

CHAMBRE DES RECOURS PENALE

Arrêt du 13 novembre 2017

Composition : M. MAILLARD, président
MM. Meylan et Perrot, juges
Greffière : Mme Vuagniaux

Art. 319 al. 1 let. b CPP

Statuant sur le recours interjeté le 7 août 2017 par **A.X.**_____, **B.X.**_____, et **C.X.**_____ contre l'ordonnance de classement rendue le 27 juillet 2017 par le Ministère public central, Division affaires spéciales, dans la cause n° **PE14.025780-EMM**, la Chambre des recours pénale considère :

En fait :

A. **a)** En octobre 2014, D.X._____, âgée de 64 ans, a consulté le Dr J._____, gastroentérologue, qui la connaissait depuis 2007 en raison d'une hépatite C et d'une cirrhose du foie. Le médecin a pratiqué une endoscopie et a découvert plusieurs polypes colorectaux. Lors de cet

examen, il a procédé à l'ablation de petits polypes coliques et à une biopsie de polypes rectaux qui ne pouvaient être réséqués par endoscopie pour diverses raisons, partiellement techniques.

Le 3 novembre 2014, le Dr J._____ a prescrit à D.X._____ un traitement de dix jours afin d'éradiquer la contamination du tube digestif par la bactérie helicobacter pylori, qui joue un rôle central dans la survenance d'ulcérations. Il a communiqué ses constatations au médecin traitant de la patiente, le Dr K._____. En outre, dès lors qu'il ne pouvait réséquer lui-même la lésion rectale qui présentait une pré-cancérose avec un risque majeur de transformation maligne dans les deux à trois ans, il a adressé la patiente à un chirurgien, le Dr L._____, en mentionnant le fait que celle-ci souffrait d'une hépatite C, mais sans évoquer la cirrhose.

b) Le 11 novembre 2014, le Dr L._____ a procédé à un examen du rectum et a confirmé l'indication à l'intervention et la méthode proposée par le gastroentérologue. Il a informé la patiente sur l'intervention et ses risques. Le document du consentement éclairé partiellement rempli à cette date porte la seule signature du chirurgien.

Le même jour, D.X._____ a rempli un questionnaire de santé. Elle a mentionné qu'elle souffrait d'une hépatite B (au lieu d'une hépatite C), mais n'a pas fait allusion à la cirrhose du foie connue depuis 2007.

c) Le 2 décembre 2014, la Dresse M._____ a conduit la consultation anesthésique préopératoire. Le risque ASA (American Society Anesthesiology) n'est pas documenté et aucune valeur de laboratoire n'est notée. Un protocole d'information éclairée quant aux risques liés à l'anesthésie a été contresigné par D.X._____.

d) Le 8 décembre 2014, à 7h00, D.X._____ est entrée à l'Hôpital de [...]. Selon les documents infirmiers, la patiente a reçu un anticoagulant à 16h00. Il n'est fait aucune mention de l'administration d'antibiotiques à visée prophylactique ni dans ces documents ni dans ceux d'anesthésie. Le Dr L._____ a débuté l'opération à 17h00, en présence

de l'anesthésiste, le Dr N._____. L'intervention s'est déroulée sans difficultés et a pris fin à 17h35. La patiente a été admise en salle de réveil à 17h50 et a rejoint l'unité de chirurgie à 19h40, où elle a passé la nuit. Le Dr L._____ n'a pas revu sa patiente après l'opération. Le lendemain, entre 18h00 et 19h00, D.X._____ a quitté l'hôpital avec une ordonnance de laxatif, d'analgésique et de pantozole. D'après son époux A.X._____, elle ne se sentait pas bien à sa sortie d'hôpital et n'aurait pas été vue par un médecin ce jour-là.

e) La nuit du 9 au 10 décembre 2014 s'est déroulée, selon les dires du mari, avec le même sentiment de mal-être. Le 10 décembre 2014 à 7h30, A.X._____ a téléphoné à la centrale de l'Hôpital de [...], indiquant que son épouse allait très mal et demandant à être mis en communication avec le chirurgien. Ayant appelé au moment du colloque matinal, l'employée lui a demandé de rappeler vers 8h00. D.X._____ est alors retournée se coucher. Entre 9h00 et 9h45, A.X._____ est allé s'enquérir de l'état de sa femme et l'a trouvée couchée à même le sol. Les ambulanciers, arrivés environ 15 minutes plus tard, ont trouvé l'intéressée inconsciente.

f) Le 10 décembre 2014, à 13h09, le décès de D.X._____ a été constaté au CHUV par la Dresse [...].

g) Une autopsie a été réalisée le 11 décembre 2014 au Centre universitaire romand de médecine légale (ci-après : CURML). Dans leur rapport du 9 juin 2015 et au cours de leur audition du 24 novembre 2015, les Drs [...] et [...] ont indiqué que le décès était dû à un choc septique foudroyant, causé par une infection provoquée par la bactérie escherichia coli, mais qu'on ne pouvait exclure que l'infection ait été provoquée par plusieurs bactéries qui n'auraient pas été trouvées dans les analyses post mortem. Ils ont exposé que les pathologies existantes, à savoir notamment la cirrhose, avaient probablement joué un rôle dans l'enchaînement fatal en provoquant une réponse immunitaire déficitaire.

h) A.X._____, B.X._____ et C.X._____, respectivement époux et enfants de feu D.X._____, ont déposé plainte le 14 janvier 2015 contre « le(s) auteur(s) responsable(s) de ce décès ». Une instruction a été ouverte.

i) Dans un courrier du 29 août 2016, le toxicologue du CUMRL a confirmé que la défunte n'avait pas reçu de traitement antibiotique avant son opération, contrairement à ce qui était indiqué dans le protocole opératoire.

j) Mandaté en cours d'enquête, l'expert Jean-Pierre Barras, spécialiste FMH en chirurgie et chirurgie viscérale, a rendu son rapport le 27 mars 2017. L'expert a conclu qu'il y avait eu une sous-estimation du risque général de l'intervention par tous les médecins, que les praticiens omettaient volontiers le terme de cirrhose par « pitié » envers le patient et sa famille, que la prise en compte du diagnostic de cirrhose aurait eu pour seul effet d'attirer une attention particulière à l'antibiothérapie préopératoire, qu'il était peu probable que la patiente eût été formellement informée que la petite intervention envisagée l'exposait à un risque théorique de mortalité d'environ 10 %, qu'il y avait eu omission de l'administration des antibiotiques à visée prophylactique dans l'heure qui avait précédé l'intervention, que cette omission n'était pas le fait d'une personne isolée, mais un problème de fonctionnement du service, que cette omission ne pouvait pas être considérée comme causale en soi du décès, mais comme un facteur de risque additionnel, et que l'hôpital de [...] ne lui avait pas transmis tous les documents qu'il avait demandés afin de savoir dans quel état était la patiente au moment de sa sortie de l'hôpital.

B. Par ordonnance du 27 juillet 2017, le Ministère public central, Division affaires spéciales, a ordonné le classement de la procédure pénale dirigée contre inconnu(s) pour homicide par négligence (I), a ordonné la restitution à l'Hôpital de [...] du dossier médical de D.X._____, séquestré sous fiche n° 613 (II), a ordonné au CUMRL la

destruction des prélèvements et cultures concernant D.X._____ (III) et a laissé les frais de procédure à la charge de l'Etat (IV).

Le Procureur a retenu que l'omission d'administrer des antibiotiques à titre prophylactique constituait une violation des règles de l'art médical et que cette omission par négligence n'était pas le fait d'une personne isolée, mais un problème de fonctionnement du service, puisque personne n'avait ordonné et/ou contrôlé l'exécution de cet acte. Toutefois, dans la mesure où l'expert ne pouvait affirmer que l'administration d'antibiotiques aurait empêché la survenance du choc septique, il n'existait aucun lien de causalité adéquate entre l'omission d'administration des antibiotiques et le décès de la patiente.

Le Procureur a également considéré que les médecins avaient sous-estimé le risque général de l'intervention, dès lors qu'il était partout inscrit le diagnostic d'hépatite C ou même hépatite C stable, alors que la patiente souffrait d'une hépatite C chronique active et que le diagnostic de cirrhose avait été systématiquement tu. Toutefois, vu que l'expert avait exposé que la conséquence de la connaissance d'une hépatite C chronique active et d'une cirrhose aurait été celle de prêter une attention particulière à l'antibiothérapie pré-opératoire et que l'on savait que ces deux affections augmentaient le risque infectieux en général, le lien de causalité adéquate entre le manque de connaissance des antécédents complets de la patiente et son décès n'était pas établi.

S'agissant de l'état de santé de la patiente lorsqu'elle était sortie de l'hôpital, le Procureur a retenu, à l'instar du Dr P._____ qui avait signé la lettre de sortie, qu'il était hautement improbable qu'il n'y ait pas eu de visite de sortie ce jour-là, de sorte qu'il n'y avait pas lieu d'imputer une négligence de la part du personnel hospitalier à cet égard. Enfin, dans la mesure où le Dr L._____ ne connaissait pas avec exactitude les antécédents de la patiente, il n'avait pas eu les moyens d'informer l'intéressée sur des dangers que lui-même ignorait.

C. Par acte du 7 août 2017, A.X._____, B.X._____ et C.X._____ ont recouru contre cette ordonnance, en concluant, sous suite de frais et dépens, à son annulation, le dossier de la cause étant renvoyé au du Ministère public central pour nouvelle instruction et/ou décision dans le sens des considérants.

Le Ministère public central ne s'est pas déterminé dans le délai imparti.

En droit :

1. Une ordonnance de classement rendue par le ministère public peut être attaquée par la voie du recours (art. 393 al. 1 let. a CPP [Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 ; RS 312.0]) auprès de la Chambre des recours pénale du Tribunal cantonal (art. 396 al. 1 CPP ; 13 LVCPP [loi d'introduction du code de procédure pénale suisse du 19 mai 2009 ; RSV 312.01] ; 80 LOJV [loi d'organisation judiciaire du 12 septembre 1979 ; RSV 173.01]). Le recours doit être envoyé par écrit, dans un délai de dix jours dès la notification de la décision attaquée (art. 322 al. 2 et 396 al. 1 CPP).

En l'espèce, interjeté en temps utile et dans les formes prescrites (art. 385 al. 1 CPP) par les parties plaignantes qui ont qualité pour recourir (art. 382 al. 1 CPP), le recours est recevable.

2. Aux termes de l'art. 319 al. 1 CPP, le ministère public ordonne le classement de tout ou partie de la procédure notamment lorsqu'aucun soupçon justifiant une mise en accusation n'est établi (let. a), à savoir lorsque les soupçons initiaux qui ont conduit le ministère public à ouvrir une instruction n'ont pas été confirmés (Grädel/Heiniger, Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozess-ordnung, Jugendstrafprozessordnung, 2^e éd., Bâle 2014, n. 8 ad art. 319 CPP) ou lorsque les éléments constitutifs d'une infraction ne sont pas réunis (let. b), à savoir lorsque le comportement incriminé, quand bien même il serait

établi, ne réalise les éléments constitutifs objectifs et subjectifs d'aucune infraction pénale (Grädel/Heiniger, op. cit., n. 9 ad art. 319 CPP).

De manière générale, les motifs de classement sont ceux « qui déboucheraient à coup sûr ou du moins très probablement sur un acquittement ou une décision similaire de l'autorité de jugement » (Message du Conseil fédéral relatif à l'unification du droit de la procédure pénale du 21 décembre 2005, FF 2006, pp. 1057 ss, spéc. 1255). Un classement s'impose lorsqu'il apparaît clairement que les faits ne sont pas punissables (TF 6B_797/2013 du 27 mars 2014 consid. 2.1). La possibilité de classer la procédure ne saurait toutefois être limitée à ce seul cas, car une interprétation aussi restrictive imposerait un renvoi en jugement, même en présence d'une très faible probabilité de condamnation. Le principe *in dubio pro duriore* exige donc simplement qu'en cas de doute, la procédure se poursuive. Pratiquement, une mise en accusation s'impose lorsqu'une condamnation apparaît plus vraisemblable qu'un acquittement. En effet, en cas de doute, ce n'est pas à l'autorité d'instruction ou d'accusation mais au juge matériellement compétent qu'il appartient de se prononcer (ATF 138 IV 86 consid. 4.1.1). Lorsque les probabilités d'un acquittement et d'une condamnation apparaissent équivalentes et pour autant qu'une ordonnance pénale n'entre pas en considération, le ministère public est en principe tenu de mettre le prévenu en accusation, ce d'autant plus lorsque les infractions sont graves (TF 6B_797/2013 précité, consid. 2.1 ; ATF 138 IV 86 précité, consid. 4.1.2).

3.

3.1 Les recourants soutiennent que le Dr L._____ aurait admis, au cours de son audition, que l'administration d'antibiotiques à titre prophylactique aurait évité le choc septique. Ainsi, puisque l'expert Barras a retenu que cette omission constituait l'un des facteurs à l'origine du décès tragique, le lien de causalité entre l'omission reprochée et le décès serait établi.

3.2

3.2.1 L'art. 117 CP réprime le comportement de celui qui, par négligence, aura causé la mort d'une personne. La réalisation de l'infraction d'homicide par négligence suppose la réunion de trois conditions : le décès d'une personne, une négligence et un lien de causalité naturelle et adéquate entre la négligence et la mort (ATF 122 IV 145 consid. 3 ; TF 6B_512/2010 du 26 octobre 2010 consid. 2.1).

L'infraction d'homicide par négligence suppose en règle générale un comportement actif. Elle peut toutefois aussi être commise par le fait d'un comportement passif contraire à une obligation d'agir (cf. art. 11 al. 1 CP). N'importe quelle obligation juridique ne suffit pas. Lorsque l'homicide par négligence résulte d'une omission (délit d'omission improprement dit), la réalisation de l'infraction suppose, en outre, que la personne à laquelle l'infraction est imputée se trouvait, au moment de son omission, dans une situation de garant, c'est-à-dire que l'auteur se soit trouvé dans une situation qui l'obligeait à ce point à protéger un bien déterminé contre des dangers indéterminés (devoir de protection), ou à empêcher la réalisation de risques connus auxquels des biens indéterminés étaient exposés (devoir de surveillance), que son omission peut être assimilée au fait de provoquer le résultat par un comportement actif (art. 11 al. 2 et 3 CP ; ATF 136 IV 188 consid. 6.2 ; ATF 134 IV 255 consid. 4.2.1 ; TF 6B_369/2011 du 5 décembre 2011 consid. 2.1 ; TF 6B_1/2011 du 31 août 2011 consid. 2.1). La loi énumère plusieurs situations pouvant fonder une position de garant, à savoir la loi, un contrat, une communauté de risques librement consentie ou la création d'un risque (art. 11 al. 2 CP). Il est ainsi généralement admis que le médecin et le personnel soignant ont une position de garant vis-à-vis de leurs patients (Dupuis et alii, *Petit commentaire, Code pénal*, 2^e éd., Bâle 2017, n. 11 ad art. 11 CP). Pour délimiter les responsabilités en cas de travail médical en équipe, la doctrine pénale recourt au principe de la confiance (Trechsel/Jean-Richard-dit-Bressel, *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar*, 2^e éd., 2013, n. 11 ad art. 11 CP ; Hurtado Pozo, *Droit pénal, Partie générale*, 2008, n. 1376 ss), développé en matière de circulation routière, selon lequel tout conducteur peut compter, en l'absence d'indice contraire, avec une certaine prudence des

autres personnes (ATF 118 IV 277 consid. 4). De la même manière, en cas de division horizontale du travail, chaque travailleur doit pouvoir légitimement s'attendre à ce que son collègue respecte ses devoirs, tant qu'aucune circonstance ne laisse présumer le contraire. En cas de répartition verticale, la doctrine subordonne le principe de la confiance à l'obligation, pour le supérieur, de choisir un auxiliaire qualifié, de lui donner les instructions nécessaires et de le surveiller correctement (*cura in eligendo, custodiendo et instruendo* ; Seelmann, Basler Kommentar, Strafrecht I, vol. I, 2013, n. 41 ad art. 11 CP ; Roth, Le droit pénal face au risque et à l'accident individuels, Lausanne 1987, p. 88 ss ; ATF 120 IV 300 consid. 3d/bb).

3.2.2 L'art. 12 al. 3 CP prévoit qu'agit par négligence quiconque, par une imprévoyance coupable, commet un crime ou un délit sans se rendre compte des conséquences de son acte ou sans en tenir compte. L'imprévoyance est coupable quand l'auteur n'a pas usé des précautions commandées par les circonstances et par sa situation personnelle. Ainsi, deux conditions doivent être remplies pour qu'il y ait négligence. En premier lieu, il faut que l'auteur ait violé les règles de la prudence, c'est-à-dire le devoir général de diligence institué par la loi pénale, qui interdit de mettre en danger les biens d'autrui pénalement protégés contre les atteintes involontaires. Un comportement dépassant les limites du risque admissible viole le devoir de prudence s'il apparaît qu'au moment des faits, son auteur aurait dû, compte tenu de ses connaissances et de ses capacités, se rendre compte de la mise en danger d'autrui (ATF 136 IV 76 consid. 2.3.1). Pour déterminer le contenu du devoir de prudence, il faut se demander si une personne raisonnable dans la même situation et avec les mêmes aptitudes que l'auteur aurait pu prévoir, dans les grandes lignes, le déroulement des événements et, le cas échéant, quelles mesures elle pouvait prendre pour éviter la survenance du résultat dommageable. Dans les domaines d'activités régis par des dispositions légales, administratives ou associatives reconnues, destinées à assurer la sécurité et à éviter des accidents, le devoir de prudence comprend en particulier le respect de ces dispositions (ATF 122 IV 133 consid. 2a ; TF 6B_369/2011 du 5 décembre 2011 consid. 2.1 ; TF 6B_748/2010 et

6B_753/2010 du 23 décembre 2010 consid. 4.1). En second lieu, pour qu'il y ait négligence, il faut que la violation du devoir de prudence soit fautive, c'est-à-dire que l'on puisse reprocher à l'auteur, compte tenu de ses circonstances personnelles, une inattention ou un manque d'effort blâmable (ATF 134 IV 255 consid. 4.2.3 et les réf. citées).

Selon la jurisprudence, la particularité de l'art médical réside dans le fait que le médecin doit, avec ses connaissances et ses capacités, tendre vers le résultat désiré, mais n'a pas l'obligation de l'atteindre ou même de le garantir. Les exigences que le devoir de prudence impose au médecin sont fonction des circonstances du cas d'espèce, notamment du genre d'intervention ou de traitement, des risques qui y sont liés, du pouvoir de jugement et d'appréciation laissé au médecin, des moyens à disposition et de l'urgence de l'acte médical. La responsabilité civile du médecin n'est pas limitée à la violation grave des règles de l'art médical. Il doit au contraire toujours soigner ses malades de façon appropriée et, en particulier, observer la prudence imposée par les circonstances pour protéger leur vie ou leur santé. Par conséquent, le médecin répond en principe de tout manquement à ses devoirs. Cette notion ne doit toutefois pas être comprise de telle manière que chaque acte ou omission qui, par un jugement a posteriori aurait provoqué le dommage ou l'aurait évité, entrerait dans cette définition. Le médecin ne doit en principe pas répondre des dangers et des risques qui sont inhérents à tout acte médical ainsi qu'à toute maladie. Par ailleurs, l'état de la science médicale confère souvent une latitude de jugement au médecin, tant en ce qui concerne le diagnostic que les mesures thérapeutiques ou autres, ce qui permet de faire un choix parmi les différentes possibilités qui entrent en considération. Le médecin ne viole ses devoirs que lorsqu'il pose un diagnostic ou choisit une thérapie ou une autre méthode qui, selon l'état général des connaissances professionnelles, n'apparaît plus défendable et ne satisfait pas aux exigences objectives de l'art médical (ATF 130 IV 7, JdT 2004 I 497 consid. 3.3 et les réf. citées).

3.2.3 L'information médicale fait partie des obligations professionnelles générale du thérapeute, peu importe que celui-ci agisse

en vertu d'un contrat de droit privé, en qualité de fonctionnaire ou d'employé de l'Etat. Il incombe au médecin de donner au patient, en termes clairs, intelligibles et aussi complets que possible, une information sur le diagnostic, la thérapie, le pronostic, les alternatives au traitement proposé, les risques de l'opération, les chances de guérison, éventuellement sur l'évolution spontanée de la maladie et les questions financières, notamment relatives à l'assurance. Ces informations - en tant que préalables nécessaires - doivent permettre au patient de se prononcer sur le traitement proposé en toute connaissance de cause et ainsi de pouvoir donner un consentement libre et éclairé. Des limitations voire des exceptions au devoir d'information du médecin ne sont admises que dans des cas très précis, par exemple lorsqu'il s'agit d'actes courants sans danger particulier et n'entraînant pas d'atteinte définitive ou durable à l'intégrité corporelle, s'il y a une urgence confinant à l'état de nécessité ou si, dans le cadre d'une opération en cours, il y a une nécessité évidente d'en effectuer une autre. On ne saurait non plus exiger que le médecin renseigne minutieusement un patient qui a subi une ou plusieurs opérations du même genre ; toutefois, s'il s'agit d'une intervention particulièrement délicate quant à son exécution ou à ses conséquences, le patient a droit à une information claire et complète à ce sujet. Une limite particulière découle aussi du privilège thérapeutique, qui permet, le cas échéant, que l'information donnée au malade ne suscite pas chez lui un état d'appréhension préjudiciable à sa santé ; un pronostic grave ou fatal peut être caché au patient, mais doit en principe être révélé à ses proches ; il appartient en définitive au médecin d'apprécier les risques d'une information complète et de limiter si nécessaire cette information à ce qui est compatible avec l'état physiologique et psychologique du malade. Le devoir d'informer tombe au surplus s'il ressort des circonstances de l'espèce que le patient est déjà renseigné ou est censé l'être (par exemple s'il est lui-même médecin), ou encore s'il donne son accord au traitement proposé en renonçant expressément ou par une attitude sans équivoque à recevoir de plus amples informations (TF 6B_170/2017 du 19 octobre 2017 consid. 3.2.2 et les réf. citées).

3.2.4 Le risque de survenance du résultat est reconnaissable ou prévisible pour l'auteur lorsque son comportement est propre, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, à entraîner un résultat du genre de celui qui s'est produit ou, au moins, à le favoriser. La chaîne des événements conduisant au résultat doit être prévisible pour l'auteur à tout le moins dans ses grandes lignes. Il faut d'abord se demander si l'auteur aurait pu et dû prévoir, ou reconnaître, la mise en danger des biens juridiquement protégés de la victime. La réponse à cette question nécessite de recourir à la notion de causalité adéquate. Le comportement doit ainsi être propre, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, à entraîner un résultat du genre de celui qui s'est produit ou, au moins, à le favoriser (TF 6B_1068/2013 du 23 juin 2014 consid. 2.2 et les arrêts cités).

La prévisibilité de la cause ayant entraîné le résultat ne doit être niée que lorsque des circonstances tout à fait exceptionnelles, comme la faute concomitante d'un tiers ou le comportement de la victime, interviennent comme causes concurrentes, qu'on ne devait tout simplement pas compter avec elles et qu'elles ont une importance telle qu'elles apparaissent comme la cause la plus probable et la plus immédiate du résultat, reléguant ainsi à l'arrière-plan tous les autres facteurs qui ont contribué à l'amener, en particulier le comportement de l'auteur. En règle générale, le concours de plusieurs causes concomitantes ne rompt pas le lien de causalité entre un acte déterminé et le résultat qui s'en suit (ibidem).

Pour attribuer la survenance du résultat à un comportement coupable de l'auteur, sa seule prévisibilité ne suffit pas. Il faut encore savoir si le résultat était également évitable. Il faut à cet égard analyser et examiner le déroulement causal hypothétique des événements pour déterminer si le résultat ne se serait pas produit si l'auteur avait eu un comportement conforme à ses devoirs. Pour qu'on puisse compter avec le résultat, il suffit que le comportement de l'auteur apparaisse, avec un haut degré de vraisemblance ou avec une vraisemblance confinante à la certitude, comme la cause du résultat (ibidem).

3.3 En l'espèce, il est établi que feu D.X._____ n'a pas reçu les antibiotiques à visée prophylactique dans l'heure qui a précédé son intervention, alors qu'une telle médication faisait partie de la routine normale du service et de l'hôpital et que cela correspondait aux recommandations en vigueur dans les hôpitaux suisses et aux guidelines internationales pour ce type d'intervention (expertise, p. 10, dernier par.). La violation des règles de l'art retenue par le Procureur doit par conséquent être confirmée.

Cela étant, il n'est pas exact de dire, comme l'affirment les recourants, que le Dr L._____ « a admis que l'administration d'antibiotiques à titre prophylactique aurait évité le choc septique ». Celui-ci a en effet déclaré qu'il était « surpris par cette conclusion (réd. : la cause du décès selon l'autopsie) en ce sens qu'un décès par choc septique s'établit plus lentement et que les antibiotiques devraient éviter cette issue » (PV aud. 2, lignes 97-99). Le praticien parle au conditionnel et n'admet donc nullement que l'absence d'administration d'antibiotiques à visée prophylactique est la cause de l'issue fatale. En outre, l'expert Barras a constaté que le Dr L._____ n'avait reçu qu'une information partielle sur l'état de santé de sa patiente, puisque le Dr J._____ lui avait écrit que celle-ci souffrait d'une hépatite C (et non d'une hépatite C chronique active selon l'expert) et n'avait pas évoqué la cirrhose du foie (expertise, p. 10, 1^{er} et 3^e par.). L'expert Barras a également expliqué qu'il paraissait vraisemblable que l'administration d'antibiotiques diminuait la fréquence déjà très basse de tels événements, qu'il était impossible de pondérer cet effet de façon fiable, qu'il n'était pas possible d'affirmer avec certitude que les antibiotiques auraient été actifs et encore moins d'affirmer que ceux-ci auraient sans aucun doute empêché le décès (expertise, p. 6, 4^e par., p. 6 in fine et p. 7 in limine).

Ainsi, en dépit de la violation des règles de l'art, il faut admettre, avec le Procureur (p. 8), qu'il n'est pas établi que l'accomplissement de l'acte omis aurait empêché la survenance du décès

avec une vraisemblance confinant à la certitude, comme l'exige la jurisprudence.

Le grief des recourants se révèle par conséquent infondé.

3.4 Les recourants soutiennent également que ce n'est pas parce que les médecins ignoraient tous les risques de l'opération – à savoir qu'il a été fait état d'une hépatite C au lieu d'une hépatite C chronique active et que la cirrhose a été passée sous silence – que cela les dispensait d'informer la patiente. Au contraire, ils considèrent que l'ignorance de tous les risques à évaluer est précisément de nature à consacrer une violation du devoir d'information.

En l'occurrence, l'expert Barras a retenu qu'il y avait eu une sous-estimation du risque général de l'intervention, en elle-même peu risquée, par tous les médecins entourant la patiente, tout d'abord par le gastroentérologue qui avait formellement diagnostiqué la cirrhose depuis 2007, puis par le médecin-traitant, le chirurgien et l'anesthésiste, ces deux derniers n'ayant reçu qu'une information partielle de l'état de santé de la patiente, alors que le type chronique actif de l'hépatite C avait été omis et la cirrhose du foie systématiquement tue (expertise, p. 10 in limine).

Il est vrai que l'on peut se demander s'il y a eu une violation des règles de l'art, en tout cas par le gastroentérologue J._____, qui connaissait et suivait la patiente depuis plusieurs années et n'a pas mentionné le type chronique actif de l'hépatite C et même occulté la cirrhose. La question peut toutefois demeurer ouverte : en effet, l'expert Barras a exposé que la connaissance de ces éléments par les autres médecins aurait seulement eu pour effet d'attirer leur attention particulière sur l'antibiothérapie préopératoire à administrer, dès lors que l'hépatite C et surtout la cirrhose augmentaient le risque infectieux en général (expertise, p. 10, 3^e par.). Or, comme exposé ci-dessus, l'expert Barras ne peut affirmer, avec une vraisemblance confinant à la certitude, que l'omission d'administrer des antibiotiques aurait évité la survenance du décès.

Le grief des recourants n'est donc pas fondé sur ce point.

3.5 L'expert Barras relève toutefois qu'il est peu probable que la patiente ait été formellement informée que la petite intervention en cause l'exposait à un risque théorique de mortalité d'environ 10 % (expertise, p. 10, 3^e par.).

Les recourants soutiennent ainsi que la défunte n'aurait jamais donné son accord si elle avait connu ce pourcentage de mortalité, à tout le moins pas dans ces conditions. Autrement dit, les recourants considèrent que, sous cet angle, la patiente n'aurait pas non plus été complètement informée des risques de l'opération.

En l'espèce, l'expert Barras, suivi par le Procureur, paraissent justifier cette absence d'information par le fait que l'articulation du diagnostic de cirrhose est un sujet « tabou » de notre société où une telle notion est invariablement associée - de façon erronée - à celle d'alcoolisme, alors qu'elle a bien souvent une cause différente. L'expert ajoute que même les médecins omettent volontiers ce terme « par pitié » envers le patient et sa famille et que la défunte elle-même n'a jamais annoncé dans les différents questionnaires qu'elle souffrait d'une cirrhose du foie. Ce raisonnement n'est pas soutenable au vu de l'obligation générale d'information du médecin : ce n'est pas parce que cette maladie peut paraître honteuse que cela dispense les médecins de transmettre une telle information aux diverses personnes intéressées lorsqu'une intervention chirurgicale est envisagée, et ce d'autant plus que la transmission de ce diagnostic entre les différents intervenants est un préalable nécessaire pour garantir une information complète du patient sur les risques liés à l'opération.

En l'absence de consentement éclairé, comme en l'espèce, le médecin a toutefois la faculté de soulever le moyen du consentement hypothétique du patient et peut établir que celui-ci aurait accepté l'opération même s'il avait été dûment informé (ATF 133 III 121 consid.

4.1.3). Par conséquent, il appartiendra au Ministère public de procéder à un complément d'instruction à ce sujet, en procédant notamment à l'audition du Dr J._____.

4. L'expert Barras indique qu'il n'a pas reçu les documents infirmiers et la lettre de sortie de l'hôpital qu'il a demandés directement à [...] [...], de sorte qu'il ne peut pas se prononcer sur l'état de la patiente au moment où elle est sortie de l'hôpital au soir du 9 décembre 2014 (expertise, p. 4, 2^e par. et p. 12, 2^e par.).

Les recourants contestent de ce fait la décision du Ministère public de ne pas procéder à un complément d'instruction comme ils l'avaient sollicité (P. 40 et 41) et font valoir que l'expert Barras n'a pas pu se prononcer sur l'éventualité d'une violation des règles de l'art causale avec le décès.

On ne peut que donner raison aux recourants sur ce point. Le chirurgien L._____ a admis qu'il n'avait pas revu sa patiente après l'opération et le Dr P._____, [...], a déclaré qu'il ne se souvenait pas de l'intéressée et que le fait qu'il ait signé la lettre de sortie ne signifiait pas qu'il l'avait personnellement vue (PV aud. 4, lignes 34-36). On ne sait donc pas dans quel état de santé était la patiente lorsqu'elle est sortie de l'hôpital. Son mari, A.X._____, a en outre d'emblée déclaré que lorsqu'il était allé trouver sa femme à l'hôpital le 9 décembre 2014, celle-ci lui avait dit qu'elle n'avait pas eu de visite du médecin ce jour-là, ni d'ailleurs le soir précédent après son opération, qu'il avait vu que son épouse était très faible même si elle lui avait dit que ça allait, que l'infirmière avait dit à sa femme que le médecin passerait le lendemain matin et qu'elle pourrait ensuite sortir, qu'il avait croisé un groupe de médecins entre 18h et 19h tandis qu'il sortait de la chambre et que c'est à ce moment-là que les médecins lui avaient dit que sa femme pouvait sortir (PV aud. 3, lignes 25-30 et 45-50). De plus, les médecins du CURML ont indiqué que, durant l'après-midi du 9 décembre 2014, la défunte avait présenté des douleurs abdominales et des vomissements, les douleurs persistant durant la nuit (P. 15, p. 28).

Au vu de ces éléments, il apparaît indispensable que le Ministère public ordonne la production des documents infirmiers et de la lettre de sortie de l'hôpital de la patiente, soit en d'autres termes de tous les documents hospitaliers autres que ceux figurant déjà au dossier concernant feu D.X._____, afin de connaître notamment quel était son état de santé à ce moment-là. Ces pièces devront ensuite être soumises à l'expert Barras pour appréciation.

5. Il résulte de ce qui précède que le recours doit être admis, la décision entreprise annulée et le dossier renvoyé au Ministère public central, Division affaires spéciales, pour qu'il procède dans le sens des considérants.

Les frais de la procédure recours, par 1'760 fr. (art. 422 al. 1 CPP et 20 al. 1 TFIP [tarif des frais de procédure et indemnités en matière pénale du 28 septembre 2010 ; RSV 312.03.1]), seront laissés à la charge de l'Etat (art. 428 al. 4 CPP).

Les recourants, qui obtiennent gain de cause et qui ont procédé avec l'assistance d'un avocat de choix, ont droit à une équitable indemnité pour les dépenses occasionnées par la procédure de recours au sens de l'art. 436 al. 3 CPP. Celle-ci sera fixée à 1'200 fr. (4 h à 300 fr. ; art. 26a al. 3 TFIP), plus 96 fr. pour la TVA – étant rappelé que si les indemnités au sens des art. 429 ss CPP ne sont pas soumises à la TVA (art. 18 al. 2 let. i LTVA [loi du 12 juin 2009 régissant la taxe sur la valeur ajoutée ; RS 641.20), il convient de tenir compte du fait que les honoraires payés par la partie à son avocat sont quant à eux soumis à la TVA (CREP 19 mars 2015/91 consid. 3.1.2) –, soit 1'296 fr. au total. Cette indemnité sera allouée aux recourants, créanciers solidaires, à la charge de l'Etat.

Par ces motifs,
la Chambre des recours pénale
prononce :

- I.** Le recours est admis.
- II.** L'ordonnance du 27 juillet 2017 est annulée.
- III.** Le dossier de la cause est renvoyé au Ministère public central, Division affaire spéciales, pour qu'il procède dans le sens des considérants.
- IV.** Les frais d'arrêt, par 1'760 fr. (mille cinq cent quarante francs), sont laissés à la charge de l'Etat.
- V.** Une indemnité de 1'296 fr. (mille deux cent nonante-six francs) est allouée à A.X._____, B.X._____ et C.X._____, solidairement entre eux, pour la procédure de recours, à la charge de l'Etat.
- VI.** L'arrêt est exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du

Le présent arrêt, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié, par l'envoi d'une copie complète, à :

- Me Gilles-Antoine Hofstetter, avocat (pour A.X._____, B.X._____ et C.X._____),
- Ministère public central,

et communiqué à :

- M. le Procureur du Ministère public central, Division affaires spéciales,

par l'envoi de photocopies.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière pénale devant le Tribunal fédéral au sens des art. 78 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - RS 173.110). Ce recours doit être déposé devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète (art. 100 al. 1 LTF).

La greffière :