

IV^{ème} journée normande d'anesthésie-réanimation

LE DECRET DU 5 DECEMBRE 1994 : VERS UNE EXTENSION DE LA RESPONSABILITE DE L'ANESTHESISTE ?

Olivier LECLERE

Avocat à la Cour (Cabinet LECLERE & Associés) – PARIS

Le décret n° 94-1050 du 5 décembre 1994 *"relatif aux conditions techniques de fonctionnement des établissements de santé en ce qui concerne la pratique de l'anesthésie"* s'inspire, on le sait, pour une très large part, des recommandations contenues dans le rapport sur la *"sécurité anesthésique"* établi le 16 novembre 1993 par le Haut Comité de la Santé Publique.

Ce dernier constatait que *"si le risque nul ne peut exister, on sait désormais que 70 % environ de ces accidents (d'anesthésie) sont a priori évitables"* et préconisait notamment :

- * de *"favoriser les consultations faites plusieurs jours avant l'anesthésie"*,
- * d'établir *"à l'avance"* un programme opératoire *"cosigné par le chirurgien et l'anesthésiste-réanimateur"*,
- * de *"rendre obligatoire"* certains *"équipements"* sur les *"sites d'anesthésie"* et d'accréditer les établissements en matière d'anesthésie,
- * d'interdire toute anesthésie en l'absence de salle de réveil,
- * de ne pas autoriser *"l'activité de bloc opératoire le lendemain d'une garde active"*.

En réalité, le décret du 5 décembre 1994 explicite les obligations traditionnellement mises à la charge de l'anesthésiste et en instaure, semble-t-il, de nouvelles que nous étudierons ci-après, en pré (1), en per (2) et en post-opératoire (3).

A titre liminaire, on rappellera que la responsabilité d'un praticien est engagée lorsqu'il ne satisfait pas à son obligation de moyens de prodiguer des soins *"attentifs, diligents et conformes aux données acquises de la science médicale"* en pré, per et post-opératoire (Arrêt MERCIER, Cour de Cassation, 20 mai 1936).

Si la parution du décret du 5 décembre 1994 n'est, semble-t-il, pas de nature à remettre en cause les principes ainsi dégagés par la jurisprudence antérieure, on observera cependant que la seule violation d'une disposition de ce texte pourrait entraîner la responsabilité pénale de l'anesthésiste.

En effet, les articles 221-6, 222-19, 222-20 et 223-1 du Nouveau Code Pénal disposent respectivement : *"Le fait de causer par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou les règlements, la mort d'autrui constitue un homicide involontaire puni de trois ans d'emprisonnement et de 300.000 francs d'amende"*, ces peines étant portées à 5 ans et 500.000 francs en cas de manquement délibéré (article 221-6),

"Le fait de causer par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou les règlements, une incapacité totale de travail pendant plus de trois mois est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200.000 francs d'amende", ces peines étant portées à 3 ans et 300.000 francs en cas de manquement délibéré (article 222-19),

"Le fait de causer par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou les règlements, une incapacité totale de travail d'une durée inférieure ou égale à trois mois est puni d'un an d'emprisonnement et de 100.000 francs d'amende" (article 222-20),

"Le fait d'exposer directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement est puni d'un an d'emprisonnement et de 100.000 francs d'amende" (article 223-1).

Dans la mesure où l'objectif principal du décret du 5 décembre 1994 est d'améliorer la sécurité en matière d'anesthésie (comme le montrent les travaux préparatoires), il est très probable que la jurisprudence soit

amenée à considérer ce texte comme un "réglement" imposant une "obligation de sécurité ou de prudence".

En conséquence, dès lors que l'anesthésiste n'aura pas respecté, sciemment ou non, une des dispositions du décret et que ce manquement aura entraîné de façon certaine, même indirectement, soit le décès du patient, soit une ITT de plus ou de moins de trois mois, il sera susceptible d'encourir les peines prévues par les articles 221-6, 222-19 et 222-20 du Nouveau Code Pénal.

Bien plus, si ce manquement est "manifestement" délibéré (sans que la mise en danger soit elle-même nécessairement délibérée) et qu'il entraîne directement un risque immédiat de "mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente" - même, semble-t-il, si ce risque ne se réalise pas - l'anesthésiste encourra les peines prévues à l'article 223-1 du Nouveau Code Pénal.

Il appartiendra à la jurisprudence de déterminer avec précision les conditions de cette nouvelle incrimination qui, initialement a été créée pour lutter contre la violation des dispositions du Code de la Route, mais qui sera vraisemblablement étendue aux praticiens, compte tenu de la nature de leur art. Le manquement à cette obligation de sécurité peut résulter - soit isolément, soit concomitamment avec l'anesthésiste - de l'établissement de santé qui, aux termes du décret a l'obligation d'assurer "les garanties suivantes:

- 1_ Une consultation pré-anesthésique, lorsqu'il s'agit d'une intervention programmée,
- 2_ Les moyens nécessaires à la réalisation de cette anesthésie,
- 3_ Une surveillance continue après l'intervention,
- 4_ Une organisation permettant de faire face à tout moment à une complication liée à l'intervention ou à l'anesthésie effectuée" (Equipement, situation géographique de la salle de surveillance post-interventionnelle, personnel para-médical...).

Or, outre la responsabilité pénale du praticien et du directeur de l'établissement, le Nouveau Code Pénal prévoit désormais celle des personnes morales, notamment pour les infractions visées aux articles 221-6, 222-19, 222-20 et 223-1.

S'il n'est pas douteux que les cliniques privées puissent se voir pénalement condamnées (la sanction allant de l'amende jusqu'à l'interdiction temporaire ou définitive d'exercer une ou plusieurs activités professionnelles avec éventuellement affichage de la décision), un doute subsiste quant aux hôpitaux publics, doute qu'il appartiendra à la jurisprudence de lever...

1. SUR L'OBLIGATION D'EFFECTUER UNE "CONSULTATION" PRE-ANESTHESIQUE A DISTANCE DE L'INTERVENTION

Lorsque l'intervention est programmée, les articles D 712-40 et D 712-41 prévoient que l'anesthésiste devra désormais effectuer une "consultation" pré-anesthésique "plusieurs jours avant l'intervention", étant précisé que cette consultation "ne se substitue pas à la visite pré-anesthésique qui doit être effectuée par un médecin anesthésiste-réanimateur dans les heures précédant le moment prévu pour l'intervention".

1.1. SUR LE CONTENU RESPECTIF DE LA "CONSULTATION" ET DE LA "VISITE"

Il peut arriver que la consultation et la visite pré-anesthésiques ne soient pas réalisées par le même praticien, de sorte qu'il appartiendra à la jurisprudence et à la pratique de déterminer avec précision leur contenu, de manière à définir les obligations respectives de chaque intervenant et par conséquent leur éventuelle responsabilité.

A notre sens, la "consultation" doit pour le moins comporter :

- * un interrogatoire complet du patient sur ses antécédents familiaux, médico-chirurgicaux et ses traitements antérieurs,
- * une évaluation du risque médical (en effectuant par exemple des examens permettant de déterminer les éventuelles allergies...),
- * le choix d'une technique d'anesthésie adaptée compte tenu des éléments recueillis, voire la prescription d'éventuels examens complémentaires si le moindre doute subsiste,
- * une information claire, intelligible et loyale du patient sur les risques normalement prévisibles, sérieux et habituels de l'anesthésie, au besoin par écrit compte tenu de la décision de la Cour de Cassation du 25 février 1997 qui retient que "le médecin est tenu d'une obligation particulière d'information vis-à-vis de son patient et qu'il lui incombe de prouver qu'il a exécuté cette obligation",
- * un éventuel traitement médical destiné à préparer l'anesthésie.

La "visite" pré-anesthésique devra, quant à elle, comporter au minimum :

- * une lecture attentive des observations du praticien qui a effectué la consultation,
- * une vérification des examens prescrits et leurs résultats,
- * un bilan de l'évolution du patient et de tout élément nouveau survenu depuis la consultation à distance,
- * la vérification du consentement éclairé du patient.

De manière à ce que les informations recueillies soient transmises dans leur intégralité à un second, voire à un troisième anesthésiste (qui ne réaliserait que l'acte d'anesthésie), le décret a prévu que *"ses résultats (de la consultation) sont consignés dans un document écrit, incluant les résultats des examens complémentaires et des éventuelles consultations spécialisées"*, que *"ce document est inséré dans le dossier médical du patient"* et que *"l'anesthésie est réalisée sur la base d'un protocole établi et mis en oeuvre sous la responsabilité d'un médecin anesthésiste-réanimateur, en tenant compte des résultats et de la visite pré-anesthésiques"*.

En cas de pluralité d'anesthésistes, on ne peut cependant que conseiller aux différents intervenants de se tenir mutuellement et régulièrement informés du suivi du patient.

1.2. SUR LA COTATION DE LA "CONSULTATION" ET DE LA "VISITE" PRE-ANESTHESIQUES

A compter de la parution du décret, les CPAM ont refusé de prendre en charge la *"visite"* pré-anesthésique sur la base d'une CS, considérant que seule la *"consultation"* pourrait être cotée CS tandis que la *"visite"* serait désormais incluse dans le forfait d'anesthésie.

La Caisse se fonde essentiellement sur les dispositions :

- * de l'article 8 de la NGAP (acte global)
- * de l'article 11 A de la NGAP (actes effectués au cours de la même séance)
- * de l'article 22-6 de la NGAP qui dispose :

"Un anesthésiste-réanimateur qui examine pour la première fois, en vue d'une intervention un malade hospitalisé ou non, note sa consultation en CS, même si elle est suivie d'un acte d'anesthésie.

L'anesthésiste-réanimateur ne peut coter qu'une seule CS avant l'hospitalisation et au cours de celle-ci".

A notre sens, cette argumentation ne devrait pas pouvoir prospérer dans la mesure où :

- * la visite pré-anesthésique ne saurait être incluse dans un *"acte global"* (tel qu'il est défini par l'article 8 de la NGAP), ne constituant ni un acte de *"soin(s) pré-opératoire(s)"* ni une *"aide opératoire éventuelle"* mais un acte de diagnostic préalable (cet examen étant réalisé en vue de procéder ou non à l'anesthésie),
- * la visite pré-anesthésique n'est pas effectuée *"au cours de la même séance"* que l'anesthésie puisqu'elle a lieu *"dans les heures précédant le moment prévu pour l'anesthésie"*,
- * A l'époque où une seule *"consultation"* pré-anesthésique (ancienne dénomination de l'actuelle *"visite"*) était effectuée - le plus souvent la veille ou quelques heures avant l'intervention - la Caisse acceptait de rembourser à la fois le forfait d'anesthésie et la *"consultation"* pré-anesthésique,
- * le décret de 1994 a nécessairement abrogé les dispositions de l'article 22-6 de la NGAP puisqu'il a créé un examen pré-anesthésique supplémentaire (une consultation *"à distance"* de l'intervention) au regard de ceux prévus à la NGAP, l'article D 712-41 du décret précisant que:

- *"la consultation pré-anesthésique ne se substitue pas à la visite pré-anesthésique"*,

- la *"visite pré-anesthésique (qui) doit être effectuée (...)"*

de sorte qu'il semble que cet examen supplémentaire doive être rémunéré.

- * adopter l'argumentation de la Caisse reviendrait à distinguer selon que l'anesthésiste voit le patient pour la première fois (remboursé) ou pour la deuxième fois (non remboursé) selon les termes de l'article 22-6 de la NGAP,

* si la *"visite"* pré-anesthésique est effectuée par un praticien tandis que l'anesthésie est pratiquée par un autre, comment rémunérer le travail réalisé par le premier sans reverser une partie des honoraires résultant du forfait, au risque d'être taxé de dichotomie ?

Si, jusqu'à ce jour, la majorité des Tribunaux des Affaires de Sécurité Sociale s'était prononcée en faveur de la thèse de la CPAM, on observera cependant que deux décisions récentes (TASS de TOURS, 17 février 1997; TASS de TROYES, 25 mars 1997) ont fait droit aux demandes de remboursement de la *"visite"* pré-anesthésique sur la base d'une CS.

Cette question est actuellement pendante devant la Cour de Cassation qui n'a, semble-t-il, pas encore tranché cette difficulté.

2. SUR L'ANESTHESIE

Le décret n'apporte que peu *"d'innovations"* sur ce point, se bornant à reprendre les principes dégagées par la jurisprudence et la pratique (Etablissement d'un protocole *"sous la responsabilité d'un médecin anesthésiste-réanimateur, en tenant compte des résultats de la consultation et de la visite pré-anesthésiques"*, mise à la disposition et contrôle d'un *"matériel d'anesthésie et de suppléance adapté au protocole d'anesthésie"*, instauration d'une surveillance clinique continue permettant un *"contrôle continu du rythme cardiaque et du tracé électrocardioscopique"* et une *"surveillance de la pression artérielle"*...). Cependant, l'article D 712-44 du décret - qui énumère avec précision *"les moyens"* permettant d'assurer une *"surveillance clinique continue"* - permettra sans doute de distinguer plus facilement les obligations incombant à l'anesthésiste de celles pesant sur le chirurgien lors de l'intervention et du suivi post-opératoire.

Ainsi, dans un jugement du 18 mars 1996, le Tribunal de Grande Instance de PARIS a-t-il retenu la responsabilité exclusive de l'anesthésiste - exonérant de fait le chirurgien de sa responsabilité - aux motifs que :

"l'Expert a clairement retenu comme seule cause possible du syndrome plexique dont reste atteinte Madame X un arrachement du plexus brachial par étirement lors d'une chute brutale du bras rendue possible par un défaut de surveillance pendant ou immédiatement après l'opération (...), la surveillance du patient aussi bien pendant qu'après l'opération et jusqu'à son réveil relève de la seule compétence de l'anesthésiste à qui il incombe de vérifier que sa position le met à l'abri de tout incident susceptible d'être provoqué notamment par la chute de l'un de ses membres (...)".

Enfin, on observera que le décret précise expressément qu'il appartiendra à l'anesthésiste de fixer conjointement le tableau opératoire avec le chirurgien et *"le responsable du secteur opératoire, en tenant compte notamment des impératifs d'hygiène, de sécurité et d'organisation du fonctionnement du secteur opératoire ainsi que des possibilités d'accueil en surveillance post-interventionnelle"* et ce, pour éviter les plannings opératoires trop chargés et - par conséquent - les défaillances humaines.

Rappelons à cet égard que si la clinique souhaitait imposer un certain *"rendement"* aux anesthésistes - au mépris de cette disposition - elle pourrait faire l'objet de sanctions pénales, conjointement avec l'anesthésiste (qui se doit de refuser les cadences *"stakhanovistes"* en l'absence d'urgence ou de danger immédiat) si le rythme de travail imposé a été à l'origine de la défaillance humaine et source du préjudice subi par le patient...

3. SUR LA SURVEILLANCE "CONTINUE POST-INTERVENTIONNELLE"

Aux termes de l'article D 712-45 du décret, l'anesthésiste a l'obligation *d'assurer "une surveillance continue après l'intervention"*, celle-ci :

- * *"commence en salle, dès la fin de l'intervention et de l'anesthésie"*,
- * *"ne s'interrompt pas pendant le transfert du patient"*,
- * *"se poursuit jusqu'au retour et au maintien de l'autonomie respiratoire du patient, de son équilibre circulatoire et de sa récupération neurologique"*,

En outre, cette surveillance portera non plus exclusivement sur les éventuelles complications liées à l'anesthésie mais également sur *"les complications éventuelles liées à l'intervention"*, de sorte que la responsabilité de l'anesthésiste se trouve de facto étendue.

Est-ce à dire que le chirurgien pourra se désintéresser des suites de l'intervention une fois que celle-ci sera terminée ?

A l'évidence non car, comme avant la parution du décret, l'anesthésiste doit pouvoir compter, en cas de difficultés, sur l'aide du chirurgien de même que celui-ci doit être prêt à effectuer une éventuelle intervention.

On observera d'ailleurs que, pour autoriser la sortie du patient, l'anesthésiste doit solliciter l'accord du *"médecin ayant pratiqué l'intervention (...)" dans le cas d'une intervention effectuée dans une structure de soins alternative à l'hospitalisation pratiquant l'anesthésie ou (certaines) chirurgie(s) ambulatoire(s)*, ce qui traduit bien que le chirurgien ne peut pas considérer son rôle terminé en même temps que l'intervention.

Enfin, si la formulation de l'article D 712-49 qui indique notamment :

"Les patients admis dans une salle de surveillance post-interventionnelle sont pris en charge par un ou plusieurs agents paramédicaux ou sages-femmes (...)",

Le personnel paramédical est placé sous la responsabilité médicale d'un médecin anesthésiste-réanimateur qui doit pouvoir intervenir sans délai",

peut sembler atténuer l'exigence posée depuis plusieurs années par la jurisprudence - selon laquelle l'anesthésiste doit rester au chevet du patient jusqu'au réveil complet de celui-ci - il nous apparaît toutefois douteux que les Tribunaux, saisis d'une difficulté de cet ordre, considèrent que l'anesthésiste a parfaitement rempli son obligation de moyens s'il s'est contenté d'être joignable par un bip ou un portable. En conclusion, le décret du 5 décembre 1994 ne constitue en rien une révolution dans les obligations pesant sur les anesthésistes-réanimateurs.

Toutefois, il y a fort à parier que, avec l'appui des dispositions du Nouveau Code Pénal, les Tribunaux puissent utiliser ce décret pour renforcer la responsabilité des anesthésistes et ce, tant qu'un système de réparation des accidents thérapeutiques non fautifs ne sera pas mis en place.

Mais ceci, comme disait KIPLING, est une autre histoire...