

# COVID-19, cancer et « perte de chance »



**Dr Rémy J. SALMON**  
Membre de l'Académie  
de chirurgie  
Expert CCI (Commission  
de conciliation et  
d'indemnisation),  
Expert honoraire agréé  
par la Cour de cassation,  
expert près les cours  
administratives d'appel  
de Paris et de Versailles



**Pr Catherine BUFFET**  
Membre de l'Académie  
nationale de médecine  
Expert CCI (Commission  
de conciliation et d'indem-  
nisation), ONIAM (Office  
national d'Indemnisation  
des accidents médicaux)



**Dr Christine ESTÈVE**  
Docteur en Droit  
Expert agréé par la Cour  
de cassation

**L**a perte de chance en médecine et notamment en cancérologie se décline en trois temps.

Le premier est celui du retard au diagnostic.

Le deuxième est celui de la prise en charge de la maladie cancéreuse. La majorité des sociétés savantes a rédigé des recommandations concernant les parcours de soins. Il s'agit d'avis d'experts. Ces avis tiennent compte des données scientifiques de bonne pratique (*Evidence Based Medicine*).

Le troisième est celui de l'évolution après traitement.

Que se passera-t-il, dans quelques années, lorsqu'un patient consultera avec un diagnostic de cancer en récurrence locale ou en évolution métastatique et déclarera que son traitement n'a pas été pris en charge de façon adaptée à cause de l'épidémie du COVID-19 ? Le patient ou ses ayants droit pourront-ils alors en demander réparation au titre d'une « perte de chance » ?

## 1. La perte de chance<sup>1</sup>

La notion de perte de chance est affirmée dans un arrêt didactique de 1974, l'arrêt Faivre<sup>2</sup>. La Cour de cassation rejette le pourvoi du chirurgien en énonçant : « *Mais attendu qu'un préjudice peut être invoqué du seul fait qu'une chance existait et qu'elle a été perdue.* » S'il existe une incertitude que la mort soit évitée par l'intervention de l'anesthésiste, la certitude est que la patiente avait une chance de survie si l'anesthésiste avait été prévenu.

La Cour, dans une jurisprudence constante, envisage la réparation sur le fondement de la perte de chance, en présence d'une faute dont les conséquences sont incertaines par rapport à l'apparition du dommage ou à sa gravité : « *lorsqu'il ne peut être tenu pour certain qu'en l'absence de faute dans la prise en charge d'un patient, le dommage ne serait pas survenu, le préjudice subi s'analyse en une perte de chance d'échapper à ce dommage ou de présenter un dommage de moindre gravité, correspondant à une fraction des*

*différents chefs de préjudice, évaluée par les juges du fond en mesurant l'ampleur de la chance perdue et non en appréciant la nature ou la gravité de la faute* »<sup>3</sup>.

## Les contrastes de la perte de chance

En matière de faute médicale, la théorie de la perte de chance met en lumière deux éléments contradictoires :

- l'incertitude, puisqu'il ne peut être certain que si la faute n'avait pas été commise, la guérison ou au moins une amélioration de l'état du patient, aurait pu être obtenue ;
- la certitude, puisque si la faute n'avait pas été commise, le malade avait des chances de guérison ou d'amélioration et la faute l'a privé de cette chance.

La loi du 4 mars 2002 précise que chaque professionnel de santé n'engage sa responsabilité qu'en cas de faute<sup>4</sup>. Le tryptique de la responsabilité fait intervenir la faute, le dommage et un lien de causalité entre les deux. En droit de la réparation, ce lien doit être direct et certain. Le médecin est aussi tenu de mettre en œuvre personnellement des soins consciencieux, attentifs et diligents<sup>5</sup>.

Il est donc nécessaire qu'il y ait faute médicale<sup>6</sup> – erreur, maladresse, imprudence, négligence – pour évoquer la responsabilité du médecin et le condamner pour avoir fait perdre une chance de guérison ou de survie.

Le patient est déjà dans une situation aléatoire, il a couru certaines chances, mais le dommage s'est produit. L'enjeu ici est d'éviter le dommage corporel. La faute fait disparaître cet enjeu mais ne crée pas ce dommage. Le patient est déjà engagé dans un processus morbide, il n'avait plus que des chances de survie et il est certain que le médecin les lui a fait perdre. Le résultat de l'enchaînement causal est connu, de même que la situation finale du patient.

La faute n'a pas créé le dommage, mais a diminué une chance de survie ou de guérison. Il n'existe pas de lien direct et certain entre faute et dommage

corporel. Or, l'attribution d'une responsabilité exige un lien direct et certain. Le seul lien direct et certain établi l'est entre la faute et la chance perdue.

Et la Cour de cassation précise que doit être caractérisée « l'existence d'une perte de chance certaine et en relation directe avec la faute retenue »<sup>7</sup>.

Ni l'incertitude évolutive de la pathologie, ni l'indétermination du syndrome de détresse respiratoire aiguë ne sont de nature à faire écarter le lien de causalité entre la faute et la perte de chance de survie<sup>8</sup>. La perte de chance présente un caractère direct et certain chaque fois qu'est constatée la disparition d'une éventualité favorable<sup>9</sup>.

La perte de chance devient alors le seul dommage qui doit être indemnisé<sup>10</sup>, et comme l'a réaffirmé récemment la Cour « pour être indemnisée, une perte de chance doit présenter un caractère réel et certain »<sup>11</sup>.

Il y a perte de chance lorsqu'il est certain que la faute a entraîné la disparition d'une éventualité favorable comme la chance de guérison, de survie ou de voir son état s'améliorer ou d'échapper à une infirmité. Les manquements peuvent être une faute technique, un retard d'intervention ou de diagnostic ou une faute de surveillance.

Il en est ainsi pour le retard de diagnostic ou de traitement<sup>12</sup>, la mauvaise évaluation d'un risque de macrosomie<sup>13</sup>, le retard de prise en charge<sup>14</sup> ou l'absence de contention après un traitement d'orthodontie<sup>15</sup>.

Le défaut d'information qui n'est pas la cause de la complication peut être considéré comme une perte de chance d'éviter le dommage. Mieux informé, le patient, *a posteriori*, n'aurait peut-être pas choisi ce traitement.

Le patient a été privé d'une éventualité favorable ou de la possibilité d'éviter un risque qui s'est finalement réalisé.

Cependant, il n'est pas certain qu'en absence de faute il y eut amélioration. L'incertitude est liée à la maladie, car malgré tous les progrès scientifiques, il persiste une part de mystère.

### La réparation de la perte de chance

L'indemnisation sera établie en fonction de la chance perdue, soit un pourcentage

évalué par le juge du montant total de l'intégralité du préjudice.

Le défi est alors redoutable pour le juge de la responsabilité qui confronte ce qui est et ce qui aurait dû être. C'est la délicate opération du pronostic rétrospectif<sup>16</sup>, d'exposer ce qui se serait passé si la faute n'avait pas été commise. Souvent impossible à affirmer, il se fonde alors sur les statistiques pour évaluer en fonction des antécédents et prédispositions du patient les probabilités de succès. C'est tout l'intérêt du rapport de l'expert, qui éclaire le juge.

La perte de chance sera intégralement réparée. Elle correspond à une fraction des différents chefs de préjudice.

Le rappel de ces notions est nécessaire dans la mesure où dans un futur proche, les magistrats et les médecins pourront être confrontés à différents types de situations.

### 2. Le retard de l'accès au diagnostic

Les autorités de santé ont souligné l'importance de la poursuite des soins des « 20 millions » de patients porteurs de pathologies « chroniques »<sup>17-18</sup>.

Le confinement, limitant et/ou reportant le nombre de consultations médicales, d'actes radiologiques et biologiques et privilégiant les téléconsultations (ou TLC), lorsqu'elles sont possibles, induit des modifications dans les protocoles de surveillance et risque de ne pas mettre en évidence des reprises évolutives locales ou des métastases. Que répondrons-nous aux patients chez qui un examen fait avec quelques mois de « retard » met en évidence une reprise évolutive ?

À l'inverse, il serait difficile de justifier une contamination par le COVID-19 à l'occasion d'une mammographie, d'une échographie pelvienne ou d'un scanner réalisés dans un centre où existe une unité d'accueil de patients porteurs d'un COVID-19.

L'ensemble de la communauté médicale admet que, plus tôt diagnostiqué, meilleur est le pronostic d'un cancer. Mais la date exacte du début de la maladie est souvent floue. Les patients sont souvent réticents à dire qu'ils ont attendu avant de consulter. Les facteurs sociétaux,

conjoint dépendant, garde d'enfants, distance par rapport aux centres de soins, délais d'obtention d'imagerie spécialisée, animaux de compagnie... peuvent être responsables d'un délai non négligeable entre les premiers symptômes et la première consultation dédiée. La cinétique de croissance d'une tumeur reste également un paramètre d'interprétation difficile.

### 3. Les différentes étapes

Dans ce contexte de COVID-19, de nouvelles approches en cancérologie sont nécessaires et peuvent se schématiser en 5 parties :

1. Le premier cas, le plus simple : un geste chirurgical est possible et permet une exérèse curative complète de la tumeur. Les traitements dits « adjuvants », postopératoires, sont discutés dans les réunions de concertation pluridisciplinaires (RCP)<sup>19</sup>. C'est au cours de cette RCP que se discutent notamment les délais à respecter entre l'intervention et la date de début de la radiothérapie et/ou de la chimiothérapie.

La question est plus délicate lorsqu'un patient, porteur d'une infection à COVID-19, fait une complication aiguë de son cancer. Compression cérébrale menaçant d'un engagement, occlusion intestinale ou obstacle urinaire par compression tumorale, nécessité d'un drainage thoracique par pleurésie maligne, drainage biliaire lors d'une angiocholite ou de pancréatite, asphyxie par compression ganglionnaire médiastinale.

L'assistance à personne en danger, face à cette complication mortelle à court terme, est prioritaire. Le COVID passe au second plan dans l'urgence vitale. Il faut alors prévoir des précautions particulières autour de l'acte opératoire, pour le personnel et pour les locaux. Certains centres (Institut Gustave Roussy, à Villejuif...) ont consacré une partie de leurs locaux exclusivement aux patients COVID-19+.

Certaines équipes proposent un test PCR (*Polymerase Chain Reaction* –

test fait lors d'un prélèvement nasal) en préopératoire de façon systématique lors de la consultation préopératoire, sans aucune donnée scientifique validée<sup>20-25</sup>.

2. Deuxième situation : les soins ne nécessitent pas de prise en charge urgente et/ou peuvent être reportés sans risque. Cela concerne principalement les consultations de surveillance, en l'absence de signes suggérant la possibilité d'une récurrence. On en rapproche les patients recevant une hormonothérapie ou une chimiothérapie orale, dont les bilans biologiques et radiologiques peuvent être reportés au retour d'une situation sanitaire normale. C'est ici la place des TLC.
3. Troisième situation : l'omission ou le report des soins n'auront qu'un rôle marginal sur la durée et/ou la qualité de vie. Une proportion importante de soins cancérologiques est dédiée à des patients porteurs de cancers avancés. Lorsque des essais thérapeutiques ont démontré que le bénéfice d'un traitement est limité, ce bénéfice doit être mis en balance avec le risque de contracter une infection par le COVID-19 lors des hospitalisations éventuelles nécessaires.

C'est notamment le cas des tumeurs solides métastatiques où la survie, au-delà de la troisième ligne de chimiothérapie, n'excède en règle générale pas plus de quelques semaines. La proposition d'un traitement palliatif peut être envisagée avec les patients et leurs familles.

4. Quatrième situation : en cas de cancer curable relevant d'une chimiothérapie adjuvante, le report du début du traitement et la diminution du nombre de cycles peuvent se discuter. Les oncologues médicaux peuvent décider de retarder raisonnablement la chimiothérapie et diminuer le nombre de cures. Pour des tumeurs de bas grade – comme certains cancers prostatiques, des tumeurs carcinoïdes, des cancers de la

thyroïde, certains lymphomes –, le report d'un traitement de 8 à 12 semaines peut se discuter. Les oncologues médicaux peuvent aussi choisir des protocoles et/ou des dosages qui exposent moins à des risques d'aplasie, donc limitant le risque d'hospitalisation. Le recours systématique à des facteurs de croissance et l'omission des corticoïdes font partie des possibilités thérapeutiques. Le recours plus large aux chimiothérapies orales permet de limiter le nombre de visites en milieu hospitalier et d'hospitalisations et peut être géré en TLC. La radiothérapie peut être éventuellement reportée de quelques semaines et/ou être réalisée de façon « hypofractionnée ».

Cependant, l'arrêt des programmes de dépistage systématique des cancers (sein, colon) va diminuer la proportion de cancers dépistés à un stade précoce. Le bénéfice obtenu par un traitement plus précoce est à mettre en balance avec le risque de contracter le COVID-19 sur les lieux de dépistage<sup>26-30</sup>.

5. Certains traitements ne peuvent pas être reportés. La chimiothérapie est indispensable lors d'une leucémie aiguë, d'un lymphome de haut grade, d'un cancer du sein triple négatif et/ou sur-exprimant HER2. Il en est de même dans d'autres localisations tumorales, testicule, ovaire, poumon à petites cellules. Il est admis que le retard à la mise en route d'un traitement pénalise la survie. Le cancer y est plus létal que le COVID-19.

#### 4. Infection par COVID-19 survenant en cours d'un traitement<sup>23-25</sup>

Tout se complique quand un patient déclare une infection COVID en cours de traitement. Quelques exemples :

Une patiente déclare une infection COVID-19 deux semaines après le début d'une irradiation mammaire pour un cancer du sein.

Le COVID-19 survient lors du 2<sup>e</sup> ou 3<sup>e</sup> cycle d'une chimiothérapie prévue pour 6 ou 12 cycles.

La poursuite du traitement est impossible en raison du risque de contamination des autres patientes, du personnel hospitalier, médical et paramédical, du contact avec les personnes qui les transportent.

En dehors des cas d'urgence vitale décrits plus haut, la communauté médicale est actuellement dans l'ignorance des risques encourus par les patients recevant une radio et/ou une chimiothérapie et qui sont infectés par le COVID-19.

Quels que soient l'organe en cause et le stade de la maladie, le suivi de l'évolution de l'infection virale prime, dans l'ignorance où l'on est de la gravité de l'infection, de son risque de conduire le patient en réanimation et de son pronostic lorsqu'elle survient lors de la leucopénie post chimiothérapie.

Les traitements seront, dans la majorité des cas, interrompus. Quand faut-il les recommencer et faut-il les recommencer ?

La reprise d'une irradiation ou d'un protocole de chimiothérapie après une interruption prolongée est une décision délicate dans sa date et ses modalités.

Le non-respect des bonnes pratiques chez des patients qui n'ont pas été traités « en accord avec les données acquises de la science » a-t-il un impact sur la survie globale et sa qualité ?

#### 5. Comment se protéger du futur juridique ?<sup>31</sup>

Il est particulièrement important pour nos confrères de tracer dans les dossiers :

- l'information délivrée aux patients et leur famille en décrivant autant que faire se peut les modalités de cette information (orale, écrite, en présence d'un membre de la famille ou de la personne responsable désignée, copie de la lettre ou message adressés au médecin traitant établis en présence du patient) ;
- la date précise à laquelle cette information a été délivrée, car l'appréciation du respect par le médecin de son obligation de moyens est toujours faite « en fonction des connaissances médicales au moment où les faits se sont produits » ;

- la description précise, en RCP, et en cas de délai et/ou de report d'un traitement, les raisons qui ont fondé les décisions prises ;
- la mention « divergences dans l'équipe sur la nature de la prise en charge », qui est parfois plus pertinente qu'un consensus mou, en l'absence éventuelle de consensus dans les recommandations au cours de la RCP (port de masques, utilisation du Plaquenil®, transfert dans un centre plus spécialisé d'emblée par exemple) ;
- les références qui ont permis de prendre une décision d'abstention et /ou de report d'un traitement, mais aussi les éléments de fait ou de contexte qui ont justifié cette décision ;
- mentionner éventuellement les décisions prises dans un établissement donné par les conseils divers (conseil de bloc, comité de lutte contre les infections nosocomiales – ou CLIN –, cellule de crise...) en traçant bien les dates.

Ces conseils ne sont pas exhaustifs et chaque cabinet, chaque centre privé ou public peuvent avoir des pratiques spécifiques, qu'il faut mentionner dans les dossiers.

Il faut toujours se souvenir que plus les dossiers sont complets et les prescriptions traçables, plus la traçabilité de l'information délivrée est claire et précise, lorsque c'est possible, plus on gagne de temps lors d'éventuelles procédures ultérieures.

Il est nécessaire d'avoir systématiquement à l'esprit que ce n'est pas parce qu'un patient ou une famille engage un recours contre un médecin que sa responsabilité est retenue.

Le temps apparemment « perdu » à mentionner des informations dans un dossier est largement récupéré dans la sérénité avec laquelle les médecins mis en cause arriveront aux réunions d'expertise et seront aussi utiles pour la prise en charge ultérieure du patient.

*La rédaction remercie vivement Monsieur Vincent Vigneau, conseiller à la Cour de Cassation, pour le recueil et l'analyse des plus récentes décisions visées dans l'article.*

## RÉFÉRENCES

1. Le présent article est écrit au regard du seul aspect jurisprudentiel civil. La mise en cause de la responsabilité du praticien devant la juridiction pénale pouvant également poser des questions envisageables à la lueur de la Loi du 10 juillet 2000 dite Loi FAUCHON (cf. sur cette question : C. BERGOIGNAN-ESPER et P. SARGOS, *Les grands arrêts du droit de la santé*, Éditions DALLOZ n°7275 et suivant).
2. Civ. 1<sup>re</sup>, 27 janvier 1974, Bull. 1974, I, n°37 in Rapport de la Cour de cassation 2007. L'anesthésie locale pratiquée par le chirurgien entraîne des convulsions puis la mort. Celui-ci n'a pas fait appel à l'anesthésiste pour un traitement approprié.
3. Civ. 1<sup>re</sup>, 12 septembre 2018, pourvoi n° 17-22.311.
4. Art. L 1142-1 I du Code de la santé publique.
5. Art. R 4127-32 du Code de la santé publique.
6. Ce serait différent en cas d'obligation de résultat où la faute n'est pas nécessaire.
7. Civ. 1<sup>re</sup>, 15 juin 2004, pourvoi n° 02-12192, inédit.
8. Civ. 1<sup>re</sup>, 14 octobre 2010, pourvoi n° 09-69.195, Bull. 2010, I, n° 200.
9. Civ. 1<sup>re</sup>, 24 octobre 2019, pourvoi n° 18-19.459.
10. PENNEAU J. « La perte de chance de guérir constituée en elle-même, un préjudice indemnisable » *Recueil Dalloz* 2004, p.601
11. Civ. 1<sup>re</sup>, 10 octobre 2018, pourvoi n° 17-21.492
12. Civ. 1<sup>re</sup>, 4 novembre 2003, pourvoi n° 01-13.204, Bulletin civil 2003, I, n° 224
13. Civ. 1<sup>re</sup>, 26 septembre 2018, pourvoi n° 17-20.143.
14. Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> octobre 2014, pourvoi n° 13-23.581.
15. Civ. 1<sup>re</sup>, 22 mars 2012, pourvoi n° 11-10.935, 11-11.237, Bull. 2012, I, n° 68.
16. BOUCHER J., BOURGEOIS-MACHUREAU B., « Indemnisation de la perte de chance, le Conseil d'État poursuit sa conversion au probabilisme », *ADJA* 2008, p.135
17. COVID-19 et activités chirurgicales  
Communiqué conjoint de l'Académie nationale de médecine et l'Académie nationale de chirurgie  
Bulletin de l'académie de médecine publié le 9 avril 2019  
Oncologie et COVID-19, Bulletin de l'académie de Médecine du 12 avril 2020
18. Avis sur les délais de prise en charge du cancer, Haut conseil du QUEBEC, 2020 Recommandations nationales.
19. RCP : Réunion de consultation pluridisciplinaire comportant au minimum, un chirurgien, un radiothérapeute et un oncologue médical. La présence d'un anatomopathologiste et d'un radiologue est souhaitable. D'autres personnes sont souvent présentes : coordinatrice de parcours de soins, infirmières, psychologues et médecins traitants souhaitant discuter d'un dossier particulier. Chaque nouveau dossier de cancérologie doit être présenté à la RCP, avec un document traçant la date, les présents, un résumé de l'histoire médicale et une conclusion. Ce document est transmis au médecin qui a présenté le dossier et au médecin traitant.
20. Délais de prise en charge des quatre cancers les plus fréquents dans plusieurs régions de France en 2011 et 2012 : sein, poumon, colon et prostate  
Rapport du 3<sup>e</sup> plan cancer 2015-2019  
Publication INCa
21. COVID-19 et Cancers Solides : Recommandations Bull cancer 2020  
Recommandations pour la prise en charge chirurgicale des cancers gynécologiques en période de pandémie COVID-19 Groupe FRANCOGYN pour le CNGOF Bulletin du cancer 1<sup>er</sup> avril 2020
22. COVID-19 et personnes suivies pour un cancer du sein :  
Recommandations pour la pratique clinique de Nice – Saint-Paul-de-Vence, en collaboration avec le Collège National des Gynécologues et Obstétriciens Français (CNGOF), la Société d'Imagerie de la Femme (SIFEM), la Société Française de Chirurgie Oncologique (SFCO), la Société Française de Sénologie et Pathologie Mammaire (SFSPM) et le French Breast Cancer Intergroup-UNICANCER (UCBG). Bulletin du cancer 1<sup>er</sup> avril 2020
23. COVID-19 et Cancers Solides :  
Recommandations  
Membres du groupe de travail  
- Coordonnateur : Pr Benoit YOU (CHU de Lyon, HCL)  
- Dr Anne CANIVET (CLCC François Baclesse, Caen)  
- Dr Thomas GRELLETY (Centre Hospitalier de la Côte Basque, Bayonne)  
- Dr Gérard GANEM (Centres Privés de l'Ouest)  
- Dr Laure KALUZINSKI (CHG de Cherbourg)  
- Pr Ivan KRAKOWSKI (ex CLCC Institut Bergonié Bordeaux, AFSOS)  
- Pr Jean-Pierre LOTZ (CHU Paris, APHP)  
- Dr Didier MAYEUR (CLCC GF Leclerc, Dijon, AFSOS)  
- Pr Alain RAVAUD (CHU de Bordeaux)  
- Pr Rosine GUIMBAUD (CHU de Toulouse)  
Recommandations du HCSP (Haut conseil de la santé publique)
24. Prise en charge des cancers digestifs en fonction de la situation épidémique au COVID-19 Date de cette version : 18/03/2020. Thesaurus national de chirurgie digestive.
25. Management of Cancer Surgery Cases During the COVID-19 Pandemic\_ Considerations David L Bartlett , James R Howe , George Chang , et al *Ann surgoncol* 2020 Apr 8;1-4. doi: 10.1245/s10434-020-08461-2.
26. Treatment delay in surgically-treated colon cancer: does it affect outcomes? Amri R, Bordeianou LG, Sylla P, Berger DL. *Ann SurgOncol*. 2014 ;21:3909-16.
27. Clinical impact of delaying initiation of adjuvant chemotherapy in patients with breast cancer. Debora de Melo Gagliato, Ana M Gonzalez-Angulo, Xiudong Lei, et al *J Clin. Oncol*. 2014 Mar 10;32(8):735-44.
28. Factors Associated With Chemoradiation Therapy Interruption and Non-completion Among Patients With Squamous Cell Anal Carcinoma Michael J Raphael , Gary Ko , Christopher M Booth, *JAMAoncol* 2020 April 16, 2020
29. Does time to adjuvant chemotherapy (TTC) affect outcomes in patients with triple-negative breast cancer? Maria K Pomponio , Luke J Keele , Kevin R Fox , et al *Breast Cancer Res Treat*. 2019;177(1):137-143.
30. Association of Patient Age With Progression of Low-Risk Papillary Thyroid Carcinoma Under Active Surveillance A Systematic Review and Meta-analysis Alexandra Koshkina, MD, Rouhi Fazelzad, MIS; Iwao Sugitani, MD, PhD; et al *JAMA Otolaryngol Head Neck Surg*. April 16, 2020;10.1001
31. Gestion des programmes opératoires en chirurgie viscérale et digestive au sortir de la crise COVID : guide de bonnes pratiques de programmation  
Thesaurus national de chirurgie digestive.