



HAL
open science

Réflexions d'un médecin expert et d'un juriste autour d'un exercice pratique de droit médical

Cecile Manaouil, Laurent Bloch

► To cite this version:

Cecile Manaouil, Laurent Bloch. Réflexions d'un médecin expert et d'un juriste autour d'un exercice pratique de droit médical. *Médecine & Droit*, 2021, 2021 (170), pp.92-97. 10.1016/j.meddro.2021.05.003 . hal-03598245

HAL Id: hal-03598245

<https://u-picardie.hal.science/hal-03598245>

Submitted on 16 Oct 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial 4.0 International License

Médecine et droit

Expertise

Réflexions d'un médecin expert et d'un juriste autour d'un exercice pratique de droit médical

Reflections of an expert doctor and a lawyer around a practical case of medical law

Cécile Manaouil¹, Laurent Bloch²

Manaouil.cecile@chu-amiens.fr

CHU Amiens , site Sud

1 Rond point du Professeur Christian Cabrol

80054 , Amiens cedex 1

Résumé

Nous proposons une réflexion autour d'un cas Clinique d'infection nosocomiale permettant d'aborder les difficultés auxquelles sont confrontés les experts et les avocats et autres juristes en matière de responsabilité médicale. Ce cas est issu d'un exercice proposé dans le cadre du DIU (diplôme interuniversitaire) national d'expertises en accidents médicaux dont les deux auteurs sont responsables à Amiens et à Bordeaux. La rédaction a été enrichie avec les réponses des étudiants. Ce cas Clinique permet d'aborder l'indemnisation des infections nosocomiales, de comparer la procédure amiable devant la commission de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux et la procédure devant une juridiction judiciaire ou administrative. Enfin, la réflexion se porte sur l'information du patient, notamment majeur protégé, et l'accès au dossier médical. Il ne s'agit pas ici de détailler la prise en charge médicale mais de discuter de responsabilité médicale et de droits des patients.

Mots clés : Expertise ; Infection nosocomiale ; ONIAM (procédure) ; CCI (décisions)

¹ Médecin légiste, Professeur de médecine légale et de droit de la santé, Docteur en droit, UPJV, Co-Responsable du DIU National d'expertises en accidents médicaux, CEPRISCA (EA 3911), Amiens

² Professeur de Droit privé, Directeur des études de santé, Co-Responsable du DIU National d'expertises en accidents médicaux, CERFAPS (EA 4600), Bordeaux

Abstract

We offer a reflection around a clinical case of nosocomial infection allowing us to address the difficulties faced by experts and lawyers and other jurists in matters of medical liability. This case is the result of an exercise proposed within the framework of the national DIU (interuniversity diploma) in medical accidents for which the two authors are responsible in Amiens and Bordeaux. The writing was enriched with the responses of the students. This clinical case makes it possible to approach the compensation for nosocomial infections, to compare the amicable procedure before the conciliation and compensation commission for medical accidents and the procedure before a judicial or administrative jurisdiction. Finally, the reflection focuses on patient information, especially protected adult, and access to the medical file. It is not a question here of detailing the medical care but of discussing medical responsibility and the rights of the patients.

Key words : Expertise ; Nosocomial infection

Exposé du cas Clinique

Madame Marie X, retraitée au moment des faits, a consulté le docteur L , Ophtalmologiste libéral, le 16 décembre 2016 alors qu'elle présentait une acuité visuelle de loin de 5/10 à l'œil droit et de 7/10 à l'œil gauche.

Madame Marie X est sous curatelle depuis le 11 mars 2015. Son curateur n'est autre que son fils.

Le médecin a préconisé une intervention de la cataracte à l'œil droit qu'il a réalisée le 17 avril 2017. Marie est très satisfaite du résultat. Son acuité visuelle de loin est désormais de 10/10 à droite.

Suite à une consultation du 19 octobre 2017 auprès du même médecin, l'intervention pour la cataracte de l'œil gauche a été programmée. La consultation a été très rapide et le docteur L lui a expliqué que ce serait comme pour l'œil droit.

L'intervention chirurgicale a été réalisée par le docteur L le 27 novembre 2017 à la Clinique du Libais.

Il a été procédé à une extraction du cristallin et l'implantation intra-oculaire d'une lentille artificielle dans le sac capsulaire (à la place du cristallin retiré).

Cinq jours après la deuxième intervention, Marie a ressenti une importante douleur de l'œil gauche.

Examinée par le docteur Y, médecin généraliste, le 3 décembre 2017, elle a été adressée au Service Ophtalmologie du CHU. Les examens pratiqués ont mis en évidence l'existence d'une infection à staphylocoque doré, qui a rendu nécessaire le 5 décembre 2017, l'ablation chirurgicale de la lentille intra-oculaire à gauche.

L'expertise amiable organisée par l'intermédiaire de la compagnie d'assurance ASSUR, a conclu que l'endophtalmie infectieuse a pour origine une infection nosocomiale.

L'acuité visuelle de son œil gauche est désormais nulle.

A défaut de règlement amiable de son préjudice, Marie a assigné la Clinique du Libais et son assureur devant le juge des référés du tribunal judiciaire (anciennement tribunal de grande instance) pour obtenir la désignation d'un expert judiciaire.

Par ordonnance du 14 décembre 2019, le professeur Nicole Z a été désigné en qualité d'expert.

Le Professeur Nicole Z a conclu que Marie a été victime d'une infection nosocomiale contractée à la Clinique du Libais dans les suites de l'intervention du 27 novembre 2017 et a retenu un déficit fonctionnel permanent de 28 %. Il n'est pas retrouvé de faute du chirurgien.

Forte de ce rapport d'expertise, Marie a déposé un dossier devant une Commission de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux (CCIAM). La CCIAM a diligenté une expertise confiée au Professeur Jean-Paul, chef du service d'ophtalmologie au CHU, qui, dans son rapport déposé le 20 mai 2020, a conclu à une infection nosocomiale à l'origine d'un déficit fonctionnel permanent (DFP) à 19 %.

Questions posées aux étudiants

1. Madame X vous demande pourquoi le taux de déficit fonctionnel permanent diverge d'un expert à l'autre.
2. Madame X vous demande conseil sur la voie procédurale à suivre pour obtenir une indemnisation. Quels sont les avantages et les inconvénients des voies possibles et quelle serait la meilleure stratégie ?
3. Qui sera, selon vous, le régleur dans cette affaire en ce qui concerne les conséquences de l'infection ?
4. Le conseil de la Clinique prétend que l'infection n'est pas une conséquence anormale de ce type d'intervention. Selon vous, cet argument est-il pertinent ?
5. Le docteur L n'a pas informé Marie X du risque d'infection. Quelles sont les conséquences de ce manquement ?
6. Le fils de Madame Marie X aimerait avoir accès au dossier médical de sa mère (le dossier de l'ophtalmologiste, de la Clinique et du CHU). Qu'en pensez-vous ? Quels sont les recours en cas de refus de fournir le dossier ?

Réponse à la première question : taux de DFP divergent d'un expert à l'autre.

Pour la Commission de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux (CCIAM), le taux est fixé en fonction d'un barème fixé par décret du 4 avril 2003³ qui reprend le barème publié par le Concours médical.

Deux appellations sont utilisées : taux de déficit fonctionnel permanent (DFP) selon le rapport Dintilhac⁴ et taux d'atteinte permanente à l'intégrité physique ou psychique (AIPP), à l'article L 1142-1 du Code de la santé publique. Les juridictions utilisent le terme de déficit fonctionnel permanent alors que les assureurs utilisent le terme d'AIPP.

Pour les juridictions, il n'y a pas de barème imposé par la réglementation. Les experts se basent sur le barème publié par *Le concours médical* ou celui publié par la société française de médecine légale (SFML).

Marie avait une acuité visuelle de loin à 7/10 à gauche avant l'intervention chirurgicale. Du fait de l'évolution de la cataracte (opacification progressive de son cristallin), son acuité visuelle aurait peu à peu diminué. Après la chirurgie, elle a une acuité visuelle de loin nulle à gauche. À droite, son acuité visuelle est à 10/10. Si l'on se réfère au tableau du décret du 4 avril 2003, en cas de cécité monoculaire (perte de la vision d'un œil) avec une acuité visuelle à 10/10 de l'autre œil, le taux est de 25 %. De même, suivant le Barème SFML, le taux est de 25 %.

En responsabilité médicale, l'expert évite d'utiliser le taux de 25 % car c'est un seuil important dans le cadre d'une infection nosocomiale pour déterminer qui indemnise (ONIAM à partir de 26%) mais aussi en commission de conciliation et d'indemnisation, car c'est un des critères qui permet d'atteindre le seuil de gravité (à partir de 25 %)⁵. (encadré 1)

Les divergences peuvent être liées à une acuité visuelle persistante à 1/20 ou moins de 1/20. Il peut être tenu compte du fait que l'œil n'était pas à 10/10 avant l'intervention mais à 7/10. On peut donc considérer que l'acuité visuelle a diminué de 7/10 à nulle, mais on peut aussi considérer qu'en cas d'intervention de la cataracte sans complication, l'acuité postopératoire aurait été à 10/10. L'expert doit-il fixer le taux de DFP en le comparant en fonction du résultat escompté (donc 10/10) ou en fonction de l'état antérieur avant l'acte litigieux (donc 7/10) ? Doit-on considérer qu'on est passé de 7/10 à 0/10 ? La discordance entre les deux taux de DFP provient de la prise en compte de l'état antérieur (avant chirurgie) ou du résultat escompté.

³ Décret n°2003-314 du 4 avril 2003 relatif au caractère de gravité des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales prévu à l'article L. 1142-1 du code de la santé publique.

⁴ Nomenclature des postes de préjudices suite au rapport de juillet 2005, du Groupe de travail dirigé par Jean-Pierre Dintilhac, alors Président de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation

⁵ art D 1142-1 CSP

Le Conseil d'Etat, dans une décision de 2014, a pu juger qu'il fallait « *évaluer l'atteinte à l'intégrité physique résultant de l'infection nosocomiale en se référant à la capacité visuelle dont l'intervention aurait permis la récupération en l'absence de cette infection* »⁶.

Cette question n'est toutefois pas clairement tranchée. Ce qui est en revanche certain, c'est que l'expert doit évaluer le taux de DFP imputable à l'accident médical et non le taux de DFP en lien avec la pathologie initiale.

2. - Madame X vous demande conseil sur la voie procédurale à suivre pour obtenir une indemnisation. Quels sont les avantages et les inconvénients des voies possibles et quelle serait la meilleure stratégie ?

En matière d'indemnisation, il est possible d'exercer un recours devant une commission de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux (CCIAM) ou devant une juridiction (tribunal judiciaire et/ou tribunal administratif selon les cas). Il y a des avantages et des inconvénients à chaque voie possible, en termes de coût, de rapidité de décision, de facilité de procédure, de l'obligation de recourir à un avocat ou pas....

Les CCIAM sont en général, une procédure plus rapide que la voie juridictionnelle (surtout par rapport aux tribunaux administratifs), sans obligation de recourir à un avocat mais avec un nombre de rejet de dossier important.

Les CCIAM sont compétentes pour des faits générateurs postérieurs au 5 septembre 2001, ce qui ne pose pas de difficulté dans ce dossier. En revanche, les CCI ne rendent un avis que si au moins un des critères du seuil de gravité est atteint (Encadré 1).

Marie a deux expertises avec un écart de déficit fonctionnel permanent (DFP) important. Avec un taux de 19 %, elle n'est pas éligible à la procédure de règlement amiable sauf à passer par un déficit fonctionnel temporaire (DFT) d'au moins 50 % durant plus de six mois (nous n'avons pas assez d'élément dans l'exposé du cas pour se prononcer sur ce point) ou encore des troubles particulièrement graves dans les conditions d'existence (TPGCE). Ces TPGCE pourraient être retenus ici du fait des conséquences de la cécité monoculaire sur la vie quotidienne. L'arrêt de travail de plus de six mois et l'inaptitude ne s'appliquent pas ici puisqu'elle est retraitée.

De plus, avec un DFP à 19%, le régleur éventuel serait l'assureur. Mais avec une expertise judiciaire qui conclut à un taux de 28 % (> 25% pour une infection nosocomiale), on voit mal l'assureur de la Clinique faire une offre d'indemnisation dans le cadre de la procédure CCIAM.

⁶ Conseil d'État 30 Juillet 2014 n° 361821

Donc au final, la CCIAM risque de rejeter le dossier sur défaut de gravité. Si le seuil de gravité était retenu, et d'avis favorable à la victime, le risque serait un refus de l'assurance d'indemniser.

La procédure envisageable devant la CCIAM est alors une procédure de conciliation faute de règlement amiable, mais cette procédure aboutit rarement.

Aussi le plus simple et le plus avantageux pour la victime est d'obtenir la condamnation de l'ONIAM devant le juge. Et le plus avantageux est un taux de 28% plutôt que 19%.

On remarque qu'initialement Madame X a assigné uniquement la Clinique et son assureur. Il aurait été préférable d'assigner l'ONIAM devant le Tribunal judiciaire (TJ) dès le début... et de rester en procédure judiciaire⁷. Cela aurait eu également pour avantage de rendre le rapport d'expertise judiciaire opposable à l'ONIAM.

En dehors de toute procédure, il est toujours possible d'envisager une transaction directe avec l'ONIAM sur la base du rapport judiciaire mais le risque de refus de l'ONIAM est important. Celui-ci pourra invoquer l'expertise amiable qui a fixé un taux de DFP de 19 %

Suivant la procédure judiciaire, il est également possible d'assigner au fond devant le TJ l'ONIAM, la Clinique et son assureur.

On rappelle que les établissements de santé sont responsables des dommages résultant d'infections nosocomiales, sauf s'ils rapportent la preuve d'une cause étrangère ; alors que le chirurgien ne sera responsable d'une infection nosocomiale qu'en cas de faute⁸.

Évidemment, le second rapport d'expertise sera opposé par la partie adverse. Le second rapport d'expertise n'empêche pas de se fonder sur les conclusions du premier rapport et de solliciter une indemnisation sur la base de celui-ci, pour obtenir une indemnisation plus conséquente.

Cependant, il est possible que le magistrat fonde son raisonnement et l'indemnisation sur les bases du dernier rapport. Il appartiendra à l'avocat de la victime de démontrer à la juridiction qu'il convient de se référer au premier rapport qui lui est plus favorable.

Il convient de rappeler que l'expertise judiciaire obtenue en référé n'est pas contradictoire à l'égard de l'ONIAM. Cependant, elle peut parfaitement être produite. Elle sera réputée contradictoire dès lors que l'ONIAM peut discuter le rapport dans le cadre de la procédure au fond. Toutefois cette expertise reste fragile et en l'état de la jurisprudence, le juge ne peut fonder sa décision uniquement sur un rapport qui n'était pas contradictoire ab initio⁹.

Il convient de préciser que son action judiciaire devra impérativement être dirigée avec l'assistance de son fils agissant en qualité de curateur, à défaut celle-ci serait irrecevable

⁷ Article L 1142-21 CSP : Lorsque la juridiction compétente, saisie d'une demande d'indemnisation, estime que les dommages subis sont indemnisables par l'ONIAM (infection nosocomiale grave ou accident médical non fautif ayant atteint le seuil de gravité) alors l'ONIAM est appelé en la cause s'il ne l'avait pas été initialement. Il devient défendeur en la procédure.

⁸ Article L 1142-1 du code de la santé publique (CSP)

⁹ en ce sens, Cass. 1ère civ., 12 septembre 2018, n°17-19.954 et CE, 23 octobre 2019, n°419274

(Article 468 alinéa 3 du Code Civil : l'assistance du curateur est requise pour introduire une action en justice).

S'agissant de l'ONIAM, l'article L.1142-21 CSP impose au juge (du tribunal judiciaire, TJ ou du tribunal administratif, TA) de provoquer sa mise en cause s'il estime que les dommages dont il est saisi peuvent être indemnisés par l'ONIAM (aléa ou Infection nosocomiale grave). D'un point de vue procédural, le TA peut provoquer de lui-même cette mise en cause alors que le TJ doit demander à l'une des parties d'y procéder.

3.- Qui sera, selon vous, le régleur dans cette affaire en ce qui concerne les conséquences de l'infection ?

En cohérence avec votre réponse à la question précédente, soit l'assureur, si l'on s'en tient à l'expertise CCIAM (DFP à 19%), soit l'ONIAM si l'on s'en tient à l'expertise judiciaire (DFP à 28%).

Il s'agit bien d'une infection nosocomiale survenue quelques jours après une intervention. Que ce soit l'expertise amiable, l'expertise judiciaire et celle de la CCIAM, toutes les expertises retiennent une infection nosocomiale contractée à la Clinique du Libais.

Le Code de la Santé Publique prévoit que l'établissement de santé dans lequel sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins est responsable des dommages résultant d'infections nosocomiales¹⁰. Ainsi, la responsabilité de la Clinique du Libais est nécessairement engagée. Par ailleurs, il n'a pas été retrouvé de faute ni de cause étrangère (encadré 2).

2 situations sont possibles :

- La première est une infection nosocomiale, avec un déficit fonctionnel permanent évalué entre 0 et 25 %, dans ce cas, l'établissement de santé la Clinique du Libais, et son assureur, devront prendre en charge les conséquences de l'infection nosocomiale.
- La seconde est une infection nosocomiale avec un déficit fonctionnel permanent évalué à plus de 25% : l'ONIAM, qui est un organisme de solidarité nationale, sera l'organisme régleur. En l'absence de faute à l'origine de l'infection, l'ONIAM ne disposera, dans cette hypothèse, d'aucun recours, ni contre l'établissement, ni contre le praticien.

Ainsi, l'organisme régleur dépendra du taux de déficit fonctionnel permanent retenu par le Tribunal judiciaire, soit 28 % ou par la CCIAM à 19 % ou encore un autre taux. Que ce soient les juridictions ou la commission, ces instances ne sont pas tenues par l'évaluation du dommage corporel faite par l'expert même si, dans la grande majorité des cas, l'expert sera suivi sur cette évaluation.

¹⁰ Article L 1142-1 CSP

4.- Le conseil de la Clinique prétend que l'infection n'est pas une conséquence anormale de ce type d'intervention. Selon vous, cet argument est-il pertinent ?

L'anormalité n'a pas été définie par la loi mais par la jurisprudence : « *lorsque les conséquences de l'acte médical ne sont pas notablement plus graves que celles auxquelles le patient était exposé par sa pathologie en l'absence de traitement, elles ne peuvent être regardées comme anormales sauf si, dans les conditions où l'acte a été accompli, la survenance du dommage présentait une probabilité faible* »¹¹. (encadré 3)

Cet argument n'a pas d'intérêt en l'espèce, car le critère d'anormalité ne joue pas de rôle en matière d'infection nosocomiale.

« *Les établissements sont responsables des dommages résultant d'infections nosocomiales, sauf s'ils rapportent la preuve d'une cause étrangère* »¹². Il n'est pas mentionné dans ce paragraphe, les critères d'anormalité et de gravité.

La gravité est une condition indispensable à la CCIAM pour émettre un avis : que ce soit un accident médical fautif ou non fautif (aléa)¹³. (encadré 4)

Les conditions (gravité / anormalité) subordonnent la prise en charge par l'ONIAM des accidents médicaux non fautifs (aléas), que ce soit en CCIAM ou devant une juridiction.

5.- Le docteur L n'a pas informé Marie X du risque d'infection. Quelles sont les conséquences de ce manquement ?

Il ne convient de s'interroger sur l'opportunité d'assigner le chirurgien devant le tribunal judiciaire car initialement, l'assignation concernait uniquement de la Clinique.

Il faut informer sur les risques fréquents ou graves normalement prévisibles¹⁴. C'est à l'évidence, le cas du risque nosocomial. Le fait que la victime soit sous curatelle ne change pas son droit à l'information. Cependant, il aurait été préférable qu'elle soit accompagnée en consultation par son fils, qui est aussi son curateur, ou une personne de confiance ou un proche. Dans cette hypothèse, il aurait toutefois fallu obtenir l'accord de Madame X sur l'information de son curateur. En pratique, le fait de venir en consultation accompagné, montre un consentement au partage d'information de la part du patient.

L'article L. 1111-2 III du Code de la santé publique dispose en effet que l'information est délivrée aux personnes majeures protégées, d'une manière adaptée à leur capacité de compréhension. « *Cette information est également délivrée à la personne chargée d'une mesure de protection juridique avec représentation relative à la personne. Elle peut être délivrée à la personne chargée d'une mesure de protection juridique avec assistance à la*

¹¹ CE 12 décembre 2014 N° 355052 et CE 12 décembre 2014 N° 365211 Cass. 1ère civ., 15 juin 2016 n° 15-16824

¹² Article L 1142-1 I CSP

¹³ art L 1142-8 CSP

¹⁴ art L 1111-2 CSP

personne si le majeur protégé y consent expressément ». La curatelle est une mesure d'assistance à la personne, alors que la tutelle est une mesure de représentation à la personne.

Pour la déontologie médicale, « *un médecin appelé à donner des soins à un majeur protégé doit s'efforcer de prévenir son représentant légal et d'obtenir leur consentement. Si l'avis de l'intéressé peut être recueilli, le médecin doit en tenir compte dans toute la mesure du possible* »¹⁵.

Nonobstant la question de la curatelle, le docteur L n'est, de toutes façons, pas en capacité de démontrer que l'information a été correctement délivrée, le manquement est établi. En tant que libéral, c'est la responsabilité personnelle du chirurgien qui sera engagée. Il faudrait donc le mettre en cause (donc assigner le chirurgien en plus de la Clinique).

Se pose ensuite la question des conséquences préjudiciables de ce manquement. Deux préjudices sont envisageables, la perte de chance (alternative crédible à l'intervention ? = discussion) et le préjudice d'impréparation (il est présumé dans sa dimension psychologique, il devra être démontré pour les aspects patrimoniaux¹⁶).

La réparation du préjudice d'impréparation se caractérise par le fait que le patient n'a pas été informé des risques qu'il encourait à accepter les soins proposés par son praticien. Le non-respect du devoir d'information par un professionnel de santé a causé à la victime un préjudice résultant d'un défaut de préparation aux conséquences d'un risque dont elle n'avait pas connaissance¹⁷.

La perte de chance d'éviter le risque et le préjudice moral résultant du défaut de préparation sont distincts et peuvent, sans méconnaître le principe de réparation intégrale, être l'un et l'autre indemnisés¹⁸

Pour qu'il y ait un préjudice d'impréparation, il faut avant tout que le risque se soit réalisé¹⁹.

Les jurisprudences, civile et administrative, admettent que le non-respect par un praticien de son devoir d'information cause à celui auquel l'information était destinée, lorsque ce risque se réalise, un préjudice résultant d'un défaut de préparation aux conséquences d'un tel risque, que le juge ne peut laisser sans réparation.

L'appréciation du préjudice d'impréparation se fait dans l'exercice du pouvoir souverain du juge.

Si l'ONIAM a indemnisé, il ne devrait pas se prévaloir d'un défaut d'information.

Selon la jurisprudence de la Cour de cassation : « *Il n'appartient pas à l'ONIAM, tenu en vertu de l'article L 1142-1-1 CSP d'indemniser des victimes d'infections nosocomiales, de se prévaloir, lorsqu'il exerce à l'égard d'un professionnel de santé l'action récursoire, de la*

¹⁵ art R 4127-42 CSP

¹⁶ CE 16 juin 2016, n° 382479 et Cass. 1ère civ. 25 janvier 2017, 15-27898

¹⁷ Cass. 1ère civ., 23 janvier 2014, n°12-22123

¹⁸ Cass. 1ère civ., 25 janvier 2017, préc.

¹⁹ Cass. 1ère civ., 14 novembre 2018, n°17-27.980 et 17-28.529

méconnaissance du droit d'être informés des risques des traitements qui leur sont proposés ». ²⁰

Sur le plan administratif, le Conseil d'État : « *rejette le pourvoi au motif que le législateur n'a pas entendu permettre à l'ONIAM de se prévaloir de la méconnaissance du droit d'être informés des risques des traitements qui sont proposés aux patients* » ²¹.

6.- Le fils de Madame Marie X aimerait avoir accès au dossier médical de sa mère (le dossier de l'ophtalmologiste, de la Clinique et du CHU). Qu'en pensez-vous ? Quels sont les recours en cas de refus de fournir le dossier ?

L'accès au dossier médical est prévu à l'article L 1111-7 CSP modifié par une ordonnance n° 2020-232 du 11 mars 2020. La réglementation n'a pas été modifiée depuis un décret n°2018-137 du 26 février 2018²². Il est mentionné un accès au dossier médical par la réglementation par « *la personne en charge de l'exercice de la mesure de protection juridique habilitée à la représenter ou à l'assister* », ce qui sous-entend le tuteur comme le curateur, mais aussi la personne habilitée dans le cadre d'une habilitation familiale ou le mandataire dans le cadre d'un mandat de protection future qui a pris effet. Le tuteur représente la personne alors que le curateur assiste la personne. (encadré 5)

En revanche, la loi prévoit depuis mars 2020, en cas de :

- Tutelle : Lorsque la personne majeure fait l'objet d'une mesure de protection juridique avec représentation relative à la personne, la personne en charge de la mesure a accès aux informations dans les conditions habituelles (c'est-à-dire un délai de 8 jours étendu à 2 mois lorsque les informations médicales datent de plus de 5 ans ou lorsque la commission départementale des soins psychiatriques est saisie)
- Curatelle : Lorsque la personne majeure fait l'objet d'une mesure de protection juridique avec assistance, la personne chargée de l'assistance peut accéder à ces informations avec le consentement exprès de la personne protégée.

Il faut donc que Madame Marie X, sous curatelle, donne un mandat à son fils pour qu'il ait accès à son dossier médical.

Le dossier médical du majeur protégé sous curatelle ne peut être communiqué que par lui, en application du II de l'article 311-6 du Code des relations entre le public et l'administration ainsi que de l'article L. 1111-7 du Code de la santé publique. Toutefois, il n'est pas exclu qu'un patient protégé puisse recourir à un mandataire afin d'accéder aux informations contenues dans le dossier médical dès lors que ce dernier délivre son identité ainsi qu'un mandat dûment justifié. De ce fait, on demandera au fils de Madame X s'il dispose d'un mandat délivré par cette dernière afin de prendre connaissance du contenu du dossier médical.

Dans le cas contraire, nous suggérerons au fils de Madame X de laisser sa mère entreprendre les démarches administratives nécessaires afin d'avoir accès au dossier médical.

²⁰ Cass. 1ère civ., 18 décembre 2014 n° 13-21019

²¹ CE, 28 novembre 2014 n° 366154

²² Article R 1111-1 CSP

Le plus simple est que Marie sollicite l'accès à son dossier médical par LRAR (lettre recommandée avec accusé de réception) auprès de la Clinique et ensuite le fournisse à son fils pour qu'il puisse l'aider dans ses démarches. Il peut être aussi nécessaire de solliciter le dossier directement auprès du chirurgien. En effet dans les Cliniques, il existe souvent deux dossiers, celui de consultation du chirurgien qui est indépendant du dossier de l'établissement de santé privé. La demande de dossier médical se fera également auprès du service concerné à la direction du CHU.

Nous lui expliquerons que seule Madame X est habilitée à obtenir l'accès aux informations médicales qui la concernent, sur présentation d'une photocopie recto verso d'une pièce d'identité.

Bien que Madame X soit sous curatelle, elle consent d'elle-même aux soins qui lui sont prodigués et est destinataire des informations de santé qui la concernent, indépendamment de l'intervention de son curateur. Ce dernier peut néanmoins la conseiller dans ses choix.

Pour tout dossier informatisé, en l'absence de réponse, il sera judicieux de saisir la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) qui peut intervenir auprès des professionnels de santé et des établissements de santé.

Dans le cas où le professionnel de santé refuserait de communiquer le contenu du dossier médical à Madame X

Un médecin peut être contraint de fournir le dossier par le juge ou par son ordre professionnel. Le recours contre un praticien libéral peut se faire auprès de l'ordre des médecins (CDOM). L'ordre doit alors intervenir auprès du praticien lorsque ce dernier refuse de communiquer des informations médicales.

Madame X peut préférer former un recours en justice contre le médecin libéral. Ainsi, la procédure consiste à saisir le juge des référés du Tribunal judiciaire du lieu de résidence du cabinet du praticien. Le président du tribunal judiciaire peut mettre fin à une situation illégale. Le refus de communiquer le dossier médical est une situation illégale²³.

Dans le cas où la Clinique du Libais refuserait de communiquer le contenu du dossier médical à Madame X

La Clinique du Libais est un établissement de droit privé.

Madame X devra saisir la commission des usagers (CDU) de l'établissement. En l'absence de réponse de la commission, une demande devra être formulée auprès de la direction générale de l'offre de soins (DGOS) au ministère en charge de la santé.

²³ Article 133 CPC : Si la communication des pièces n'est pas faite, il peut être demandé, sans forme, au juge d'enjoindre cette communication.

Article 134 CPC : Le juge fixe, au besoin à peine d'astreinte, le délai, et, s'il y a lieu, les modalités de la communication..

Madame X devra joindre à sa demande, une copie de la demande d'accès, le refus de l'établissement ainsi que les renseignements nécessaires afin de permettre l'identification de son dossier.

Dans le cas où la direction du CHU refuserait de communiquer le contenu du dossier médical à Madame X

Comme pour l'établissement de santé privé, Madame X peut saisir la commission des usagers (CDU) de l'établissement. En l'absence de réponse de la commission, une demande devra être formulée auprès de la direction générale de l'offre de soins (DGOS) au ministère en charge de la santé.

On peut saisir le défenseur des droits.

Madame X peut saisir la CADA (Commission d'accès aux documents administratifs) en cas de refus explicite de l'administration ou de refus implicite (absence de réponse pendant plus d'un mois). La lettre doit être accompagnée d'une copie de la demande d'accès, le refus de l'établissement ainsi que les renseignements nécessaires afin de permettre à ce que son dossier soit identifié. La CADA doit être saisie dans un délai de deux mois suivant le refus ou l'absence de réponse. La Commission d'accès dispose d'un délai d'un mois pour faire connaître son avis. Dans le cas où l'avis de la CADA n'est pas suivi par l'établissement de santé, Madame X aura la possibilité de former un recours pour excès de pouvoir devant le tribunal administratif.

Encadré 1 : Seuil de gravité

art D 1142-1 du code de la santé publique : conditions non cumulatives et appréciées uniquement en relation avec le fait générateur

- AIPP > 24 % (barème spécifique)
- Un arrêt temporaire des activités professionnelles ou des gênes temporaires constitutives d'un déficit fonctionnel temporaire > 50 %.
 - 6 mois consécutifs
 - 6 mois non consécutifs sur une période de 12 mois
- Victime déclarée inapte définitif à exercer l'activité professionnelle exercée auparavant (pas inaptitude au travail mais à son travail)
- Troubles particulièrement graves, y compris d'ordre économique, dans les conditions d'existence

Encadré 2 : Infection nosocomiale depuis le 1er janvier 2003 : Cheminement du questionnaire

A/ Devant une juridiction judiciaire ou administrative

1. s'agit-il d'une infection nosocomiale ?
2. contractée dans quel établissement ?
3. recherche d'une cause étrangère
4. partage assurance /ONIAM pour l'indemnisation
 - ONIAM si DFP > 25% ou décès imputable
 - établissement si DFP < 25%

B/ Devant la commission de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux

1. Condition préalable : la CCIAM est compétente si le seuil de gravité est atteint
2. s'agit-il d'une infection nosocomiale ?
3. contractée dans quel établissement ?
4. recherche d'une cause étrangère
5. partage assurance /ONIAM pour l'indemnisation
 - ONIAM si DFP > 25% ou décès imputable
 - établissement si DFP < 25%

Encadré 3 : Anormalité du dommage

Conséquences du dommage	Fréquence	Indemnisation
Notablement plus graves que celles auxquelles le patient était exposé de manière suffisamment probable en l'absence de traitement	Elément quasi indifférent, la gravité est le critère déterminant.	OUI

Conséquences moins graves ou identiques à celles auxquelles le patient était exposé de manière suffisamment probable en l'absence de traitement	Survenance faible	OUI
	Survenance élevée	NON

Encadré 4 Cas où la condition d'anormalité et de gravité doivent être remplies

	Juridiction ou CCIAM	Gravité	Anormalité
Aléa (prise en charge par l'ONIAM)	CCIAM	x	x
Aléa (prise en charge par l'ONIAM)	TJ ou TA	x	x
Faute	CCIAM	x	
Faute	TJ ou TA		
IN due à un établissement	CCIAM	x	
IN due à un établissement	TJ ou TA		

CCIAM Commission de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux

IN infection nosocomiale

TJ tribunal judiciaire

TA tribunal administratif

Encadré 5 : Les mesures de protection juridique des majeurs

- Habilitation familiale simple (assistance) ou avec représentation
- Mandat de protection future ayant pris effet
- Sauvegarde de justice judiciaire
- Curatelle (simple ou renforcée)
- Tutelle