



Recommandations, standards et assurance professionnelle : hausse du risque ou baisse des primes ?

Guidelines and professional insurance: rising risk or decreasing premium?

Mots-clés : Administration des soins, Recommandations de bonnes pratiques, Assurance acte médical, Jurisprudence.

Keywords: *Health's administration, Quality of health care, Medical practice.*

G. Decroix⁽¹⁾

La responsabilité médicale est essentiellement fondée sur la faute, comme l'a rappelé la loi du 4 mars 2002. Celle-ci a introduit l'article L. 1142-1 du Code de la santé publique, disposant : *“Hors le cas où leur responsabilité est encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé, les professionnels de santé, mentionnés à la quatrième partie du présent code, ainsi que tout établissement, service ou organisme dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins ne sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins, qu'en cas de faute.”*

Le rôle des experts, puis des magistrats ou des membres des commissions régionales de conciliation et d'indemnisation (CRCI) sera donc, en premier lieu, de rechercher si une faute a ou non été commise par un ou plusieurs intervenants, personne physique ou morale. Dans un second temps, il leur appartiendra de déterminer le préjudice en lien avec cette ou ces éventuelles fautes puis d'en fixer l'indemnisation.

Qu'est-ce qu'une faute ?

Étant donné la très grande variété des situations dans lesquelles se retrouvent des fautes professionnelles, il convient d'adopter une définition large susceptible de toutes les englober, tout en restant conforme à la réalité des expertises et à la réalité juridique. Les réclamations concernent tant l'erreur de diagnostic que la chute au cabinet, sans oublier les complications des traitements institués ou les conséquences d'un certificat mal

1. Juriste, Le Sou médical, groupe MACSF, rédacteur en chef de “Responsabilité”.

rédigé... Nous proposons ainsi la définition suivante : une faute est un manquement aux bonnes pratiques professionnelles. Il s'agit d'une définition in concreto, comme l'est l'appréciation de la responsabilité ; chaque dossier étant un cas particulier, c'est du "cousu main" qu'il faut réaliser. Cela n'empêche pas l'existence de règles à respecter en matière de diagnostic, de thérapie et de suivi, issues de la médecine scientifique qui a permis de les établir. Cette définition a également pour ambition de tenter d'éviter que se creuse un fossé entre les exigences formulées par les magistrats et les pratiques professionnelles dont ils sont, nécessairement, déconnectés. Une telle définition incite les juges à aller rechercher si le praticien poursuivi a ou non respecté les usages en vigueur dans sa spécialité, en détournant un temps les yeux de la victime qui, certes, a subi un dommage, mais qui a pu, néanmoins, être correctement prise en charge.

Où trouver les bonnes pratiques professionnelles ?

Avant d'apprécier le comportement du médecin, les magistrats, avec l'aide des experts, doivent donc indiquer quelles sont les bonnes pratiques en vigueur ou quelles étaient celles qui étaient en cours au jour des soins litigieux. La multiplication des procédures tardives, due notamment à la médiatisation de certaines affaires, implique de pouvoir retrouver la trace des bonnes pratiques de l'époque, qui peut remonter à dix, vingt ans, voire parfois plus. Les experts âgés sont ici un avantage, mais il leur est parfois difficile de valider des pratiques depuis longtemps abandonnées, car jugées, depuis, inadaptées ou inefficaces, excessives ou dangereuses, voire barbares... Devant l'ampleur de leur tâche, leur manque de moyens, leur absence de spécialisation (sauf dans quelques grands tribunaux où il existe des sections spécialisées), les magistrats ne peuvent procéder eux-mêmes à la "pêche aux bonnes pratiques" et vont donc utiliser les éléments transmis par les parties à la procédure. De très nombreuses pièces sont ainsi échangées dans la phase préparatoire, parmi lesquelles un tri est nécessaire, selon la source, la fiabilité scientifique, la date. Disons-le tout de suite : peu de juges lisent l'anglais, ou au moins acceptent de le faire, sans parler des publications en russe ou en japonais...

Mais si une publication est vraiment pertinente, la partie qui la produit peut la faire traduire par un traducteur agréé, ce qui, bien sûr, a un coût.

En raison du principe de la liberté de la preuve, les magistrats sont susceptibles d'examiner tout élément produit, quitte à l'éliminer des débats, soit spontanément, soit sur la base de contestations adverses.

Si les pièces du dossier médical du patient sont déterminantes pour établir une anamnèse complète des événements ayant conduit à l'accident et faisant donc l'objet des reproches, elles sont inopérantes pour la détermination des bonnes pratiques professionnelles.

Celles-ci vont être recherchées dans différents documents, de valeur probante inégale : – les mentions légales pour un médicament qui précisent les indications et contre-indications, les précautions à respecter, les effets indésirables connus... ;

- le mode d’emploi pour le matériel indiquant notamment les conditions d’utilisation, les spécificités minimales des consommables, la maintenance recommandée ;
- les décrets de compétence et les programmes de formation des professionnels de santé ;
- les ouvrages de référence ;
- les publications scientifiques, avec peu de regard critique sur leur pertinence ;
- les recommandations professionnelles émanant de l’Anaes (aujourd’hui HAS [1]) ou des sociétés savantes ;
- et, bien entendu, les textes réglementaires (essentiellement décrets et circulaires) qui, parfois, se contentent de transformer en normes obligatoires des recommandations scientifiques.

Cela induit certaines conditions indispensables au bon usage de ces moyens de preuve. Pour les mentions légales, il est nécessaire de retrouver celles qui sont en vigueur au jour de la prescription car, justement, elles évoluent en fonction des accidents déclarés, d’où la nécessité pour un défenseur de praticiens de conserver une collection complète de dictionnaires Vidal®. La même remarque peut être faite pour les ouvrages, et il est parfois bien utile de retrouver un vieux manuel de chirurgie ou d’obstétrique pour prouver que la technique utilisée était correcte... à l’époque. Les modes d’emploi du matériel incriminé sont souvent consultés dans les procédures, mais sont en général écrits pour protéger le fabricant ou lui permettre de vendre ses consommables ou sa maintenance, si bien qu’il n’est pas toujours possible de les respecter.

La question des publications scientifiques est la plus délicate, car elles vont être produites à des personnes n’ayant reçu aucune formation pour les analyser et les comprendre. Il faut se demander à partir de quand une étude doit conditionner la pratique médicale et donc peut servir de base si elle n’est pas respectée. Est-ce en raison de sa pertinence ? de sa publication dans une revue de référence ? dans une revue francophone ? de l’existence d’études antérieures allant dans le même sens ? et si oui, combien ? Un peu de bon sens nous permet de penser que les médecins ne doivent pas sauter sur la première publication relative à une nouvelle technique, à une complication, mais ne doivent pas non plus attendre que les revues aient cessé de publier à ce propos, considérant que cela est désormais entré dans le “patrimoine génétique de tout médecin normalement constitué”. Un savant mélange de prudence et d’initiative doit être respecté en évitant les excès dans un sens ou dans l’autre.

Cela appelle une autre question : à partir de quand une technique doit-elle être adoptée, et quand la précédente doit-elle être considérée comme obsolète, sachant qu’il peut y avoir une longue période pendant laquelle les deux cohabitent ? C’est certainement le rapport bénéfice/risque qui conditionne la réponse, sachant qu’il est par ailleurs praticien-dépendant, certains se sentant plus à l’aise avec l’ancienne technique qu’avec la nouvelle. Ce débat a été très riche, par exemple, sur la question de la coeli chirurgie comparée à la chirurgie à ventre ouvert, et il n’est d’ailleurs pas terminé. Un critère, souvent utilisé, est celui de l’enseignement dans les facultés : si la technique est enseignée, elle est dans les bonnes pratiques, ce qui ne signifie pas pour autant qu’elle devait être utilisée pour ce patient.

Prudence dans l'élaboration des recommandations

Si la rédaction de recommandations peut répondre à plusieurs motifs, elle doit toujours viser en premier lieu à l'amélioration de la qualité des soins et de la sécurité des patients.

Mais, par ailleurs, ces recommandations doivent correspondre à la réalité des moyens humains et matériels disponibles dans notre pays. Élaborer des recommandations irréalistes, car irréalisables, relèverait du suicide collectif de toute une profession qui serait contrainte à une schizophrénie permanente en ce qu'elle devrait faire et ce qu'elle peut faire. Mais ce n'est pas une raison pour "mettre la barre trop bas", car si la recommandation se borne à entériner les pratiques existant partout, elle est alors dépourvue d'intérêt. Le but est de diffuser des bonnes pratiques totalement validées au sein de la profession, pour éviter le maintien de techniques abandonnées, éviter que certains centres ne deviennent des laboratoires d'expérimentation et supprimer certains comportements déviants marginaux. En conséquence, la publication des recommandations ne devrait pas modifier l'ensemble des cabinets et des établissements [2].

Effet des recommandations dans les procédures en responsabilité

De plus en plus connues par les praticiens, mais aussi par les patients, notamment par les internautes avertis, les recommandations vont être souvent produites dans la procédure par la partie à laquelle elles sont favorables. Il est vrai qu'elles peuvent largement influencer dans la décision à intervenir, surtout si elles traitent exactement de la situation qui s'est produite (ce qui n'est pas toujours le cas et ce qu'il faut donc vérifier !) ou si elles émanent d'une autorité officielle garantissant indépendance, pluridisciplinarité et méthodologie éprouvée. Dans ce sens, les recommandations émanant de l'Anaes ont un rôle important dans les procédures, tant devant l'expert que devant le juge. En revanche, des recommandations provenant d'autorités étrangères, même européennes, sont reçues plus froidement alors que les pathologies et les traitements sont les mêmes des deux côtés de la frontière même si les moyens disponibles ne sont pas identiques.

En pratique, si le médecin a respecté les recommandations, il a tout intérêt à les produire dans la procédure afin de prouver qu'il a agi conformément aux bonnes pratiques professionnelles et, ainsi, demander à ce que soit reconnu qu'il n'a pas commis de faute professionnelle. Si, au contraire, il ne les a pas respectées, elles risquent de lui être opposées par le patient à l'appui de sa démonstration de l'existence d'une faute. Il devra être alors en mesure d'expliquer pourquoi il n'a pas respecté ces recommandations et, s'il ne peut pas le faire, les experts et les magistrats peuvent considérer que cela constitue la preuve de la faute et que cela engage sa responsabilité professionnelle. Il pourra tenter de se justifier en expliquant :

- que le cas du patient ne rentrait pas dans le cadre de ces recommandations car il présentait certaines spécificités ;
- ou qu'il lui était matériellement impossible de les respecter (ce qui peut être à double

tranchant en générant des reproches fondés sur un mauvais environnement de travail accepté sans contestation !);

– ou que, de toute façon, il n'est pas démontré que si elles avaient été respectées, cela aurait évité le préjudice de manière certaine.

Il en est ainsi des diagnostics non faits dans des situations où les moyens d'investigation prévus par les recommandations n'ont pas été prescrits. Il est possible de plaider que rien ne permet d'affirmer que les examens en question auraient permis de poser le diagnostic et, d'autre part, qu'il n'est pas établi que si les traitements avaient été institués plus tôt, les séquelles actuelles auraient été évitées.

En somme, les recommandations peuvent être favorables ou défavorables au praticien poursuivi selon qu'il les a ou non respectées, si bien que pour mesurer l'effet de la publication de recommandations sur la responsabilité des médecins, il faut rechercher la proportion de praticiens qui les respectent. D'un autre côté, les recommandations, si elles sont suivies, devraient permettre de diminuer le nombre des accidents et donc les occasions de mise en cause de la responsabilité des médecins. Il s'agit alors d'un bilan positif pour les recommandations, même si certains médecins en ont subi les conséquences néfastes dans la procédure dirigée contre eux.

Juge, législateur, médecin : qui doit fixer les bonnes pratiques ?

C'est la question induite par ces réflexions sur les recommandations qui constituent une forme de cristallisation des bonnes pratiques professionnelles qui deviennent alors "obligatoires" après leur diffusion.

- Certains ont ainsi vu l'élaboration de recommandations comme une forme de masochisme professionnel, leurs auteurs créant ainsi des verges pour se faire fouetter, emportant avec eux dans leur malheur l'ensemble de leurs confrères. Mais n'est-ce pas un peu naïf que de croire que l'on pourra pratiquer encore longtemps selon ses méthodes personnelles sans que personne n'y trouve quelque chose à redire ? Le taux de réclamations après accident étant de plus en plus élevé, selon les statistiques publiées chaque année par les assureurs spécialisés, le praticien dont l'activité a provoqué un dommage ne peut plus espérer passer à travers les mailles du filet et ne pas avoir à s'expliquer un jour. À ce moment-là, même s'il n'y a pas de recommandation publiée, il faudra bien décrire ses gestes, et il sera difficile de prétendre que l'on ne connaissait pas les bonnes pratiques professionnelles, car cela constituerait alors un aveu d'insuffisance.

- Prendre les devants permet de garder la maîtrise de la définition et de la diffusion des bonnes pratiques et, surtout, d'éviter que quelqu'un d'autre ne le fasse à la place des professionnels concernés. Qui connaît mieux qu'eux, en effet, la matière, ses derniers développements et les contraintes économiques et de temps, liées aux conditions d'exercice ? En l'absence de recommandations et en cas d'accidents, considérés par l'opinion publique comme inacceptables, le gouvernement ou le législateur seraient amenés à prendre l'ini-

tiative d'une réglementation contraignante qui correspondrait à leurs objectifs, mais pas forcément à ceux des médecins. Ceux-ci risquent alors d'avoir à respecter des exigences plus politiques que techniques qui peuvent être irréalisables en pratique, voire stupides... Une collaboration intelligente peut s'instituer entre le ministère concerné et un organe technique (Anaes, sociétés savantes) pour demander la réalisation d'une étude débouchant sur des recommandations, ensuite validées ou amendées par le gouvernement et/ou le législateur. Ce va-et-vient entre le pouvoir réglementaire et les praticiens est riche d'enseignements réciproques sur les contraintes de chacun, sachant, malheureusement, que le résultat des compromis ressemble parfois à un monstre que l'on se dépêchera d'oublier. Le résultat peut être aussi très réussi, comme ce fut le cas en anesthésie-réanimation, où les différents travaux de la Société française d'anesthésie et de réanimation (SFAR) conduisirent à la publication du décret du 5 décembre 1994, qui a largement contribué à la réduction du nombre d'accidents d'anesthésie dans notre pays.

• N'oublions pas, par ailleurs, le rôle de la jurisprudence, et tout particulièrement des décisions de la Cour de cassation, comme source du droit, notamment dans les domaines peu réglementés comme la responsabilité médicale. En disant le droit, les magistrats sont amenés à valider ou à censurer certains comportements médicaux, certes dans le contexte particulier où l'accident est survenu, mais parfois en posant des principes qui seront ultérieurement repris par la plupart des juridictions. Nous devons, par exemple, à la Cour de cassation le développement de l'obligation d'information pesant sur les praticiens, avant qu'elle ne soit définie par le législateur dans la loi du 4 mars 2002 et ne fasse l'objet de recommandations de l'Anaes, reprises par voie de circulaire. Là aussi, laisser les magistrats, qui jugent "au nom du peuple français" sur la base de ce qu'ils pensent être les exigences de notre société, définir les normes applicables aux médecins est dangereux, car souvent fondé davantage sur des espoirs que sur des réalités concrètes réalisables. Cela crée, en outre, une situation d'insécurité juridique due aux revirements jurisprudentiels applicables immédiatement, même pour des dossiers portant sur des actes très anciens, alors que les exigences des magistrats étaient, à cette époque, tout autres. L'existence de recommandations professionnelles préexistantes à la procédure peut permettre de limiter l'ardeur novatrice des magistrats en montrant que le praticien a suivi les règles établies par sa profession et donc n'a pas commis de faute professionnelle susceptible d'engager sa responsabilité.

Effet des recommandations sur les primes d'assurance

Comme nous l'avons vu précédemment, selon qu'elle a ou non été respectée, la recommandation peut contribuer soit à la défense, soit à la condamnation du praticien dont la responsabilité est recherchée. Les recommandations sont donc source d'espoir ou d'angoisse pour les assureurs et, comme elles ont une influence directe sur la condamnation du praticien, elles modifient le risque en question.

L'assureur a tout intérêt à connaître ces recommandations, à la fois comme outil de défense de son assuré, mais aussi comme élément de définition du risque et donc de la prime.

L'existence de recommandations, connues de tous et majoritairement respectées, devrait avoir pour effet de faire diminuer le risque, comme nous l'avons vu, par exemple, en anesthésie, mais il ne faut pas en attendre des miracles sur le montant des primes, car le progrès ainsi obtenu en diminuant le nombre des accidents se trouve malheureusement anéanti par l'augmentation faramineuse du coût des dossiers constatée depuis une dizaine d'années.

Les assureurs, confiants dans le professionnalisme de leurs assurés, ont donc intérêt à ce que des recommandations réalisables soient élaborées par les représentants de chaque métier et peuvent aider à leur diffusion tout en insistant sur l'importance de leur respect.

Il peut même être envisagé de lier la garantie au respect de ces bonnes pratiques, mais cela implique au moins deux conditions cumulatives : que ces normes soient devenues obligatoires par leur reprise dans un texte réglementaire et que leur respect ne soit lié qu'à la volonté du praticien et non pas à des éléments extérieurs comme les moyens mis à disposition par l'établissement dans lequel ils exercent. Cette deuxième condition est en pratique très difficile à réaliser tant les soins sont aujourd'hui devenus techniques et une affaire d'équipe pluridisciplinaire plus que d'individus, mais les démarches des praticiens pour obtenir des conditions d'exercice conformes aux bonnes pratiques ne sont pas aussi nombreuses qu'elles devraient l'être. Enfin, n'oublions pas que l'assurance en responsabilité civile professionnelle est devenue obligatoire pour les médecins libéraux, si bien que les assureurs, dans le cadre de leur devoir de conseil, sont tenus de proposer une garantie parfaitement adaptée à l'activité exercée, sans "trou", qui serait catastrophique tant pour les praticiens que pour leurs patients, qui risqueraient alors de ne pas être indemnisés.

Conclusion

Proposer une réduction de prime aux médecins s'engageant à respecter des recommandations professionnelles entre parfaitement dans le rôle d'incitation à la gestion des risques des assureurs mais est, en pratique, très délicat à mettre en œuvre dans le domaine de la responsabilité médicale où les pratiques ne sont pas encore totalement unifiées et où les praticiens ne sont pas entièrement maîtres de leurs conditions d'exercice. En revanche, cela est non seulement plus aisé, mais également hautement souhaitable pour l'assurance des établissements de santé.

Références bibliographiques

[1] Caniard E. *Sur le rôle de la HAS. La prévention du risque : un enjeu majeur pour la Haute Autorité de santé. Responsabilité* 2005; 5: 2.

[2] Matillon Y (entretien). *Sur le rôle de l'Anaes dans l'élaboration des référentiels. Responsabilité* 2001; 3: 21-3.