

## La responsabilité civile au bloc opératoire: un sujet qui reste controversé

Pr Dr L. Michel

Mentionnons à titre liminaire que la loi du 15 mai 2007 – Loi relative à l'indemnisation des dommages résultant des soins de santé – a été publiée au Moniteur le 6 juillet 2007. A ce stade, il serait téméraire de croire que cette loi résout définitivement l'ensemble de la problématique de la responsabilité sans faute! Et ce pour deux raisons: premièrement, la loi du 15 mai 2007 rappelle, dans son article 8, l'obligation que tout prestataire de soins a de souscrire une assurance auprès d'une entreprise d'assurances, conformément aux dispositions des articles 9, 10 et 11. Deuxièmement, il est présentement hasardeux d'interpréter cette loi, et encore plus de s'autoriser à régler les nombreux aspects pratiques de la responsabilité sans faute, alors même que les arrêtés d'exécution sont encore dans les limbes législatifs. En d'autres mots, à l'heure actuelle la prudence conseille de ne pas aller plus loin que le simple constat que la problématique en question sera sensiblement modifiée par la nouvelle loi. Et pour les imprudents, l'article 33 de cette loi rappelle d'ailleurs quelques dispositions pénales désagréables.

Il n'est dès lors pas inutile d'aborder une fois de plus, avec la sérénité qui s'impose à toute réflexion juridique, la responsabilité des intervenants dans un bloc opératoire. Bloc opératoire qui constitue une unité de lieu, de temps et d'action – comme dans la tragédie classique – où s'entrechoquent les caractères, où se catalysent les ego et où, idéalement, les grandeurs devraient être proportionnelles aux servitudes. Ce qui va être développé ici s'inspire très largement de l'ouvrage du spécialiste belge incontesté de la Responsabilité Civile du Médecin et de l'Hôpital: Thierry Vanswevelt.<sup>1</sup> Les recoupements entre la norme juridique et la norme déontologique (ie. certains articles du code de déontologie) seront également mentionnés. Tout ceci pour essayer de maintenir au centre de notre brève réflexion la place du patient et le respect de la confiance qu'il nous accorde dans ce moment de grande vulnérabilité que constitue une maladie imposant une agression chirurgicale, au nom du moindre mal.

### Un contrat *intuitu personae*

Pour le patient, l'identité ou la qualité personnelle de l'autre partie, le médecin, est souvent décisive pour consentir au contrat. Dans ces circonstances on parle d'un contrat *intuitu personae*. Ce contrat ne peut être – du moins en principe – ni cédé ni exécuté par des agents d'exécution. Celui qui fait une "offre" de contracter n'est pas obligé d'accepter n'importe qui comme contractant (article 49 du code de déontologie<sup>2</sup>). Par le caractère *intuitu personae* du contrat, l'offrant (le médecin) reste libre d'accepter ou non l'autre partie comme contractant (le patient), sauf en situation d'urgence.

## La responsabilité contractuelle du chirurgien pour les auxiliaires

### A. Le caractère *intuitu personae* du contrat

Dans probablement la plupart des cas, un patient qui doit être opéré a rencontré auparavant un chirurgien ou il a connu le chirurgien à l'hôpital et a discuté de l'intervention avec lui. Un contrat médical peut ainsi naître entre le patient et le chirurgien. Concrètement, le patient ne conclut pas de contrat avec les autres membres de l'équipe chirurgicale, du service d'anesthésiologie, du département de soins infirmiers gérant le nursing des services d'hospitalisation et de salle d'opération. Il arrive d'ailleurs souvent qu'il ne les connaisse même pas et/ou n'ait pas été examiné par eux. D'ailleurs, le patient qui a convenu d'une certaine opération avec un chirurgien ne se préoccupe généralement pas de l'identité des autres membres de l'équipe. Il se fie au chirurgien en ce qui concerne l'organisation pratique de l'opération (article 50 du code de déontologie<sup>3</sup>). Mais le chirurgien n'effectue pas lui-même toutes les tâches opératoires et/ou péri-opératoires. Il s'assure le concours de collègues-médecins, d'infirmiers(ères) et d'autres personnes. On assiste également à une évolution caractérisée par la consultation pré-anesthésique systématique dans les services bien structurés. Les modalités de ce type de prise en charge varient cependant d'une institution à l'autre et restent grevées d'une hypothèque non négligeable, à savoir: le manque chronique de médecins-anesthésistes.

### B. La responsabilité contractuelle du médecin pour les fautes d'un membre de l'équipe

#### Principe

Conformément aux règles générales de la responsabilité contractuelle pour les fautes des auxiliaires, le chirurgien est tenu responsable des personnes qui interviennent lors de l'exécution de ses obligations. Les fautes commises par les auxiliaires du chirurgien sont censées être les fautes du chirurgien même. Le fait que l'inexécution de l'obligation soit due à une faute du débiteur principal (le chirurgien), ou bien de l'agent d'exécution (un membre de l'équipe), n'est pas important pour le patient victime d'un préjudice. Comme il a été porté atteinte au contrat principal, cette inexécution, causée éventuellement par une faute de l'auxiliaire, est imputable au débiteur principal: le chirurgien.

Les fautes des autres membres de l'équipe, comme l'anesthésiste, le cardiologue, l'interniste, le médecin-assistant, l'infirmier(e), etc., commises dans l'exécution de leurs obligations contractuelles peuvent dès lors être imputées au chirurgien. La majorité de la doctrine juridique belge et française se prononce dans ce sens. Des voix s'élèvent également dans cette direction dans la doctrine néerlandaise. Cette règle est logique, vu que le chirurgien est la seule personne qui se soit liée, ou qui ait promis quelque chose, tandis que les auxiliaires, sans s'obliger,

1. Vanswevelt Th. *La responsabilité civile du médecin à l'hôpital*, Bruylant, Bruxelles, 1996.

2. Article 49 du code de déontologie: Le chirurgien peut refuser toute décision opératoire dont l'indication lui paraît insuffisamment justifiée ou pour tout autre motif légitime.

3. Article 50: En vue d'assurer à son patient les soins les meilleurs, le chirurgien doit choisir les aides opératoires compétents. Il porte la responsabilité de ce choix.

ont quand même été engagés dans l'exécution du contrat. Comme l'écrit J. Ambialet<sup>4</sup>: "Il faut donc bien se convaincre de l'idée que lorsqu'un médecin est responsable d'autres médecins, de son assistant ou du nursing c'est uniquement parce qu'il est le seul à avoir contracté avec le malade, le seul à s'être engagé à soigner alors que l'assistant ou l'infirmier(e), eux, n'ont rien promis au malade et ont pourtant été introduits dans l'exécution de l'engagement pris à l'égard de celui-ci".

Attendu, en effet, que le chirurgien est investi de la confiance de la personne sur laquelle il va pratiquer une opération, il est tenu, en vertu du contrat qui le lie à cette personne, de la faire bénéficier pour l'ensemble de l'intervention, de soins consciencieux, attentifs et conformes aux données de la science (article 34 du code de Déontologie<sup>5</sup>). Dès lors, il peut être amené à devoir répondre des fautes que peut commettre le médecin auquel il a recours pour l'anesthésie, car ce dernier se substitue au chirurgien pour l'accomplissement d'une partie inséparable de son obligation initiale. Cette substitution se faisant parfois sans le consentement personnalisé ou ciblé du patient. A titre d'exemple, le médecin-anesthésiste qui a rencontré le patient en consultation pré-anesthésique n'est pas nécessairement celui qui pratiquera l'anesthésie. Ajoutons immédiatement que c'est aussi de plus en plus souvent le cas pour les chirurgiens relevant de spécialités aux lourdes astreintes, dont l'âge moyen augmente de façon préoccupante et dont le nombre diminue.

La jurisprudence française s'est prononcée plusieurs fois sur la question de savoir si un chirurgien est tenu en tant que débiteur principal des fautes des membres de l'équipe dans leurs fonctions d'auxiliaires. La jurisprudence belge ne s'est jamais prononcée expressément sur cette question, à une exception près. En 1992, le tribunal correctionnel de Louvain s'est prononcé dans le même sens que la jurisprudence française et a affirmé que le chirurgien peut être tenu responsable des fautes de l'anesthésiste et de tout autre auxiliaire<sup>6</sup>. En fait, les avocats poursuivent souvent directement la personne qui a commis la faute. Cette pratique présente, toutefois, l'inconvénient que l'identité de celui qui a causé le dommage doit être connue avec certitude. Ceci n'est cependant pas toujours possible lorsque le patient est opéré par une équipe médicale.

La jurisprudence qui rend le chirurgien responsable contractuellement des fautes de l'anesthésiste et de tout autre auxiliaire est critiquée. Elle ne tient pas compte de l'évolution de la médecine qui considère l'anesthésie comme une discipline à part entière. La répartition spécifique des tâches entre le chirurgien et l'anesthésiste doit, en effet, se refléter dans une répartition et une hiérarchie des responsabilités. On peut évoquer contre cette critique que le point de vue qui qualifie l'anesthésiste d'agent d'exécution ne porte nullement atteinte à la capacité ou à l'indépendance de l'anesthésiste. Car l'anesthésiste n'est pas considéré comme un préposé du chirurgien, comme c'était parfois le cas à tort dans le passé. Il agit en tant qu'agent d'exécution indépendant. C'est justement parce que le chirurgien ne maîtrise pas la technique d'anesthésie qu'il fait appel à

un anesthésiste. D'ailleurs il ne semble pas être question en général d'une position de subordination de l'anesthésiste.

Il n'en reste pas moins, toutefois, que par la force des choses c'est le chirurgien qui accepte une mission générale, et qui est responsable contractuellement des fautes des membres de l'équipe (e.g. l'anesthésiste). Mais il peut s'en libérer, même implicitement, en convenant que certaines tâches seront exécutées par d'autres personnes. Dans ce cas le chirurgien n'est plus responsable des fautes d'autres membres de l'équipe. Néanmoins, il est probablement plus exact de dire que le chirurgien ne s'exonère pas vraiment, mais indique, implicitement ou explicitement, qu'il ne s'engage pas à certaines obligations.

### C. La formation d'un contrat avec un membre de l'équipe

Il arrive parfois que le patient conclue un contrat médical avec des membres de l'équipe (un anesthésiste, une instrumentiste, etc) autre que le médecin traitant (le chirurgien). Leur responsabilité est alors en principe contractuelle, car ils s'engagent à des obligations contractuelles propres. Dans cette hypothèse, le chirurgien ne peut plus être poursuivi en tant que débiteur principal parce que le membre de l'équipe concerné n'agit plus uniquement comme son auxiliaire.

Il persiste cependant un débat autour de la question suivante: quand un tel contrat est-il formé avec un membre de l'équipe? Selon certains, l'accord par la volonté des parties peut apparaître d'une visite préopératoire du médecin (a). D'autres vont plus loin et estiment qu'un contrat est presque toujours conclu entre le patient et les autres membres de l'équipe. Ils font appel pour cela aux figures juridiques telles que la stipulation pour autrui (b) et le mandat tacite (c). Ces trois possibilités seront analysées successivement.<sup>7</sup>

#### a) Un examen préopératoire

La jurisprudence établit que lorsque l'anesthésiste est choisi soit par le chirurgien soit par l'hôpital, ce choix peut être ratifié expressément ou tacitement par le malade; qu'une telle ratification se déduit des circonstances de fait, et qu'elle est réalisée lorsque le malade se soumet volontairement et en connaissance de cause à un examen et à des soins préopératoires pratiqués par l'anesthésiste; que cette ratification donne alors naissance à un contrat séparé entre le malade et ce praticien.

La situation la plus courante est celle où un membre de l'équipe (l'anesthésiste) fait une visite préopératoire au patient juste avant l'opération ou la veille au soir. Une partie importante de la doctrine belge et française considère que cette visite est un consentement tacite du patient et qu'il se forme un contrat entre eux.

#### b) La stipulation pour autrui

Selon une partie de la doctrine française et belge, l'absence d'un contact (contrat) direct entre un membre de l'équipe et le patient ne constitue pas un obstacle pour fonder la responsabilité du membre de l'équipe sur une base contractuelle. La stipulation pour autrui est alors invoquée. Celle-ci peut se définir comme la stipulation par laquelle une partie – le stipulant – stipule, en son nom propre et pour son propre compte, un droit de la part d'une autre partie – le promettant – en faveur d'un tiers, qui reste cependant complètement étranger à ce contrat. En d'autres termes, le chirurgien stipule de la part d'un autre membre de l'équipe (le promettant) les soins médicaux spécifiques auxquels le bénéficiaire (le patient) a droit. Le patient accepterait

4. Ambialet J. *Responsabilité du fait d'autrui en droit médical*, p. 63. Cité par Vansweevelt Th.

5. Article 34 (modifié le 18 août 2001) du Code de déontologie.

§1er. Tant pour poser un diagnostic que pour instaurer et poursuivre un traitement, le médecin s'engage à donner au patient des soins attentifs, consciencieux et conformes aux données actuelles et acquises de la science.

§2. La victime d'une faute médicale a droit à la réparation du dommage causé par cette faute et tout médecin doit être assuré à cette fin.

6. Tribunal correctionnel de Louvain, 30 juin 1992, *Vlaams Tijdschrift voor Gezondheidsrecht*. Cité par Vansweevelt Th.

7. Cfr. Vansweevelt Th. *passim*

implicitement cette stipulation pour autrui en s'adressant au chirurgien. Cette construction juridique donne la possibilité au patient de poursuivre contractuellement le membre de l'équipe – le promettant – en cas de faute.

L'assimilation de la relation entre le chirurgien, le membre de l'équipe et le patient à une stipulation pour autrui n'est cependant pas convaincante. Car on ne peut nier un certain caractère fictif de la théorie de la stipulation pour autrui. On peut effectivement douter qu'il soit satisfait à l'intention de ne pas s'engager dans son propre intérêt mais en faveur d'un tiers. Un chirurgien qui fait appel aux services des autres membres de l'équipe ne semble pas tellement stipuler pour le patient, mais semble plutôt agir dans son propre intérêt. Le chirurgien organise personnellement tout ce qui est nécessaire à l'opération, mais ne semble pas vouloir en réalité donner un droit au patient. Par ailleurs, les interférences logistiques sont nombreuses au niveau hospitalier en général et au niveau du bloc opératoire en particulier. Ces interférences n'étant absolument plus sous le contrôle du chirurgien. Très concrètement, le chirurgien n'a bien souvent plus droit de regard, et encore moins de décision, sur le choix de l'anesthésiste qui endormira le patient et sur l'instrumentiste qui l'assistera.

De plus, on s'est demandé si la stipulation pour autrui était compatible avec le devoir de tout médecin-créancier – de tout médecin débiteur indépendant – d'obtenir le consentement éclairé du patient. Qui plus est, nombre d'aspects de la stipulation pour autrui contreviennent – pour ce qui concerne l'information et le consentement du patient – avec la loi de 2002 sur les droits du patient. La stipulation pour autrui ne semble donc plus constituer une base générale adaptée pour fonder la responsabilité contractuelle du membre de l'équipe, d'autant plus que la réalité quotidienne démontre à suffisance que le chirurgien et l'anesthésiste n'organisent plus personnellement tout ce qui est nécessaire à l'opération, que ce soit sur le plan de l'infrastructure matérielle (locaux, équipements, horaires) et du personnel paramédical (département de nursing). D'où l'apparition dans le monde anglo-saxon de la notion d' "Institution Litigation" associant l'hôpital et ses gestionnaires au partage des responsabilités. La faiblesse de la figure juridique que représente la "stipulation pour autrui" est la raison pour laquelle, certains auteurs ont proposé une autre construction, à savoir: le mandat tacite.

### c) *Le mandat tacite*

La formation d'un contrat entre un membre de l'équipe et le patient peut être également fondée sur un mandat tacite. Ce mandat peut être décrit comme un contrat pour lequel une partie (le mandant) charge une autre partie (le mandataire), qui accepte, de l'exécution d'un ou plusieurs actes en son nom et pour son compte. En ce qui concerne la problématique médicale, il faut constater que ce mandat tacite peut être interprété de deux façons différentes.

D'une part, est défendue l'opinion selon laquelle les différents membres de l'équipe donnent à celui d'entre eux qui est en contact

avec le patient le mandat tacite de conclure un contrat en leur nom. Ce raisonnement a eu du succès dans la doctrine française. L'objection principale à cette théorie est probablement le caractère fictif des consentements supposés. Non seulement tous les membres de l'équipe mandateraient le chirurgien, mais en plus le patient accepterait (tacitement?) tous les membres de l'équipe comme partenaires contractuels. De surcroît, le caractère intuitu personae du contrat médical serait alors ignoré. D'autre part, on suppose que le patient mandate tacitement le chirurgien pour prendre toutes les décisions qui favorisent le succès du traitement, *in casu* se faire assister par toutes les personnes qu'il estime nécessaires.

A première vue, ce raisonnement est défendable. La conclusion d'un contrat par le chirurgien-mandataire avec d'autres membres de l'équipe au nom et pour le compte du patient pourrait alors être considérée comme une conséquence que «l'usage» visé dans l'article 1135 C.civ. rattache au contrat médical. Mais on peut se demander si la nature même du contrat médical ne s'oppose pas réellement à ce que le consentement tacite du patient soit interprété trop soupagement. Rappelons à nouveau que le contrat entre le médecin et le patient est en premier lieu un contrat intuitu personae basé sur la confiance personnelle qui s'est établie. Ce lien personnel de confiance (qu'on le veuille ou non) ne peut pas être transmis purement et simplement à un autre médecin ou à une autre personne, parce que le médecin abandonnerait alors sa responsabilité sans avoir obtenu le consentement du patient et sans l'avoir informé. Rappelons enfin le fondement éthique de la relation entre soignant et soigné: «La rencontre d'une confiance – celle du soigné – avec une conscience – celle du soignant».

### **Conclusion**

Les choses sont loin d'être simples et les controverses juridiques loin d'être épuisées, même après la publication de la loi du 15 mai 2007 dont on attend avec impatience les arrêtés d'exécution. **Toutefois, du point de vue de la déontologie, il n'existe pas de doute quant à la responsabilité individuelle du chirurgien et de l'anesthésiste.** Cependant, la théorie juridique – qui considère le médecin traitant (le chirurgien pour ce qui concerne le bloc opératoire) comme le débiteur principal et les membres de l'équipe comme ses agents d'exécution – semble non seulement la plus réaliste, mais offre aussi le plus de garanties au patient. Le patient pourra, en effet, toujours *demandeur des comptes et/ou poursuivre la personne qu'il connaît le mieux*, c'est-à-dire celle qu'il a clairement identifiée et avec laquelle il a établi à la fois une relation de confiance et un contrat. Donc celle qui est devenue son *débiteur principal*. Celui-ci pourra, le cas échéant, intenter à son tour une action récursoire contre l'auxiliaire négligent. En d'autres mots, ce n'est pas – ou ce n'est plus – en termes de supérieurs et de subordonnés que se pose la question de la responsabilité au bloc opératoire, mais bien en termes d'inéluctable – et inéludable - hiérarchie des responsabilités cliniques vis-à-vis d'un patient vulnérable.