvelle du blog [www.Hospidroit.net](http://www.Hospidroit.net). Son responsable, M. Omar YAHIA doit être félicité de la remarquable qualité de ce site, chaudement recommandé aux lecteurs intéressés par le droit hospitalier. L'auteur le remercie également pour la documentation fournie sur ce dossier.

<sup>2</sup> Selon les termes de l'exposé du litige figurant dans l'arrêt du 6 avril 2006 de la Cour d'appel de Lyon.

La Cour d'appel de Lyon a rejeté la demande des parents et inversé le jugement initial, en adoptant le raisonnement de l'échographiste, étayé par deux motivations complémentaires : la non fiabilité à 100 % de l'échographie, selon les données de la littérature, pour le dépistage des anomalies des membres et l'exclusion par la loi du 4 mars 2003 de toute réparation du préjudice personnel de l'enfant ; la Cour précisait ainsi :

*"Attendu que les articles 32 et 33 du Code de déontologie ouvrent une possibilité mais n'imposent pas une obligation ; que par ailleurs le manquement à ce qui n'est qu'une 'bonne pratique' ne suffit pas à établir une 'faute caractérisée' alors surtout que l'expert a dans son pré-rapport exclu toute faute médicale ;"*

*"Attendu qu'au demeurant il n'est pas établi que le recours à un tiers compétent aurait conduit à une conclusion différente de celle de l'examen de contrôle (...d') octobre 2001 qui selon (la demanderesse) s'est prolongé durant deux heures ;"*

#### Pourvoi en cassation des parents

Les parents de l'enfant NN se sont alors pourvus en cassation, en reprochant à cet arrêt d'écarter la faute caractérisée du docteur XX, lequel avait catégoriquement conclu en octobre 2001 à l'identification complète des deux membres supérieurs avec leurs trois segments mobiles (alors qu'à la naissance il avait bien fallu constater une agénésie partielle de l'avant bras et de la main droits) et alors que lors de son précédent examen de septembre 2001 ce même médecin avait à juste titre suspecté une anomalie qu'elle avait décidé de contrôler elle-même, sans s'entourer d'un autre avis, comme l'imposent les articles 32 et 33 du Code de déontologie.

Validant cette argumentation de la demanderesse, la Cour de cassation a, par un arrêt du 27 novembre 2008 cassé l'arrêt de la Cour d'appel de Lyon, et renvoyé les parties devant la Cour d'appel de Lyon autrement composée, en jugeant :

*"Attendu que pour rejeter les demandes, la Cour d'appel, après avoir constaté que l'expert avait précisé que devant le doute diagnostique sur la présence ou l'absence d'un membre il aurait été de bonne pratique de*

*faire constater cette anomalie, énonce que les articles 32 et 33 du Code de déontologie médicale ouvrent à cet égard une possibilité mais n'imposent pas une obligation ;*

*Qu'en statuant par de tels motifs, alors qu'en présence d'un doute diagnostique, qu'elle avait constaté, les articles 32 et 33 du Code de déontologie médicale faisaient devoir au praticien de recourir à l'aide de tiers compétents ou de concours appropriés, la cour d'appel a violé par fausse application les textes susvisés ;*

*Par ces motifs, casse et annule dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu... par la Cour d'appel de Lyon..."*

#### Commentaire

Il faut bien sûr attendre l'arrêt de la Cour d'appel de renvoi pour savoir si les parents et l'enfant seront finalement indemnisés, et sur quel argument.

Cependant, une chose est déjà claire : **lorsqu'un médecin doute, au terme d'un examen qui n'a pas été parfaitement concluant**, les hauts magistrats de la Cour de cassation considèrent qu'il a une **obligation inconditionnelle de demander l'avis de tiers compétents ou de concours appropriés**.

S'il ne le fait pas et qu'il se trompe, il viole les articles 32 et 33 du Code de déontologie, ce qui ouvre droit, en principe à une indemnisation.

Jusqu'ici les médecins avaient de ces articles une lecture plus mesurée, en considérant que l'expression "...s'il y lieu..." permettant de distinguer dans chacun de ces deux articles deux parties distinctes :

- les premières parties de ces deux articles, établissant clairement une **obligation inconditionnelle de moyens** de délivrer des *"soins consciencieux, dévoués et fondés sur les données acquises de la science..."* (art. 32) et d'élaborer son diagnostic avec le *"...plus grand soin, ...le temps nécessaire, ...méthodes scientifiques les mieux adaptées"* ;

- les deux secondes parties, établissant une **obligation relative** dont la nécessité était laissée à l'appréciation du médecin, de recou-



rir à "des tiers compétents" ou à "des concours appropriés".

Cette lecture semble désormais écartée par la première chambre civile de la Cour de cassation qui a choisi de considérer dans son arrêt du 27 novembre 2008 que " s'il y a lieu " doit juridiquement se comprendre comme " à chaque fois que c'est nécessaire " et non pas comme " éventuellement ".

Il va de soi que cette lecture rigoureuse va faire peser sur les médecins, et notamment imagiers diagnosticiens une lourde obligation de 2nd avis à chaque fois qu'ils exprimeront avoir eu un doute, puisque le fait de se contrôler soi même est désormais considéré comme fautif par les magistrats. De nombreux médecins ont de tout temps eu l'habitude de demander l'avis d'un collègue, d'un confrère, souvent sans s'en vanter... cette jurisprudence nous incitera désormais à le coucher par écrit dans nos comptes-rendus. Par ailleurs, la télé-expertise pourrait bien trouver, dans cette jurisprudence judiciaire, un argument de poids pour se développer.

Enfin, en cas de litige survenant après l'expression d'une incertitude, d'un doute ayant conduit à la réalisation personnelle d'un autre examen, il est clair que le système de défense adopté par le docteur XX doit être rejeté : le docteur XX aurait peut-être gagné son procès s'il avait simplement indiqué ne pas avoir estimé que c'était nécessaire, au lieu d'arguer qu'il avait le droit de ne pas le faire... Cette jurisprudence illustre à nouveau la très grande importance de la façon de dire les choses devant les Juges, ce qui compte parfois plus que les faits eux-mêmes. D'où l'intérêt d'un excellent avocat, et d'une bonne assurance.