

Les déprogrammations des actes médicaux pour cause de COVID 19, insusceptibles d'engager la responsabilité des acteurs de santé.

Dans le contexte de restrictions qu'a connu notre système de santé, d'aucuns imaginent déjà rechercher la responsabilité de professionnels ou établissements de santé au titre d'un retard de prise en charge à l'origine d'une perte de chance de survie ou de limiter les séquelles.

C'est oublier un peu vite que la première condition sine qua non à l'engagement de leur responsabilité est la démonstration d'une faute qui leur soit imputable, principe aujourd'hui codifié à l'article L.1142-1 du Code de la santé publique depuis la loi Kouchner du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. Auparavant, la jurisprudence jugeait déjà depuis le célèbre arrêt Mercier que l'obligation pesant sur le médecin est de donner à son patient des soins « *consciencieux, attentifs et, **réserve faite de circonstances exceptionnelles**, conformes aux données acquises de la science ;* » (Cass. Civ., 20 mai 1936, Mercier).

Le recours aux « circonstances exceptionnelles »

Or en fait de circonstances exceptionnelles, les décisions prises par les autorités sanitaires depuis la mi-mars tendant à limiter les opérations chirurgicales aux urgences, ou en avril de centraliser l'achat et la distribution de certains produits anesthésiants, répondent certainement à cette qualification. Plus encore, la psychose alimentée par la presse pendant des semaines autour de la dangerosité du coronavirus aura dissuadé un certain nombre de patients de consulter leur médecin et certainement entraîné des retards de diagnostic et/ou de prise en charge, quels que soient les appels des autorités médicales à maintenir le suivi des patients les plus fragiles et les efforts fournis en ce sens par les professionnels de santé.

A titre d'illustration, la fiche « prise en charge hors covid-19 » éditée le 9 avril 2020 par le Ministère de la santé à destination des professionnels de santé prescrit le « principe de report des interventions chirurgicales programmées », sous réserve d' « assurer les prises en charge chirurgicales urgentes et les interventions qui ne peuvent pas être différées en raison de l'état de santé du patient **si le report de l'intervention fait porter un risque trop important de perte de chance au regard de la balance bénéfico-risque**, le cas échéant au regard des recommandations édictées par les sociétés savantes. ».

Par définition, la stricte application de ce principe conduirait, statistiquement, à ce qu'un certain nombre de reports d'opérations qui auraient été jugées comme présentant un risque « peu important » de perte de chance entraîne néanmoins la réalisation de ce risque.

Aussi de deux choses l'une, ou bien les professionnels de santé auront largement « ouvert le parapluie » en maintenant toutes les opérations présentant le moindre risque de perte de chance en cas de report, de sorte qu'aucune perte de chance ne pourra leur être reprochée à titre individuel mais au détriment de l'intérêt collectif de la santé publique, ou bien ils auront joué le jeu de la rationalisation des interventions chirurgicales, au risque d'engager leur responsabilité civile professionnelle. En cas de contentieux, il y a cependant tout lieu d'espérer que l'appréciation d'un éventuel manquement aux « règles de l'art » dans la décision de report d'une opération tiendrait compte des « circonstances exceptionnelles ». En effet, la jurisprudence distingue traditionnellement la faute de la simple erreur de diagnostic, notamment lorsque le diagnostic est difficile, et la solution pourrait donc être transposée au « diagnostic de l'urgence » à maintenir ou non une opération. Hors le cas d'une erreur manifestement grave de jugement, les professionnels de santé pourraient donc être épargnés, non peut être sans l'économie d'une longue procédure ...

Une occasion manquée d'appliquer le Droit spécifique des menaces sanitaires graves

A cet égard, il est regrettable que les injonctions à la limitation des opérations chirurgicales n'aient pas offert les meilleures garanties juridiques que pouvaient en attendre les professionnels de santé et les patients. En effet, l'article L. 3131-1 du Code de la santé publique prévoyait dès avant la crise qu'« *En cas de menace sanitaire grave appelant des mesures d'urgence, notamment en cas de menace d'épidémie, le ministre chargé de la santé peut, par arrêté motivé, prescrire dans l'intérêt de la santé publique toute mesure proportionnée aux risques courus et appropriée aux circonstances de temps et de lieu afin de prévenir et de limiter les conséquences des menaces possibles sur la santé de la population* ».

C'est sur cette base notamment que furent prises les premières mesures prescrivant le respect des gestes barrière et la fermeture de certaines catégories d'établissements recevant du public. Surtout, l'article L. 3131-4 du même code prévoit un **régime de réparation intégrale alternatif au droit commun** au profit des victimes d'accidents médicaux imputables à des activités de prévention, de diagnostic ou de soins réalisées en application de mesures prises conformément à l'article L. 3131-1. En d'autres termes, si les mesures de limitation des opérations non urgentes avaient été officiellement édictées par un arrêté du Ministre de la santé pris sur ce fondement, les éventuelles victimes de ces mesures auraient pu prétendre à la réparation intégrale de leurs préjudices auprès de l'ONIAM, sans discussion sur la recherche d'une faute ou l'atteinte d'un seuil de gravité. C'est notamment sur ce fondement que les victimes de la campagne de vaccination liée au virus H5N1 ont pu obtenir réparation de leurs préjudices, et il est possible que si un vaccin contre le Covid-19 était mis au point, les actes de vaccination seraient couverts par ce régime juridique. En attendant, tel n'était pas le cas des mesures limitant les opérations chirurgicales.

En effet, il apparait que la demande de déprogrammation des opérations non urgente résulte, outre de l'annonce du Président de la République dans son adresse aux français du 12 mars 2020, d'un courrier du même jour adressé par le Ministre de la Santé aux Agences Régionales de Santé. Autrement dit, c'est à l'échelon régional que les décisions ont été formellement prises. Le Directeur de l'ARS Ile-de-France a par exemple déclaré à la presse avoir « *donné l'instruction* » à « *tous les hôpitaux et cliniques* ».

Diriger les demandes indemnitaires contre l'Oniam voire l'Etat

Est-ce à dire que les patients victimes de déprogrammations seraient privés de toute indemnisation en l'absence de faute du professionnel de santé ? Certaines victimes pourront bénéficier du régime de droit commun d'indemnisation des accidents médicaux non fautifs prévu par les dispositions du II de l'article L.1142-1 du Code de la santé publique ; à condition toutefois que les seuils de gravité soient atteints, et surtout que l'accident soit rattachable à un acte de prévention, de diagnostic ou de soin, ce qui pourrait être le cas pour une décision expresse de déprogrammation, mais probablement pas pour un retard de prise en charge imputable à une réticence du patient à consulter.

Resterait une voie ésotérique à explorer pour les victimes les plus téméraires, fondée sur le droit commun de la responsabilité sans faute de l'administration du fait d'une décision réglementaire régulière (CE, Sect., 22 février 1963, Commune de Gavarnie), à condition de démontrer l'existence d'un préjudice anormal et spécial en lien de causalité direct et certain avec la décision.

Après avoir reçu les louanges du public au plus fort de la crise, espérons que les professionnels de santé n'auront pas trop à s'inquiéter de patients querulents.

Philippe CHOLET

Avocat spécialiste en droit de la santé

Guillaume PHAN

Avocat