

# Hespérios - info n°9

## Editorial

C'est fait, le réseau de correspondants est opérationnel. Nous disposons de douze correspondants répartis sur toute la France.

La mise en place s'est effectuée en mars et avril 2002 au cours de réunion à Paris, Lyon et Bordeaux.

Nous avons rencontré des correspondants très motivés par HESPERIOS. Leur gentillesse et leur disponibilité vis à vis de l'Association ont été très appréciées. Leur désir de faire progresser HESPERIOS et la volonté que chacun déploie nous encourage dans notre action.

Vous trouverez les coordonnées de ces personnes en fin de bulletin.

Au cours du premier trimestre 2002 la loi relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé a été promulguée par le Président de la République. Elle est parue au Journal Officiel le 04 mars 2002.

Merci à tous pour votre fidélité, à bientôt à l'Assemblée Générale qui se tiendra le 28 Septembre 2002 à la Flambée, à Bergerac.

Annie.

## *Le risque d'entreprendre en médecine - Le risque thérapeutique.* *Enjeux juridiques, médicaux et humains*

*Docteur Patrice BODENAN - Doctorat en droit - Anesthésiste Réanimateur.*



Le risque en médecine est difficile à cerner tant il regroupe de situations particulières et que le risque zéro n'existe pas.

Ce risque, accepté autrefois comme une fatalité, n'est plus accepté dans la relation consumériste de notre civilisation (Relation médecin-patient).

Le mot risque recouvre en fait plusieurs situations.

En anglais, il existe plusieurs situations de risque :

- HAZARD, ou danger
- HARM ou dangerosité : caractère intrinsèquement dangereux d'un dispositif ou d'un comportement.
- RISK ou risque statistique, beaucoup plus aléatoire. Souvent à postériori lorsque le dommage est réalisé. La prévention est difficile.

Le risque d'entreprendre, c'est aussi le risque d'innover une nouvelle technique ou une technologie.

Le risque d'innover ou d'entreprendre, c'est aussi partager le risque entre deux parties contractantes. Ainsi apparaît la notion de contrat entre deux parties.

Le but d'une nouvelle technique innovante est de permettre une nouvelle approche thérapeutique en permettant de préserver la santé. La santé et le droit à la santé font partie des Droits de l'Homme et ce droit de l'individu garantit la pérennité du corps social.

Mais la santé a un coût et justifie la définition d'objectifs afin de mieux répartir les dépenses.

L'évolution technologique a une finalité scienti-

fique, mais sa finalité ne peut pas être que scientifique comme la recherche de l'immortalité, mais conserver une éthique visant à l'évolution de l'individu tout en préservant son harmonie avec son environnement.

L'évolution technologique médicale ne doit pas contribuer à un paradis vert comme dans le meilleur des mondes (HALDOUS HUXLEY).

### **I. LES ENJEUX JURIDIQUES ET LES ASPECTS MEDICAUX LEGAUX**

1. Les risques liés à la nouvelle technique ou technologie en termes de bénéfiques/risques.
2. Les risques liés aux instruments.
3. Les risques liés à la formation de l'expérimentateur.
4. L'information et le consentement au patient.
5. La nouvelle technologie et le droit de la recherche biomédicale.

#### **1. Les risques liés à la nouvelle technique ou technologie en termes de bénéfiques/risques.**

Le médecin est normalement tenu de mettre en œuvre des traitements conformes aux données acquises de la science (cour de cassation du 20 mai 1936).

Il faut que les techniques soient diffusées, éprouvées et admises dans les conférences de consensus.

Par définition le médecin qui expérimente une nouvelle technique ne se conforme pas aux données acquises de la science.

Le médecin peut le faire sans être fautif à plusieurs conditions :

- o Il s'agit réellement d'une technique innovante.
- o Les études préliminaires confirment la pertinence de la technique en termes de bénéfices risqués.
- o Le médecin innovateur doit avoir une autorité scientifique reconnue.

Mais malgré cela, il reste un risque incompressible pour que la responsabilité pour faute de l'expérimentateur soit retenue. L'arrêt GOMEZ de la Cour Administrative de Lyon (1990) a retenu la faute d'un médecin ayant utilisé une thérapeutique nouvelle ayant entraîné une complication exceptionnelle et anormalement grave.

## **2. Le risque du fait des instruments**

Depuis l'arrêt de la cour de cassation du 9 novembre 1999, il existe une obligation de sécurité résultat.

Le chirurgien ou tout autre praticien est responsable de la défectuosité du matériel qu'il utilise.

En matière d'infection induite par le matériel, le médecin est jugé responsable des infections nosocomiales (arrêts du 29 juin 1999, du 27 mars 2001)

Il n'est pas tenu compte de l'infection nosocomiale, aléa thérapeutique.

## **3. Le risque lié à la formation du médecin expérimentateur**

Celui-ci doit pouvoir prouver qu'il a une formation adaptée et quelle a été sa formation pour l'acquisition de la nouvelle technique mise en œuvre.

## **4. Information du patient et consentement**

Cette information doit être renforcée en cas d'utilisation d'une nouvelle technologie. Le médecin doit obligatoirement informer son patient des risques graves, des risques exceptionnels et des risques prévisibles. Mais peut-on tout prévoir ? (arrêts du 25 février 1997, du 14 octobre 1997, du 17 février 1998 et du 7 octobre 1998)

## **5. La nouvelle technologie et le droit de la recherche biomédicale (loi Huriet)**

Les essais ou les expérimentations organisés et pratiqués sur l'être humain en vue du développement des connaissances biologiques ou médicales sont soumis aux articles L1121-1 et suivants du code de la Santé Publique (1998).

Ces essais sont soumis à un régime de contrôle de consentement et de responsabilités.

Le devoir de précaution sera-t-il une nouvelle révolution dans l'appréciation du risque d'entreprendre ou dans la recherche d'une responsabilité.

Ce devoir de précaution, résurgence du bon sens, ne doit pas être un frein à l'innovation.

Les lois sur la recherche médicale sont en cours de révision. Le droit devant être le gérant du maintien d'une éthique et non un frein à l'évolution de la recherche

médicale.

## **II. LES ENJEUX MEDICAUX :**

La médecine telle qu'elle est actuellement à l'aube du 3ème millénaire, paraîtra peut être fort archaïque aux générations futures.

Mais les projets futuristes font déjà partie du présent :

- o Fécondation in vitro
- o Thérapie génétique
- o Fabrication de médicaments par génie génétique
- o Traitement des cancers par immunothérapie
- o Greffes d'organes
- o Greffes de cellules souches
- o Chirurgie assistée par ordinateur
- o Imagerie virtuelle...

Mais toutes ces innovations scientifiques montrent la nécessité d'un accompagnement éthique et juridique.

Des fléaux comme la peste sont éradiqués mais de nouvelles maladies apparaissent comme le variant transmissible de la maladie de Creutzfeld Jacob soulignant bien la nécessité de mettre en place des systèmes de veille sanitaire.

Le développement de la médecine ne peut se faire sans sagesse.

Aussi serait-il plus utile que dans les systèmes de veille sanitaire cohabitent juristes, médecins éthiciens plutôt que de rendre une décision de justice et ensuite légiférer pour annuler la jurisprudence (arrêt Perruche).

## **II. LES ENJEUX HUMAINS**

L'expérimentation de nouvelles techniques malgré leur coût parfois prohibitif dans un contexte de maîtrise des dépenses de santé, doit être maintenu pour permettre la guérison de maladies ou d'améliorer les conditions de la vieillesse.

Ces nouvelles techniques ne doivent pas se limiter à une élite privilégiée mais doivent être accessibles à tous dans une véritable démocratie sanitaire.

La prime de risque ne doit pas reposer sur le seul corps médical mais obéir à une mutualisation des risques (projet de loi d'indemnisation de l'aléa thérapeutique Kouchner-Ensi).

Le développement de nouvelles technologies coûteuses ne doit pas se faire au détriment du droit à la santé pour tous.

La vie est courte, l'art est long, l'occasion fugace, l'expérience trompeuse, le jugement difficile (Hippocrate).

Connais-toi toi-même et tu connaîtras l'Univers et

## *L'indemnisation des dommages non patrimoniaux dans le droit Portugais.*

*Maria Paula RIOS - Juriste*

Sommaire

### **I. L'indemnisation des dommages non patrimoniaux**

#### **II. Les dommages indemnissables**

##### **I – L'indemnisation des dommages non patrimoniaux.**

L'obligation d'indemnisation, prévue sous l'article 562 et suivants du Code Civil, entraîne, pour celui qui a causé le dommage, l'obligation de reconstituer la situation dans laquelle le lésé serait si ce n'était pas produit la lésion. C'est à dire, la loi consacre le principe de la reconstitution naturelle, comprenant le dommage émergent et les bénéfices cessants. Les dommages futurs sont aussi indemnissables, en tant que prévisibles.

La loi établit aussi que " l'obligation d'indemniser n'existe que pour les dommages qui probablement ne seraient pas survenus sans la lésion ", consacrant ainsi, clairement, la doctrine de la causalité adéquate.

La loi établit aussi que les dommages non patrimoniaux, d'autant qu'ils soient assez graves pour mériter la protection du droit, sont indemnissables (art. 496 du Code Civil). La jurisprudence a intégré cette disposition, en décidant quels sont les " dommages non patrimoniaux graves " cas par cas. Et, comme on ne pourra pas les quantifier, la valeur de l'indemnité sera fixée par le tribunal équitablement.

A ce propos, il nous faudrait citer une sentence du Suprême Tribunal Portugais – S.T.J. (l'équivalent de la Cour de Cassation), qui constitue une vraie référence dans cette matière, et qui établit :

A – Les dommages non patrimoniaux sont insusceptibles d'une évaluation en argent. On parle à ce propos de " pretium doloris " ou l'argent de la douleur. Mais il faut avoir présent que la réparation de ces dommages ne constitue, en soi même, une vraie indemnité, par laquelle on vise à reconstituer la situation préexistante. Il s'agit plutôt de compenser en quelque sorte les dommages soufferts par le lésé – pas exactement de l'indemniser.

B – La valorisation des dommages non patrimo-

niaux, que la loi attribue aux tribunaux, s'avère spécialement difficile. Le prudent arbitre du jugeur a dans cette matière un gros espace d'intervention.

Il y a, cependant, un certain nombre de données objectives à tenir en compte : le degré de culpabilité de l'agent, sa situation économique et celle du lésé et les autres circonstances du cas (notamment la nature et intensité du dommage causé – art. 496, avec référence à l'article 494 du Code Civil) – Décision du S. T. J. du 1er juin 1982.

La jurisprudence la plus récente dans cette matière, ayant toujours cette décision comme référence, surtout en ce qui concerne l'argumentation, a évolué dans le sens d'éloigner une compensation purement symbolique et de passer à une compensation effective. D'un autre côté, nous assistons à une plus grande activité jurisprudentielle en ce qui concerne la responsabilité civile, qui découle d'une transformation dans la société portugaise, une prise de conscience des citoyens à propos de son droit de réclamation. Il y a, en fait, une croissance de ce type d'actions dans les tribunaux, une plus grande diversité des sujets en litige et une augmentation des valeurs des indemnités.

##### **II – Les dommages indemnissables et les titulaires du droit à l'indemnisation.**

La loi ne donne aucune définition de dommages non patrimoniaux. La jurisprudence, mais aussi la doctrine les considèrent comme étant ceux qui ne sont pas mesurables en argent.

Nous avons vu que la loi, en ce qui concerne les indemnisations des dommages non patrimoniaux requiert qu'ils soient graves. Cette notion de gravité a toujours été intégrée par la jurisprudence, qui a bien sûr évoluée.

Les juges ont démontré une certaine prudence, tant en ce qui concerne les dommages qu'ils considèrent comme indemnissables, comme en ce qui concerne les montants des indemnités accordées. Cependant, on sent très nettement une évolution. Traditionnellement, seulement les dommages non patrimoniaux survenants de lésions corporelles étaient indemnisés, mais, plus récemment, et de plus en plus, on a pu aussi trouver

quelques décisions qui accordent une certaine importance aux dommages non patrimoniaux survénant d'une lésion matérielle.

De suite, nous indiquons les dommages non patrimoniaux généralement acceptés comme objet d'indemnisation :

1 – Les souffrances physiques –pretium doloris ou prix de la douleur. Pour que les souffrances soient considérées comme dommages non patrimoniaux il faut qu'elles soient objectivement graves. Cependant, les juges ont de plus en plus tendance à considérer à ce niveau une simple douleur ou incommodité d'ordre physique.

En ce qui concerne la douleur, il n'y a pas de critères sûrs pour déterminer sa gravité. En vérité, compte tenu du contact permanent avec la douleur, ce sont les médecins qui pourraient mieux l'évaluer, mais la décision va toujours appartenir aux juges, qui devront faire appel à leur propre expérience de vie.

Quelques instituts, parmi lesquels l'Institut de Médecine Légal (I. M. L.) ont établi des échelles de douleur en fonction des lésions.

2 – Au niveau des séquelles de lésions corporelles, nous pouvons aussi faire référence :

- au préjudice esthétique. Quand la chirurgie esthétique peut le résoudre, il a un prix, celui de l'opération. Si ce n'est pas le cas, le préjudice devra avoir comme fondement un rapport médicale associé à une échelle établie en fonction de l'importance des dommages (I. M. L.).

- au préjudice d'agrément – caractérisé par une privation des plaisirs de la vie – renonce à une activité non professionnelle, artistique ou sportive importante pour la personne lésée.

- préjudice sexuel – caractérisé par la mutilation ou impotence survenue à la suite des traumatismes au

niveau des organes sexuels. Il est considéré dans l'appréciation des dommages non patrimoniaux par le juge, suivant le rapport du médecin, devra décider quel est son effet dans le cas en question. D'autres dommages pourront aussi être intégrés dans le concept de dommages non patrimoniaux, et conséquemment, dans la valeur de l'indemnité, comme le préjudice de la santé en général et de la longévité (lésions très graves qui diminuent l'espoir de vie).

Dans tous ces cas de souffrances physiques c'est toujours le juge qui décide cas par cas la valeur de l'indemnité à payer. Dans certains cas, quand ces souffrances causent de tels problèmes à la personne lésée, qu'il faudra la soigner au niveau psychologique, le juge peut aussi suivre le rapport du médecin où l'indemnité est calculée en fonction d'une échelle de pretium doloris.

3 – Le droit à la vie – il se transmet aux ayants droits prévus dans la loi (Code Civil, art. 496), et qui sont les suivants :

a) conjoint et enfants ou d'autres descendants.

b) S'il n'y a pas de conjoint ou enfants, aux parents ou autres ascendants.

c) S'il n'y a pas d'ascendants, aux frères ou sœurs ou à leurs enfants.

Tous autres dommages non patrimoniaux que le décédé ait pu souffrir sont aussi l'objet d'indemnisation aux ayants droit mentionnés ci-dessus.

4 – Dommages non patrimoniaux qui ne résultent pas de lésions corporelles – les dommages associés au bon nom, à l'image, etc, sont indemnisés depuis longtemps.

Plus récemment, la souffrance et la douleur psychologique associées à la perte de choses très chères du point de vue émotionnel et avec lesquels leurs propriétaires sont aussi objet d'indemnisation.

## *Liste des correspondants d'Hespérios*

Madame Monsieur Patrice BODENAN  
92 - MEUDON - 01.45.34.84.36

Madame Dominique de BELIZAL  
59 - LILLE - 03.20.24.82.33

Madame Gaby DURAND  
23 - LA COURTINE - 05.55.66.77.16

Madame Hélène FERRER  
33 - MERIGNAC - 05.56.24.19.56

Madame Monsieur André KARPOFF  
68530 MURBACH – BUHL - 03.89.62.11.33

Madame Christine MELINE  
33 - GRADIGNAN - 06.88.08.81.99

Madame Monique MORANCAIS

27 - GUICHAINVILLE - 02.32.37.94.30

Madame Nadia NEF NEF BAJOLLE  
13 - AIX EN PROVENCE - 04.42.64.30.41

Madame Dina PORTOLA  
31 – VERFEUIL - 05.34.27.12.45

Madame Annie ROBERT  
79 - MARGNY - 06.84.20.00.63

Madame Monsieur SZPIRO  
75 - PARIS - 01.42.02.57.00

Mademoiselle Sandrine THIEBAUX  
69 - LYON - 04 78.54.45.21

