

Principe de précaution et responsabilité face à un risque hypothétique

Robert REGARD*

Mon exposé est ainsi construit :

- l'évolution de la responsabilité suit l'évolution des techniques et des exigences des patients et de la sécurité sanitaire.
- de l'obligation de soins de qualité assortie d'une obligation de moyens, on est passé à une obligation de sécurité de résultat en matière de prévention des risques connus prévisibles.
- l'apparition du principe de précaution crée l'obligation de prendre toute précaution destinée à éliminer des risques hypothétiques, ce qui étend le champ de la faute en imposant le devoir de prudence à l'extrême.
- cela peut entraîner la crainte de la part des praticiens de voir leur responsabilité accrue et toujours trop souvent mise en cause et, par conséquent, l'abandon des soins dits à risque (même inconnu).

Le thème de cet exposé fait appel à deux notions essentielles inhérentes à l'exercice de toute profession médicale, la notion de sécurité sanitaire et celle de responsabilité.

Il n'y a là, en fait, rien de révolutionnaire, bien que ces deux notions aient, au fil du temps, bien évolué et que leur expression actuelle fasse appel à un vocabulaire autrefois méconnu. En effet, depuis fort longtemps, ceux qui ont choisi de soigner leurs semblables ont, conscients de leur responsabilité, cherché non seulement à guérir mais, en évitant d'être des vecteurs de la maladie, exercé en prenant un maximum de précautions.

Pour ce qui concerne la notion juridique d'une responsabilité médicale, on peut considérer qu'elle est née il y a près de quarante siècles avec le code d'Hammourabi, roi de Babylone.

Elle a atteint depuis une complexité et une dimension considérables.

Quant à la notion de sécurité sanitaire, si l'expression est récente, sa philosophie est déjà ancienne, il suffit de se rappeler la célèbre formule d'Hippocrate *primum non nocere* ou celle d'Avicenne : "*La médecine vise la prévention de la santé et la guérison de la maladie*".

* De l'Académie nationale de chirurgie dentaire.

"La prévention de la santé" : n'est-ce pas là donner en quelques mots une bonne définition de la sécurité sanitaire ? Certainement, mais il est évident que depuis Hippocrate ou Avicenne les mœurs, la société, les connaissances ont bien changé et il apparaît que nous avons tous, en tant qu'individu social, une responsabilité en matière de sécurité sanitaire.

Toutefois, si ce thème est au cœur des préoccupations de nos concitoyens et des responsables de l'État, il est certain qu'en la matière, la responsabilité des professionnels de santé se situe au premier rang. Et, les chirurgiens dentistes, dont l'éthique ne saurait, sauf exception, être mise en cause, en ont toujours eu conscience. Responsabilité et sécurité sanitaire sont deux préoccupations majeures de notre profession. Notre Code de déontologie est d'ailleurs là pour nous rappeler quelles sont nos obligations en la matière.

C'est ainsi que, dans son article 2, il stipule que "*Le chirurgien dentiste, au service de l'individu et de la santé publique, exerce sa mission dans le respect de la vie et de la personne humaine*". Quant à l'article 3-1, il précise que "*Le chirurgien dentiste ne doit en aucun cas exercer sa profession dans des conditions susceptibles de compromettre la qualité des soins et des actes dispensés ainsi que la sécurité des patients ; il doit notamment prendre, et faire prendre par ses adjoints ou assistants, toutes dispositions propres à éviter la transmission de quelque pathologie que ce soit*".

Pour en finir avec ces citations du Code de déontologie dentaire, je me permets de rappeler l'article 62 qui prévoit que "*dans tous les cas, doivent être assurées la qualité des soins et la sécurité des patients*" et également que dans tout cabinet dentaire "*l'installation des moyens techniques et l'élimination des déchets provenant de l'exercice de la profession doivent répondre aux règles en vigueur concernant l'hygiène*".

Mais notre Code de déontologie n'est pas seul à nous remettre, en cas de dérive, sur le bon chemin. Le Code civil, le Code pénal et une jurisprudence nombreuse sont également là pour nous guider. Afin de ne pas alourdir cet exposé, je ne citerai que quelques extraits du nouveau Code pénal.

Ainsi, l'article 123-1 dans son alinéa 3 stipule : "*Il y a également délit lorsque la loi le prévoit, en cas de faute, d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales, compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences, ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait*" ; article dont la portée est renforcée par l'article 222-19 qui prévoit des peines de prison de deux à trois ans assorties d'amendes très lourdes.

Pour ce qui concerne la jurisprudence, je ne citerai qu'un arrêt de la Cour de cassation du 29 juin 1999 qui précise qu' "*un médecin est tenu, vis-à-vis de son patient,*

en matière d'infection nosocomiale, à une obligation de sécurité de résultat dont il ne peut se libérer qu'en apportant la preuve d'une cause étrangère".

Ce qui signifie clairement qu'un praticien, dont la responsabilité serait mise en cause en cas de transmission d'une pathologie infectieuse à un patient au cours de soins, ne pourra échapper à une condamnation que s'il est démontré qu'il a respecté toutes ses obligations en matière d'hygiène et, en particulier, la réglementation en vigueur. Cela paraît absolument normal, notre formation nous y a préparé, notre Code de déontologie nous l'impose et notre propre éthique, qui doit porter notre sens de la responsabilité bien au-delà des textes, beaucoup plus encore.

Mais, depuis quelques années, le souci des responsables politiques et administratifs en matière de sécurité sanitaire, les attentes des patients, les prises de position des juges ont quelque peu compliqué la situation. Une notion nouvelle s'est imposée, d'ailleurs plus ou moins bien comprise et appliquée : c'est le "principe de précaution".

Lorsque, d'une part, il s'agit de faire face à des risques bien connus, bien cernés et définis par les données acquises de la science, en particulier pour ce qui est de leur fréquence et de leur gravité et que, d'autre part, les moyens de contrer ces risques sont eux-mêmes bien définis et bien connus des praticiens, le problème, sauf pour ce qui concerne quelques cas particuliers, est simple. Les professionnels concernés assumeront leurs devoirs, sauf inconscience coupable, quelles qu'en soient les difficultés.

Mais le principe de précaution est venu troubler la clarté de cette situation et en particulier lorsqu'il est, soit poussé à l'extrême, soit mal interprété et par là même appliqué plus ou moins à tort.

Une question se pose : pourquoi avoir créé cette notion de "principe de précaution" ?

Jusqu'à la fin du vingtième siècle, la notion de prévention des risques était la règle reconnue, son objectif était la réduction de la probabilité du risque. Elle s'adressait à des risques avérés et s'appuyait sur des connaissances scientifiques certifiées, acquises. Mais l'émergence de nouvelles technologies, l'apparition de nouveaux modes de vie et de consommation ont non seulement augmenté le nombre de risques encourus mais bien souvent accru considérablement leur importance et l'échelle de leurs répercussions. L'acquisition de connaissances scientifiques de plus en plus vastes a permis soit d'identifier ces risques, soit de les supposer possibles, soit de craindre leur apparition, sans pour autant pouvoir les identifier.

Ainsi, s'est imposée la notion du risque hypothétique. Pour faire face à cette nouvelle donne, les responsables des états les plus compétents en matière de sécurité sanitaire ont créé le principe de précaution : il est apparu le 2 février 1995, dans le cadre d'une loi relative à la protection de l'environnement, dite loi Barnier, pour être secondairement appliqué à l'exercice des professions médicales.

Cette loi précise que *"l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement, à un coût économiquement acceptable"*.

La rédaction de cette loi faisait en fait référence à la déclaration de Rio sur l'environnement et le développement de juin 1992 où il était dit : *"En cas de risques, de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement"*.

Ce principe de précaution a été repris par le Conseil d'État et appliqué aux professions médicales, dans son rapport public de 1998 au chapitre *"Réflexion sur le droit à la santé"*.

Lequel Conseil d'État avait déjà déclaré en 1995, dans une affaire de contamination par le VIH : *"En situation de risque, une hypothèse non infirmée devrait être tenue provisoirement valide, même si elle n'est pas formellement démontrée"*.

Mais, cette citation doit être complétée par un extrait du rapport de 1998, déjà cité, qui concerne le chapitre *"valeurs et limites du principes de précaution"*, où il est dit : *"Ce nouveau concept se définit par l'obligation pesant sur le décideur privé ou public de s'astreindre à une action ou de s'y refuser en fonction du risque possible. Dans ce sens, il ne lui suffit pas de conformer sa conduite à la prise en compte des risques connus. Il doit entre autres apporter la preuve, compte tenu de l'état actuel de la science, de l'absence de risque"*.

Le rapport du Conseil d'État reconnaît aussi que *"le devoir de précaution se distingue de la simple obligation de prudence ou de diligence"* et *"s'écarte de la notion de prévention qui impose la prise en compte de risques connus même si leur probabilité est faible"*.

Il apparaît que ce principe de précaution répond effectivement à l'hypothétique, au probable, à l'impondérable. Il place la responsabilité du praticien dans le domaine de l'incertain, face à des risques *"qui ne sont même pas probables"*.

Mais il peut également encourager le législateur, les pouvoirs publics à imposer aux praticiens des mesures de sécurité, de prudence, j'oserais dire, de précaution poussées à l'extrême qui risquent fort d'être souvent inadaptées, irréalistes, difficiles ou impossibles à gérer.

Et qu'en sera-t-il alors de la responsabilité du chirurgien dentiste qui, bien que respectueux des règles de sécurité répondant aux risques connus, même exceptionnels, n'aura pas respecté ou mal appliqué ces mesures de prudence extrêmes ? Sachant combien les juges ont tendance à suivre les aspirations de nos concitoyens, lesquels refusent de plus en plus la légitimité du risque, fut-il exceptionnel, et sont

demandeurs de sanctions envers les soignants et de réparation des dommages qu'ils ont subis, le pire est à craindre pour les professionnels de santé.

Il paraît donc admis que le principe de précaution doit s'appliquer à l'exercice des professionnels de la santé : il est donc évident que les praticiens doivent tenir compte de cette exigence dans leur devoir d'information des patients. La jurisprudence a fait subir à cette obligation d'information une évolution très contraignante en exigeant que les patients soient tenus informés des risques même exceptionnels s'ils sont susceptibles de présenter un caractère grave.

Et la loi du 4 mars 2002 a renforcé cette obligation en y ajoutant l'inversion de la preuve.

Les exemples de décisions rappelant ces contraintes nouvelles d'information sont déjà très nombreux, je n'en citerai que quelques-uns.

Dans un arrêt de la cour de cassation n° 249 du 9 octobre 2001, il est stipulé : "*Un médecin ne peut être dispensé de son devoir d'information vis-à-vis de son patient par le seul fait qu'un risque grave ne se réalise qu'exceptionnellement*".

Autre exemple. Dans une décision du 5 janvier 2000 dite Consort-Telle, le Conseil d'État suit les conclusions du commissaire du gouvernement : "*Considérant que lorsque l'acte médical envisagé, même accompli conformément aux règles de l'art, comporte des risques connus de décès ou d'invalidité, le patient doit en être informé dans des conditions qui permettent de recueillir son consentement éclairé, que si cette information n'est pas requise en cas d'urgence, de refus du patient d'être informé, la seule circonstance que les risques ne se réalisent qu'exceptionnellement ne dispense pas les praticiens de leurs obligations*". Décision reprise dans un arrêt du conseil d'État du 27 septembre 2002.

Il s'agit là de risques exceptionnels mais connus, par conséquent prévisibles, probables. Or, nous parlons de risques hypothétiques, sommes-nous alors à l'abri de telles décisions ? Je n'en suis pas certain !

Dès lors qu'une autorité aura émis l'hypothèse qu'un risque peut exister et que les données acquises de la science ne pourront pas démontrer le contraire, il est à craindre que les juges, estimant alors que ce risque est probable bien qu'exceptionnel, ne se prononcent comme précédemment.

Or, le législateur, les décideurs, échaudés par quelques expériences passées douloureuses, peuvent être enclins à élargir le principe de précaution partant du fait qu'il est un outil de gestion des risques, fussent-ils connus ou hypothétiques, et qu'il est du ressort et du devoir de l'État de gérer les risques et de les prévoir. Il est alors à craindre que l'État, cherchant à se protéger, impose au corps médical des obligations disproportionnées par rapport à des risques extrêmement peu probables ou hypothétiques.

Une question majeure se pose alors : le principe de précaution peut-il s'appliquer dans toute sa rigueur administrative au domaine médical ?

L'Académie nationale de médecine a estimé que le principe de précaution ne pouvait pas s'appliquer immédiatement au domaine médical. Elle estime que la spécificité du domaine médical doit être prise en compte avant une éventuelle application de ce principe, laquelle, pour chaque situation, doit être précédée d'une évaluation précise du bénéfice et des risques attendus, et en particulier qu'en cas d'incertitude l'expertise scientifique reste essentielle.

Il est à craindre que l'application au domaine médical de ce principe de précaution ne développe chez nos confrères une attitude de protection à l'égard des possibilités nouvelles de mise en cause de leur responsabilité.

Ce principe faisant du sécuritaire une priorité absolue, en gommant la notion d'un rapport bénéfice / risque raisonnable et en imposant ainsi aux praticiens des règles trop contraignantes, déraisonnables, risque fort d'engendrer des réactions de rejet, et, plus grave encore, de détourner les praticiens de certains actes.

Or, cette attitude de refus de soins, contraire à l'intérêt des patients et à nos obligations éthiques et déontologiques, pourrait entraîner la mise en cause de la responsabilité des praticiens.

Il est de notre devoir d'attirer l'attention des pouvoirs publics sur les dangers d'une application trop stricte de ce principe de précaution à notre exercice professionnel. Les risques de dérives sont nombreux et les effets pervers préjudiciables à nos patients également.

Le Conseil d'État a décidé que "*Celui qui introduit le risque doit le prévoir et qu'en ne prenant pas suffisamment de précaution, en particulier d'abstention, il peut être déclaré responsable*" (F. Ewald, Le Monde, 21 avril 1993).

Face à un risque hypothétique et à des contraintes par trop contraignantes, n'y a-t-il pas là un encouragement à ne pas soigner ? Le choix relève de la responsabilité de chaque praticien. Apprendre à prévoir les risques et les dangers, accepter d'en préserver le plus possible les patients, relève de l'éthique et de la compétence de chacun d'entre nous !

La volonté de l'État d'améliorer la sécurité sanitaire, de préserver la santé de nos concitoyens est légitime ! Mais, les décideurs ne doivent pas oublier que la loi Barnier parle de mesures effectives et proportionnées et d'un coût économiquement acceptable.

Ils ne doivent pas oublier également que les chirurgiens dentistes n'accepteront de voir se multiplier les possibilités de mise en cause de leur responsabilité professionnelle que si le principe de précaution est appliqué à leur exercice avec sagesse et dans la concertation, c'est-à-dire en fonction d'informations scientifiques et épidémiologiques précises, suffisantes et fiables.