



La médicale

assure les professionnels de santé



LA LETTRE DES PROFESSIONS DE SANTE

01 /2009

Jean VILANOVA

jean.vilanova@ca-predica.fr

LA LETTRE DES PROFESSIONS DE SANTE

Janvier 2009

Voici le premier des 4 numéros de *La Lettre des Professions de Santé* programmés en 2009.

1. Ce numéro s'ouvre sur la rubrique *ACTUALITE PROFESSIONNELLE*. Cette actualité est toujours abondante. Nous traitons ici de trois sujets de toute première importance : l'Ordre des infirmiers désormais constitué, la migration des praticiens au sein de l'UE, l'existence de déserts médicaux sur le territoire français.

2. Au titre de la rubrique *LOI ET JURISPRUDENCE* nous commentons deux affaires récentes qui touchent à l'essentiel de la relation de soins :

❖ **D'abord le refus de soins formulé par une personne mineure**, ceci en référence au cas de cette jeune patiente britannique ayant écarté la perspective d'une greffe cardiaque susceptible de prolonger sa vie. Les médecins anglais ont décidé de respecter sa volonté. Qu'en serait-il en France ?

❖ **Ensuite le devoir d'information du praticien envers son patient**. Cette question semblait réglée par la jurisprudence et la loi. Est-ce réellement le cas ? Dans un arrêt récent, la Cour de cassation modifie le périmètre de l'indemnisation du préjudice induit par le défaut d'information du praticien ; de partiel, ce périmètre devient total. Cet arrêt augure-t-il d'une évolution jurisprudentielle ou traduit-il le traitement par la haute Cour d'une situation spécifique ?



1

Actualité professionnelle

- ✓ Ordre des infirmiers
- ✓ Migration des praticiens dans l'UE
- ✓ Le problème posé par les déserts médicaux



L'Ordre des infirmiers est désormais constitué

Profession emblématique par excellence, comptant quelques 450 000 praticiens (dont 69 620 libéraux), les infirmiers se devaient de disposer d'un Ordre national à l'instar d'autres professions paramédicales déjà dotées (masseurs-kinésithérapeutes et pédicures-podologues) et des professions doctorales.

Créé par la loi du 21 /12 /2006, l'Ordre est aujourd'hui en situation de fonctionner. Après l'élection des conseillers départementaux, des conseillers régionaux et des conseillers nationaux (respectivement en avril, juillet et novembre 2008), le bureau national, en date du 14 /01 /2009 vient à son tour d'être désigné pour 2 ans. Il a porté à la présidence Mme Dominique Le Bœuf, cadre infirmier, membre du Haut conseil de santé publique, également impliquée au sein d'une mission sur les modalités d'évaluation des compétences des professionnels de santé .


Parmi les dossiers à traiter en priorité, il y a bien sûr la rédaction du Code de déontologie. Ensuite, Mme Le Boeuf souhaite conduire sa mission en s'appuyant sur les expertises variées propres à la profession d'infirmier.

S'ouvre donc une nouvelle étape primordiale pour la profession.

La migration des praticiens au sein de l'UE

La libre circulation des personnes au sein de l'UE constitue un droit fondamental. Chez les professionnels de santé, elle se traduit actuellement par une forte migration de praticiens ressortissants de l'Est européen vers l'Ouest, plus riche, mais aussi vers les USA et l'Australie.

Il est vrai que les conditions d'exercice de la médecine, des soins infirmiers, de l'art dentaire s'avèrent difficiles dans les pays de l'ancien bloc de l'Est, plus difficiles en tout cas qu'en Europe de l'ouest.



A titre d'exemple, un médecin polonais peut travailler jusqu'à 300 heures par mois pour des revenus compris entre 400 et 600 € sur cette même période. Si l'on songe que Varsovie se trouve à 2 H d'avion de Paris, de Londres ou de Milan, on comprend l'attrance de ce praticien pour un exercice moins contraint (mais pas confortable pour autant, cela va sans dire) et mieux rémunéré.

Voici donc pratiquement réunies, les conditions d'un grave déficit en nombre de praticiens dans les pays d' Europe de l'Est alors même que les besoins de santé publique y sont cruciaux.

C'est pourquoi d'aucuns évoquent l'urgence d'un processus de régulation de ces phénomènes migratoires afin de ne pas aggraver davantage les fortes disparités de l'offre de soins au sein de l'UE. Mais cela nécessiterait un début d'harmonisation des politiques de santé publique de la part des Etats membres. Or, en la matière chacun reste libre de s'organiser comme il l'entend. La tâche s'annonce ardue.

Le problème des déserts médicaux en France

Le débat engagé sur les déserts médicaux prend toute son acuité sachant que près de 2 600 000 patients ont aujourd'hui des difficultés pour trouver un médecin. De fait, il y a collision frontale et prévisible entre deux logiques, l'une et l'autre légitimes :

- d'une part, la nécessité d'organiser, au profit de la patientèle, un accès facilité aux structures de soins de proximité comme à celles requérant un plateau technique élaboré ;
- d'autre part la liberté dont entend disposer chaque praticien libéral dans le choix de son lieu d'installation et dans celui de la forme, solitaire ou associée de son activité.

Le gouvernement propose une revalorisation de 22 à 23 € aux médecins généralistes installés en zones dites « *surdenses* » qui accepteraient d'exercer de façon ponctuelle en zones désertifiées, soit sous forme de consultation en cabinet secondaire, soit en participant au système de gardes.

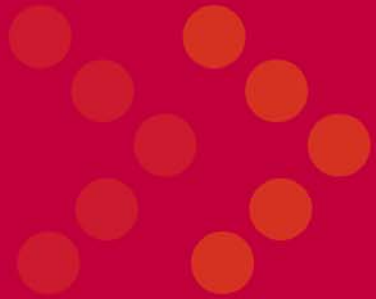


En cas de refus, ces médecins devraient acquitter une pénalité financière.

Les syndicats libéraux sont vent debout contre un tel projet dont ils redoutent de surcroît qu'il soit intégré, par voie d'amendement, au projet de loi « *Hôpital, patients, santé, territoire* » prochainement soumis à l'Assemblée nationale.

Les mesures incitatives prises jusqu'ici pour combler le déficit en ombre de médecins dans certaines régions n'ont pas produit les effets espérés. Faut-il les revoir, les étendre ? Faut-il penser un nouveau mode d'organisation ?

Les décisions qui seront arrêtées – dont il faut souhaiter qu'elles relèveront d'un consensus – pourraient influencer sur l'évolution de la médecine générale.



2

Loi et jurisprudence

- ✓ Le refus de consentement aux soins formulé par une personne mineur
- ✓ L'information du patient

L'affaire a fait grand bruit, en Grande-Bretagne et aussi en France. Hannah Jones, jeune patiente britannique gravement malade a refusé une transplantation cardiaque susceptible – peut-être – de prolonger sa vie. Après un vif débat public, ses médecins ont décidé de respecter sa volonté. Confrontés à une telle situation dramatique, quelle serait la position des soignants français en regard de la loi ?


Les faits

Depuis l'âge de 5 ans, Hannah Jones aujourd'hui âgée de 12 ans souffre d'une leucémie. Les effets secondaires des traitements reçus ont provoqué une grave affection cardiaque – une cardiomyopathie – rendant nécessaire une transplantation. Après avoir été informée par ses médecins du risque inhérent à un tel geste et de la nécessité de suivre ensuite, à vie, une thérapeutique lourde, l'enfant, à bout de force et soutenue par ses parents, a décidé de refuser l'intervention.

Elle a de surcroît affirmé une pleine conscience du risque pour sa vie induit par un tel refus.

Face à ce refus, les responsables du service de santé du comté de Herefordshire où était hospitalisée l'enfant ont d'abord souhaité porter l'affaire devant la Haute Cour de Justice afin de contraindre les parents à l'intervention. Puis ils se sont ravisés après avoir été convaincus par les arguments d'Hannah, déjà opérée à 6 reprises au cours des 2 dernières années.

Aujourd'hui Hannah est en fin de vie et reçoit des soins palliatifs à son domicile.



Outre la très vive émotion qu'il suscite, le cas soulevé par la jeune Hannah Jones amène à se poser quelques questions essentielles : un enfant est-il un patient comme les autres ? Ou commence et où s'arrête sa liberté en terme de décision ? Peut-il être soigné contre sa volonté ?

Et que se passerait-il, en France, si une affaire semblable à l'affaire Hannah Jones venait à se produire ?

Le refus de consentement en droit français

1. Principes généraux : ce que dit le droit

La loi du 4 /03 /2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé a renforcé le rôle du patient dans sa relation avec le soignant ; notamment en ce qui concerne son pouvoir de consentir aux soins proposés ou de les refuser. Ce consentement (ou son refus) doit être **libre et éclairé**. Il résulte de l'information **claire loyale et appropriée** dispensée par le médecin sur les risques issus du traitement proposé ainsi que sur ceux qui résulterait d'une non-intervention.

Dès lors, sauf situation exceptionnelle (urgence), aucun traitement ne peut être entrepris sans l'aval du patient ou sans que la personne de confiance prévue par la loi, la famille ou un proche ait été consulté.

Reconnues de longue date par la jurisprudence, ces dispositions essentielles sont désormais consacrées par la loi, « *gravées dans le marbre* » si l'on peut dire.

Mais qu'en est-il lorsque le patient n'est juridiquement pas en état de consentir - ou de refuser de consentir – lui-même, en particulier lorsqu'il est mineur ?

De nombreux médecins rencontrés depuis l'affaire Hannah Jones redoutent d'être placés demain devant un tel dilemme.

2. Le refus du mineur et le droit

Ce sont *a priori* les détenteurs de l'autorité parentale qui consentent, pour le mineur, aux soins proposés par le praticien. En cas de refus de ce consentement, le médecin délivre malgré tout les soins indispensables si ledit refus attente gravement à la santé du mineur.

Toutefois la loi offre aussi au mineur une autonomie et un pouvoir dont certains professionnels de santé s'inquiètent par ailleurs.

☞ Ainsi ce mineur peut-il s'opposer à la communication aux détenteurs de l'autorité parentale d'informations concernant son état de santé. (art. L. 1111-5 Code de la santé publique)

☞ Tout autant, le mineur est en droit de recevoir l'information sur les risques encourus et, ainsi que le précise la loi... « *de participer à la prise de décision le concernant d'une manière adaptée à son degré de maturité...* » Et le législateur d'enfoncer le clou : « *Le consentement du mineur... doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision...* » (art. L. 1111-4 Code de la santé publique)

☞ La déontologie médicale n'est pas en reste. L'article 42 du Code de déontologie (nouvel article R. 4127-42 du Code de la santé publique) stipule qu'en manière de consentement... « *Si l'avis de l'intéressé (le mineur) peut être recueilli, le médecin doit en tenir compte dans toute la mesure du possible.* »

D'aucuns ont cru déceler dans ce foisonnement législatif l'une des manifestations du penchant dévastateur vers « l'enfant-roi » dans lequel la société semble se complaire. Sans doute les choses sont-elles plus complexes... Le droit du mineur, rapporté à sa capacité de discernement puise plutôt sa source dans La Convention Internationale des Droits de l'Enfant du 20 /11 /1989 (ONU).



L'article 12 (al.1) de la Convention sert de référent à notre droit national. Il stipule en effet que :

« Les États parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité... »

3. Comment se détermine le degré de maturité du mineur ?

Question difficile tant ce degré varie d'un mineur à l'autre en fonction de son stade d'évolution biologique et psychologique, de son contexte familial, de son vécu propre (la jeune Hannah Jones, de ce point de vue a acquis une maturité indéniable qui lui permet le choix entre une vie incertaine ponctuée de souffrance et une mort probable à court terme).

Le plus souvent, au titre du colloque singulier scellé par le secret, l'appréciation du degré de maturité repose sur les épaules du seul praticien dont la responsabilité devient alors incommensurable.

D'où, en de telles circonstances, la nécessité pour ce praticien de chercher à convaincre le patient mineur non-consentant :

- de l'intérêt pour lui de suivre malgré tout la thérapie préconisée ;
- de l'importance de partager avec eux le secret si ce mineur, outre le fait de ne pas consentir, refuse que l'information sur son état de santé soit communiquée aux détenteurs de l'autorité parentale.

Nous ne le répéterons jamais assez : la médecine est aussi l'art du verbe.



En conclusion

Confrontés au même refus que celui-ci formulé par la jeune Hannah Jones, les médecins français seraient probablement fondés à prendre une décision identique à celle de leurs confrères britanniques. C'est en tout cas ce qui semble ressortir de l'interprétation des textes dont nous disposons.

Mais ici, les texte suffisent-ils ?

Probablement pas car le droit ne saurait tout régenter. Le débat prend une dimension éthique, c'est-à-dire morale.

Il s'agit de la souffrance, de la vie et de la mort d'une personne, *a fortiori* une personne mineure et du degré acceptable d'intrusion dans ses choix.

Ainsi que le précise Pierre Le Coz, vice-président du Comité national d'éthique, « *il y a une grande violence à attenter au corps humain...* » La démarche d'incitation aux soins doit faire appel à la raison du patient et ne jamais procéder « *d'un quasi-chantage psychologique* » poursuit Pierre Le Coz.

Une tâche d'une extraordinaire complexité attend ceux, médecins, philosophes, humanistes, politiques qui réfléchissent aujourd'hui aux questions cruciales du refus de soins et de l'accompagnement en fin de vie.

Le manquement – ou supposé tel – du praticien à son devoir d'information vis à vis du patient apparaît désormais nettement comme un gisement nouveau et durable de contentieux. Depuis l'arrêt fondateur (arrêt H. du 25 /02 /1997), la Cour de cassation a, par touches successives, mis en place un édifice jurisprudentiel remarquable d'équilibre mariant l'approche compassionnelle due au patient à la nécessité pour le praticien d'un exercice serein. Consacrée par la loi, nous pensions cette question réglée. Or, La Cour de cassation a rendu récemment un arrêt qui semble faire bouger quelques lignes. Est-ce un arrêt de circonstances ou une nouvelle évolution de la jurisprudence ?

Remarques liminaires

En matière d'information du patient, la règle est la suivante :

- ☞ Il appartient au praticien de prouver qu'il a informé son patient des risques encourus du fait de la stratégie thérapeutique proposée ainsi que des risques encourus du fait du non-consentement du patient à cette thérapeutique.
- ☞ L'apport de la preuve par le praticien se fait par la conjonction d'un faisceau de présomptions qualifié par la jurisprudence de **graves, précises et concordantes**.
- ☞ La réparation du préjudice au titre du défaut d'information se fait par le biais de **la perte de chance**, solution qui présuppose une réparation partielle de ce préjudice dans la mesure où le défaut d'information est perçu comme une conséquence indirecte de celui-ci.



Les faits

Un patient souffrant de troubles érectiles est soigné au moyen de médicaments hors AMM.

Des complications surviennent au cours du traitement qui vont donner lieu, mais tardivement à plusieurs interventions. A l'issue de celles-ci, le patient demeure atteint d'une impuissance organique définitive et irréversible.

Son épouse et lui assignent le praticien au motif que le fait d'avoir prescrit des médicaments ne bénéficiant pas de l'AMM constitue un manquement à son obligation de sécurité (incluse dans l'obligation régaliennne de moyens).

L'arrêt de la cour d'appel


Dans son arrêt, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence considère d'abord que la faute du praticien ne se situe pas dans la prescription de médicaments hors AMM.

Pour les juges du fond, la faute réside dans le manquement à l'obligation d'information qui incombait au praticien, faute ayant eu pour conséquence de priver le patient de la possibilité de consulter en urgence un service hospitalier dès l'apparition des premières complications.

L'indemnisation du préjudice se fait alors, conformément à la jurisprudence, sur la base de la perte de chance. L'indemnisation est donc partielle, ce que les époux contestent.

Ils forment alors un pourvoi devant la Cour de cassation.

Au titre de celui-ci, il est demandé à la Haute cour de répondre à deux questions précises.

- 
- ☞ La prescription hors AMM est-elle constitutive d'une faute médicale susceptible d'engager la responsabilité du médecin ?
 - ☞ Le défaut d'information est-il la conséquence directe du préjudice subi par les époux ?

Cour de cassation – 1^{ère} ch. civ. Arrêt du 18 /09 /2008

1. La prescription hors AMM apparaît-elle comme une faute engageant la responsabilité du médecin ?

Sur ce premier point, la Cour de cassation confirme l'arrêt d'appel en précisant que... « *La faute du praticien ne pouvait se déduire de la seule absence d'autorisation de mise sur le marché et des effets indésirables du traitement...* »

La prescription hors AMM n'est donc pas fautive en soi et cette solution, maintes fois rapportée par la doctrine et validée par la jurisprudence ne nous surprend pas. Elle se situe dans le prolongement de la liberté de prescription dévolue à chaque médecin. La prescription hors AMM fait d'ailleurs partie du quotidien propre à certaines disciplines (cancérologie par exemple).

Ceci précisé, elle s'inscrit dans des normes précises : l'intérêt du patient, la meilleure sécurité sanitaire, la connaissance de l'efficacité du produit en regard de la pathologie rencontrée.

Au titre de l'affaire qui nous occupe et suivie en cela par la Cour de cassation, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence avait elle-même admis que le traitement prescrit par le médecin... « *était reconnu pour son efficacité en cas de dysérection, et que s'il s'accompagnait de complications connues, il n'était cependant pas établi que les données de la science ne puissent y remédier.* »

2. Le défaut d'information est-il la conséquence directe du préjudice entraînant de fait son indemnisation totale ?

Nous l'avons vu, la cour d'appel a estimé que l'absence ou l'insuffisance de l'information délivrée par le médecin s'apparentait à une négligence ayant fait perdre au patient une chance d'échapper au préjudice dont la probabilité de survenance s'avérait de toutes façons élevée.

Le délai excessif entre l'apparition des complications et l'intervention finale n'est que l'une des causes du préjudice, et non pas la cause unique.

C'est sur ce point qu'intervient la cassation.

Pour la Haute cour, ce retard EST la cause unique de l'impuissance définitive du patient au motif que... « *le médecin prescripteur n'avait pas mis son patient en mesure d'apprécier l'opportunité de consulter rapidement un service hospitalier en urgence...* » Et les juges d'en conclure l'existence... « *d'une faute en relation directe avec le préjudice final éprouvé par les époux.* »

Dès lors, si la faute – le défaut d'information répétons-le – est directe, le préjudice doit se voir intégralement réparé.

Commentaires

L'arrêt du 18 /09 /2008 suscite quelques interrogations.

Ouvre-t-il la voie à de nouvelles avancées jurisprudentielles propres au devoir d'information et à son manquement ou, plus simplement répond-il à une situation ponctuelle ?

En l'état actuel, il reste délicat de répondre de façon plus ou moins définitive à cette question.



Mais des hypothèses peuvent être avancées.

Pour notre part, nous ne croyons pas à l'abandon par la Haute juridiction de la perte de chance comme motif d'indemnisation – toujours partiel – du préjudice. La perte de chance née du défaut d'information devrait demeurer la règle.

Nous ne croyons donc pas à une nouvelle évolution de la jurisprudence dont l'affaire ici évoquée serait le point d'ancrage.

Selon nous, ce n'est pas le défaut d'information en tant que tel qui devrait désormais induire l'obligation de réparer l'intégralité du dommage, mais le défaut d'information lorsqu'il apparaît en tant que critère de causalité directe comme c'est le cas dans l'affaire en question.

Et c'est bien ce que la Cour de cassation met en lumière.

En d'autres circonstances, cette faute, en tant que déclencheur direct et unique du dommage prend la forme d'un diagnostic mal posé, d'un suivi thérapeutique mal conduit, d'un défaut de surveillance, d'un défaut de prudence, etc.

Ici elle prend la forme d'un défaut d'information.

Il importe également de ne pas négliger un autre élément propre à l'affaire, élément ayant pu influencer sur la décision des juges de cassation.

Les soins initiaux ont en effet été conduits au moyens de médicaments hors AMM.

Davantage encore qu'une autre, une prescription hors AMM implique l'impératif d'une information précise du patient sur les risques encourus et les effets secondaires possibles. D'autant que, par définition, il n'y a pas, dans un cadre hors AMM, de notice d'information adaptée à la situation du patient.



Voilà sans doute, de quoi aggraver encore la faute du médecin dans l'esprit des magistrats.

Dès lors, et pour résumer notre propos :

☞ Dans la mesure où le défaut d'information induit directement le préjudice, **la réparation de ce dernier est intégrale.**

☞ Dans la mesure où le défaut d'information contribue à la réalisation du préjudice mais n'en est pas la cause directe et unique, **la réparation est partielle, au titre de la perte de chance.**

L'hypothèse d'une définition par la Cour de cassation d'un nouveau périmètre de l'indemnisation du préjudice résultant du défaut d'information nous semble devoir être écartée.

Il reste à attendre les décisions futures qui confirmeront ou infirmeront cette position.