



ENSP

ÉCOLE NATIONALE DE
LA SANTÉ PUBLIQUE

RENNES

Inspecteur des Affaires Sanitaires et Sociales

PROMOTION 1999 -2001

Date du Jury : 26, 27 et 28 février 2001

**LE ROLE ET LA PLACE DU MEDECIN
CONCILIATEUR AU SEIN DE LA
COMMISSION DE CONCILIATION**

Caroline LUSSATO

SOMMAIRE

| | |
|---|----|
| <u>INTRODUCTION</u> | 5 |
| <u>CHAPITRE 1 : UN CONTEXTE DETERMINANT</u> | 11 |
| <u>I- UNE RESPONSABILITE DES ETABLISSEMENTS DE SANTE ECLATEE</u> | 11 |
| <u>A) Une responsabilité pénale commune</u> | 12 |
| <u>B) Une responsabilité civile fondée sur la faute</u> | 14 |
| <u>C) Une responsabilité administrative assouplie</u> | 15 |
| <u>II- UN DISPOSITIF RENOUVELE</u> | 18 |
| <u>A) Les précédents</u> | 18 |
| <u>B) La commission selon les textes</u> | 21 |
| <u>C) Deux fonctions mises en valeur par le décret</u> | 24 |
| <u>III- PRESENTATION DU TERRAIN D'ETUDE</u> | 25 |
| <u>A) Un établissement public aux forts antécédents de médiation : le CHU de Toulouse</u> | 25 |
| <u>B) Un établissement PSPH : l'Institut Claudius Régaud</u> | 26 |
| <u>C) Les cliniques : les Cèdres et Pasteur</u> | 27 |
| <u>CHAPITRE 2 : LE MEDECIN CONCILIA TEUR, UNE PLACE ET UN RÔLE DETERMINANTS</u> | 29 |
| <u>I - UNE PLACE DE MEDECIN ET DES QUALITES PARTICULIERES</u> | 29 |
| <u>A) Une place de médecin</u> | 29 |
| <u>B) Un profil nécessaire à son action</u> | 33 |
| <u>II - UN ROLE DE « CONCILIATION » ET PARFOIS AU DELA</u> | 35 |
| <u>A) Un rôle de « conciliation » difficile à définir</u> | 35 |
| <u>B) Un sensibilisation des agents de l'établissements</u> | 41 |

| | |
|---|-----------|
| <u>CHAPITRE 3 : UNE ACTION LOIN D'ETRE SOLITAIRE</u> | 44 |
| <u>I - DES RESPONSABLES DES RECLAMATIONS RECONNUS</u> | 44 |
| <u>A) Un rôle fort du représentant légal de l'établissement</u> | 44 |
| <u>B) Des liaisons pour une collaboration constante</u> | 47 |
| <u>II - UN ROLE INEGAL DES AUTRES MEMBRES DE LA COMMISSION</u> | 49 |
| <u>A) Des cadres infirmiers pivots de la commission</u> | 49 |
| <u>B) Une place des autres membres effacée</u> | 52 |
| | |
| <u>CHAPITRE 4 : PROPOSITIONS</u> | 55 |
| <u>I - LA FONCTION DE CONCILIATION</u> | 55 |
| <u>A) Une formation des conciliateurs</u> | 55 |
| <u>B) Un retour régulier aux services</u> | 55 |
| <u>C) Une implication des autres membres de la commission de conciliation</u> | 56 |
| <u>II - LE FONCTIONNEMENT DE LA COMMISSION PLENIERE</u> | 56 |
| <u>A) Assurer une certaine flexibilité</u> | 56 |
| <u>B) Assurer le droit à l'information et le pouvoir de proposition des membres</u> | 57 |
| <u>C) Renforcer la légitimité des représentants des usagers</u> | 57 |
| | |
| <u>CONCLUSION</u> | 59 |
| | |
| <u>BIBLIOGRAPHIE</u> | 61 |
| <u>I - TEXTES</u> | 61 |
| <u>II - OUVRAGES</u> | 61 |
| <u>III - RAPPORTS ET MEMOIRES</u> | 61 |
| <u>IV - REVUES</u> | 62 |

Merci à l'Institut Claudius Régaud, à la clinique des Cèdres, au CHU de Toulouse et à la clinique Pasteur pour m'avoir ouvert leurs portes, ainsi qu'à chacune des personnes rencontrées au sein de ces établissements pour m'avoir consacré du temps et parlé librement. Merci également aux usagers de commission de conciliation que j'ai rencontré de m'avoir fait part de leur vécu.

Je tiens aussi à remercier M. Samson, Pr. en droit hospitalier à l'Ecole Nationale de la Santé, qui m'a accompagné dans la construction de ce mémoire.

Enfin, je remercie tout particulièrement Christine Fraboul, ma maîtresse de stage et secrétaire général de l'Agence Régionale d'Hospitalisation Midi-Pyrénées, dont l'aide m'a été précieuse pour les recherches et la construction du mémoire, mais au delà pour tout le temps qu'elle m'a consacré durant les mois passés ensemble.

INTRODUCTION

L'Etat moderne entend se réformer afin de laisser une plus grande place à l'écoute de ses citoyens.

Le secteur sanitaire n'échappe pas à cet élan car il est le lieu de problématiques humaines centrales: la vie, la mort, la maladie. Il est un lieu de secrets aussi: secret médical, colloque singulier du médecin avec son patient, qui posent le problème de l'information à l'hôpital. En effet, d'une vision d'un malade, passif, nous avons évolué vers l'idée d'un usager, réactif, conscient du respect dû à sa dignité et de ses droits, parmi lesquels le droit à l'information.

Le droit hospitalier a pris en compte ces évolutions d'abord avec la Charte du malade hospitalisé de 1974 et la loi hospitalière n° 91-748 du 31 juillet 1991 qui mettent en exergue les droits des patients et de leurs proches. La jurisprudence aussi devient plus exigeante. Dans ce sens, par deux arrêts du 5 janvier 2000¹, le Conseil d'Etat rejoint la position de la Cour de cassation en imposant l'obligation médicale d'information des risques d'invalidité ou de décès même dans le cas où ces risques ne se réalisent qu'exceptionnellement.

Le défaut d'information des usagers, l'insuffisance de communication à l'hôpital se manifestent notamment par un phénomène inquiétant relevé dans le rapport Mac-Aleese en 1978: la judiciarisation de l'activité hospitalière.

Suivant les recommandations du Conseil d'Etat², les pouvoirs publics ont choisi d'éviter des recours longs et coûteux par la mise en place de mécanismes de prévention des conflits. C'est ainsi que l'ordonnance n°96-346 du 24 avril 1996³ portant réforme de l'hospitalisation publique et privée a prévu que "dans chaque établissement de santé est instituée une Commission de conciliation chargée d'assister et d'orienter toute personne qui s'estime victime d'un préjudice du fait de l'activité de l'établissement et de lui indiquer les voies de conciliation et de recours dont elle dispose".

Ce texte s'est vu précisé par le décret n°98-1001 du 2 novembre 1998 qui ajoute à ces deux premières missions d'orientation et d'information une véritable compétence de suivi de la politique de clientèle de l'établissement. En effet, la commission de conciliation est informée

¹ Conseil d'Etat, section, « Consorts Telle » et « AP-HP », AJDA, février 2000, p.137-141 et 180-182.

² Conseil d'Etat « régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative ». La Documentation Française. 1993.

³ Article L 1112-1 al 2 du code de la santé publique (CSP) ancien art L 710-2 al 2 .

de tous les recours gracieux et juridictionnels et de leur issue, et elle doit recevoir communication des résultats des différentes mesures de satisfaction faites par l'établissement. Elle adresse en outre des recommandations au directeur.

Cette réforme a permis de donner un caractère réglementaire à un système visant à prévenir les recours contentieux par le biais d'une instance d'information et d'écoute, système désormais opposable à l'ensemble des établissements de santé, indépendamment de leur statut.

Il est important de distinguer la conciliation de la médiation.

En l'absence de distinction claire dans les dictionnaires, ou même les textes juridiques et jurisprudentiels, la doctrine a tenté d'en apporter une définition afin de préciser leur contenu respectif et leurs effets.

En effet, le dictionnaire Robert entend par conciliation « l'action de concilier des personnes divisées d'intérêt ; son résultat » et par concilier « mettre d'accord, amener à s'entendre ».

La médiation consiste elle en une « entremise destinée à mettre d'accord, à concilier ou à réconcilier des personnes, des parties ». Le médiateur est alors celui « qui s'entremet pour faciliter un accord entre deux ou plusieurs personnes ».

Si l'on essaie d'établir la nuance entre ces deux définitions, on relèvera que la médiation s'attache à l'intervention d'une personne intermédiaire alors que la conciliation fait plutôt référence à l'action d'entente débouchant sur un résultat. Mais le but est dans les deux cas de « mettre d'accord », l'action de médiation et de conciliation étant alors identiques dans leurs objectifs.

Une distinction des finalités des deux actions est apparue nécessaire dans le cadre de la commission. C'est ainsi que le rapport Caniard⁴ précise que « concilier revient à trouver un accord » alors que « la finalité d'une médiation réussie est la communication établie ou rétablie entre les parties » ; l'ambition n'est donc pas la même, ce qui fait dire à M.Caniard que la médiation arrive en amont de la conciliation, la transaction ou le recours étant alors les issues possibles de la conciliation qui elle se trouve en aval.

Tenant compte de cette distinction, la circulaire du 1^{er} juin 1999⁵ introduit son propos en excluant toute fonction de conciliation des missions de la commission, son champ d'action n'étant pas transactionnel.

⁴ Rapport et propositions du groupe de travail animé par Etienne Caniard, « La place des usagers dans le système de santé », février 2000, rapport publié par le service de documentation de l'ENSP.

⁵ Circulaire DH/AF/n°317 relative à la commission de conciliation.

La commission de conciliation telle qu'elle a été conçue par ces textes est le fruit d'une longue réflexion.

En effet, l'idée de recourir à une instance afin de faciliter la reprise du dialogue entre les personnes intéressées au différend est antérieure à l'ordonnance de 1996 : le décret n°81-582 du 15 mai 1981 avait prévu la mise en place d'un conciliateur médical. Celui-ci se trouvait hors de l'hôpital puisqu'il était choisi parmi une liste de magistrats honoraires. Ce décret fût annulé par le Conseil d'Etat en raison des problèmes qu'il posait en terme de secret médical.

Les procédures de conciliation organisées par l'article L 3 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel et l'article 239 de l'ancien code des marchés prévoient un conciliateur ayant une certaine indépendance institutionnelle : dans le premier cas, la conciliation est entreprise sous l'égide d'un magistrat ou d'un conciliateur désigné par le juge administratif ; dans le second exemple, la conciliation est effectuée par une commission tripartite (magistrats administratifs/ fonctionnaires/ représentants des milieux professionnels concernés). Ainsi, la conciliation est ici conçue comme devant être le fait d'une autorité extérieure à l'institution lieu du litige. Le décret du 15 mai 1981 créait un mécanisme de conciliation à cette image, sous la responsabilité d'un magistrat honoraire et ayant pour objectif de faciliter le règlement amiable des différends.

La charte du patient hospitalisé du 6 mai 1995 créa pour sa part une fonction de médiation en interne sous une forme strictement médicale. Il s'agit en ce cas de « mettre en relation des acteurs qui auraient normalement dû l'être » et, selon les termes de la charte, de donner aux auteurs des demandes « les explications nécessaires ». La médiation de 1995 éloignait alors le traitement de la demande de la sphère judiciaire pour l'inscrire dans la sphère médicale, au cœur des établissements concernés. Le médiateur n'avait pas le pouvoir de transiger.

Plusieurs établissements expérimentèrent cette médiation: par le biais d'une commission aux Hospices civils de Lyon, par l'intermédiaire d'un conciliateur médical à l'AP-HP (un conciliateur dans chaque établissement), au CHU de Toulouse et au Centre Hospitalier Universitaire de Dijon depuis 1994.

Dans ces expériences, le dialogue avec l'utilisateur reposait sur la présence médicale. En effet, seuls les différends d'ordre médical étaient envisagés. Leur traitement, du fait de la

nécessaire communication d'informations médicales, ne pouvait être confié qu'à un médecin. Celui-ci était un membre de l'institution mise en cause, mais bien évidemment extérieur au service lieu du litige.

Aujourd'hui, la Commission de conciliation doit pouvoir se questionner sur toutes sortes de réclamations, d'autant plus qu'elles s'avèrent rarement strictement médicales et mélangent bien souvent les genres. Le travail en hôpital multiplie les compétences et c'est cet ensemble de prestations, qu'elles soient hôtelières, techniques, administratives, paramédicales, médicales ou soignantes, qui fait la qualité de la prise en charge. Les réclamations quant à cette prise en charge portent parfois sur le seul aspect médical, qu'il s'agisse d'un défaut d'information ou d'une erreur de traitement. Mais souvent, ces aspects sont entremêlés. Ainsi a été créée une commission plurielle.

En se dotant d'une permanence et de nouveaux membres (président de la Commission Médicale d'Etablissement, membre de la Commission en soins infirmiers, représentants des usagers), la Commission est innovante par rapport à nombre d'expériences antérieures car elle donne potentiellement aux usagers d'autres interlocuteurs que le médiateur médical. Mais le décret de 1998 et la circulaire DH/AF/99/n°317 du 1er juin 1999 n'attribuent de rôle de conciliation qu'au seul médecin. Il est l'interlocuteur principal des usagers, le détenteur de la possibilité d'accès au dossier médical. Par opposition, les autres membres de la commission de conciliation semblent cantonnés dans un rôle d'observation. En dehors de leur participation à la permanence de la commission de conciliation au sein de laquelle peuvent avoir des contacts avec le public, les autres membres de la commission apparaissent au regard des textes avoir un rôle secondaire par rapport au médecin conciliateur.

De ce fait, on peut se demander si, selon l'expression de R. Duclos, le conciliateur médical est « la pièce maîtresse du dispositif »⁶, si son rôle et sa place en font le pilier de la commission, les autres membres n'ayant qu'une place « décorative »⁷.

Le médecin conciliateur est-il toujours l'élément dominant ou la pratique quotidienne des établissements ne laisse-t-elle pas la place aux autres membres de la commission de conciliation en en faisant de réels interlocuteurs intervenants dans la médiation ? Au delà des textes, ne sont-ils pas dans la pratique associés étroitement à la gestion des

⁶ Duclos René. « La mise en place de la commission de conciliation dans les établissements de santé ». Gestions Hospitalières. Août/ septembre 1999 .Page 494.

⁷ Expression employée par M. Daly, directeur de l'Institut Claudius Régaud, lors d'un entretien.

réclamations au côté du médecin?

Si le médiateur médical apparaît avoir un rôle déterminant, n'y a-t-il pas la place pour d'autres « participations actives »?

S'interroger sur la place et le rôle du conciliateur médical nécessite aussi de déterminer l'étendue de ses pouvoirs dans le cadre de ses missions d'investigations et de ses rencontres avec les « plaignants ».

A cet égard, le terme de conciliation, comme il a été précisé ci-dessus, apparaît inexact: la commission n'a pas de fonction pré-contentieuse et ses membres ne sont pas censés se prononcer sur une quelconque responsabilité des professionnels mis en cause.

Le médecin conciliateur doit rassurer, écouter, permettre un renouveau de la confiance entre le patient et l'institution mais sans se substituer ni au directeur, ni à l'assureur qui ont seuls le droit de procéder à une transaction. L'étendue de ses prérogatives détermine le poids de son action.

Le conciliateur médical, dans sa pratique quotidienne va donc se retrouver confronté à deux interrogations principales : quel rôle a-t-il à jouer et selon quelles modalités ?

Si l'on entend conserver l'idée d'un traitement collégial des relations avec les usagers, le médiateur médical doit laisser la place à une commission plurielle, où chacun doit avoir un rôle et une utilité, à côté du directeur et de l'assureur de l'établissement. Il ne doit pas y avoir une gestion solitaire de l'institution créée par l'ordonnance du 24 avril 1996.

Cette question de la place et du rôle du médecin conciliateur dans le fonctionnement de la commission de conciliation est déterminante de l'avenir de la commission, qu'elle soit de conciliation ou "de la qualité de la prise en charge et des relations avec les usagers". Elle détermine en partie la viabilité et l'efficacité d'une instance aux multiples objectifs.

Cette problématique intéresse les services déconcentrés du ministère de la santé dans la mesure où ils peuvent être destinataires des réclamations des usagers contre les établissements. A titre illustratif, l'Agence Régionale de l'Hospitalisation Midi-Pyrénées effectue une centralisation et un suivi des plaintes adressées aux services déconcentrés. A ce jour, 69 plaintes ont été enregistrées donnant lieu, selon la gravité des cas, à des enquêtes ou à de simples correspondances avec les établissements concernés. De plus, il a été créé un observatoire régional des plaintes composé de représentants des institutions (inspection de la santé et contrôle médical), des établissements de santé et des usagers.

L'observatoire régional devra rechercher comment améliorer les procédures et présenter un bilan des plaintes ainsi que du fonctionnement des commissions de conciliation.

L'intérêt propre du sujet et son intérêt professionnel expliquent le choix de la thématique du mémoire qui a été développée à partir d'une étude de terrain menée sur 4 établissements de Toulouse : un établissement public, un établissement participant au service public hospitalier (PSPH) et deux établissements privés.

Dans un premier chapitre, il sera nécessaire d'évoquer l'environnement du sujet afin d'en saisir tous les tenants et aboutissants : environnement juridique (la responsabilité des établissements de santé), historique (l'évolution jusqu'au système actuel) et géographique (les établissements d'étude).

Dans un second temps seront envisagés la place et le rôle spéciaux du médecin conciliateur avant de voir dans un troisième chapitre que son action n'est pas solitaire.

Enfin, la dernière partie sera consacrée aux propositions.

CHAPITRE 1 : UN CONTEXTE DETERMINANT

Le contexte de cette étude est triple : le contexte juridique de responsabilité des établissements, qui explique l'origine de la réforme ; l'histoire de la conciliation médicale et son contenu actuel ; enfin, la nature des quatre établissements étudiés.

I- UNE RESPONSABILITE DES ETABLISSEMENTS DE SANTE ECLATEE

Les établissements de santé sont tous concernés par la judiciarisation de la société, qu'ils soient de statut public, PSPH ou privé . La réforme de 1996 a ainsi vocation à s'appliquer à tous les établissements, ce qui constitue une réelle innovation. Elle a pour but d'éviter à ces établissements une mise en cause fâcheuse de leur responsabilité, tant pour leur réputation que pour leurs deniers, et qui serait facilement évitable par la voie d'un dialogue renouvelé. Pour autant, les établissements de santé ne sont pas égaux face à leur régimes de responsabilité. Le fonctionnement de leur responsabilité n'obéit pas aux mêmes règles . En effet, le régime des établissements publics est dirigé par le droit public alors que la responsabilité des établissements privés relève du juge judiciaire.

Dans le cas d'un établissement public, trois juridictions pourront être compétentes :

- La responsabilité administrative vise à mettre en cause l'établissement et non ses agents. En effet, les établissements publics relèvent de juge administratif et du droit administratif.
- La responsabilité pénale oblige l'auteur de la faute à répondre personnellement de l'infraction qui lui est attribuée et l'expose à une sanction (amende, restriction ou privation de liberté).
- La responsabilité civile permet la réparation pécuniaire du préjudice et peut être actionnée à l'occasion de l'action pénale ou de l'action civile. Ce dernier cas ne concerne à l'hôpital que les actions portées contre un agent en cas de faute détachable du service public ou d'activité libérale.

Dans le cas d'un établissement privé (PSPH compris), les juridictions judiciaires seront compétentes et cela au titre de deux grands types de responsabilités : civile et pénale . L'action pourra être engagée contre l'établissement ou contre le praticien, selon la nature de la faute .

Tous les établissements de santé sont concernés par l'évolution du droit pénal. Mais une coupure existe entre établissements publics et privés car la responsabilité civile et la responsabilité administrative n'obéissent pas aux mêmes règles. Or, les règles de mise en œuvre de la responsabilité administrative apparaissent plus souples que celles de la responsabilité civile, ce qui place les établissements publics dans une situation plus délicate que les établissements privés.

A) Une responsabilité pénale commune

La responsabilité pénale s'applique tant aux personnes physiques qu'aux personnes morales (donc aux établissements). Elle inquiète les représentants légaux d'établissements car elle connaît un développement.

Deux mouvements ont conduit à ce développement.

En premier lieu, la responsabilité pénale a été étendue aux personnes morales depuis l'introduction de l'article L.121-2 du nouveau code pénal. Cela a donc permis de rechercher dans un certain nombre de cas la responsabilité de l'institution en elle-même.

Pour mettre en cause l'établissement, l'infraction doit avoir été commise pour le compte de celui-ci et par ses représentants ou organes.

Les fondements les plus courants sont les infractions issues de la loi bioéthique du 29 juillet 1994, l'homicide involontaire, la pratique de la recherche biomédicale sans consentement, le travail illégal, etc.

En second lieu, le législateur accompagne maintenant les lois sur l'activité médicale et scientifiques d'incriminations pénales en cas de violation de leurs prescriptions. Il s'agit par exemple des lois « bioéthiques » du 29 juillet 1994 ou de la loi « Huriet » du 20 décembre 1988 relative aux essais thérapeutiques sur l'homme.

Il existe ainsi plus de 150 infractions pénales spécifiques concernant le secteur de la santé⁸.

Les infractions pénales les plus courantes en milieu hospitalier sont :

- Les atteintes volontaires à la vie ou l'intégrité des personnes : cela comprend l'homicide involontaire (article 221-1 c.pén.), qui interdit notamment la pratique de l'euthanasie et

⁸ LESEGRETAIN Xavier et CHASSANY Stéphanie « La protection juridique de l'hôpital ». ed Berger-Levrault. 1999.

les coups et blessures volontaires, qui relèvent du domaine criminel, correctionnel ou contraventionnel selon leur gravité.

- Les atteintes involontaires à l'intégrité de la personne : les techniques, lorsqu'elles sont mal utilisées par l'homme, peuvent s'avérer dangereuses. C'est pourquoi le législateur sanctionne des infractions commises par imprudence.

Il s'agit des atteintes physiques par imprudence telles qu'une maladresse de la part d'un chirurgien, une imprudence dans l'utilisation d'un produit dangereux ou un défaut de surveillance post-opératoire.

Est concerné aussi le délit de mise en danger qui réprime les comportements dangereux avant l'intervention de tout résultat dommageable (art 223-1 c.pén). Cette nouvelle infraction peut concerner en premier lieu le respect des normes de sécurité.

- La non assistance à personne en péril (art 223-6 c.pén) punit toute personne qui s'abstient volontairement et en toute connaissance de cause de porter assistance à une personne en danger. Elle ne sera pas constituée lorsque l'intervention comportait un risque supérieur.

- La méconnaissance des obligations professionnelles touche aux informations auxquelles a accès le médecin dans l'exercice de son activité. Ces informations sont soit protégées par l'existence du principe de secret professionnel, soit révélées par le biais des certificats médicaux. Ces deux contraintes sont prises en compte par le code pénal.

En premier lieu, l'article 226-13 sanctionne la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire, soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire.

Les médecins sont bien sûr au premier chef concernés, mais aussi tous les fonctionnaires. Deux limites sont à noter : l'infraction ne saurait être retenue dans le cas où le professionnel informerait les autorités administratives, judiciaires ou médicales de sévices sur mineurs de quinze ans ou personne vulnérable. De plus, le secret professionnel n'est pas opposable au malade qui peut avoir communication des informations à caractère médical le concernant par l'intermédiaire d'un médecin qu'il désigne à cet effet.

En second lieu, le code pénal réprime l'établissement de faux certificats (art .226-14 c.pén.) et la délivrance de faux certificats par corruption (art .441-7 c.pén.)

B) Une responsabilité civile fondée sur la faute

La responsabilité civile pour pouvoir être engagée suppose l'existence d'un fait contraire au droit ou d'une faute civile à prouver.

Les fondements juridique de cette responsabilité sont identiques pour les personnes physiques et les personnes morales. Mais les dommages qui mettront en cause la responsabilité des établissements personnes morales mérite d'être distingués.

1°/ les fondements juridiques

- Soit le contrat médical (article 1147 du code civil) depuis un arrêt Mercier de la Cour de cassation datant de 1936 et dans lequel la cour avait qualifié « l'inexécution de l'obligation contractuelle de dispenser des soins attentifs, consciencieux et conformes aux données actuelles de la science » de faute civile ;
- Soit, en dehors du cadre contractuel, la responsabilité peut être recherchée sur la base d'une faute au moyen des articles 1382 (responsabilité délictuelle), 1383 (responsabilité quasi-délictuelle) ; elle peut être engagée du fait d'un préposé ou bien du fait d'une chose que l'on a sous sa garde juridique et de personnes sous son autorité (article 1383 cc) ;

Elle nécessite aussi, outre ce fait ou cette faute, un préjudice et un lien de causalité entre la faute et le dommage.

2°/ la mise en cause des établissements privés

Il est possible de classer les différents dommages qui engagent leur responsabilité :

→ les dommages relatifs à l'accueil et à l'hébergement.

En cette matière, les établissements ont une obligation de résultat. Il s'agit par exemple des intoxications alimentaires, des vols, dégâts des eaux, pertes de prothèse, chute de patient dans l'établissement.

→ la responsabilité du fait du personnel salarié.

C'est une situation que l'on retrouve dans les établissements participant au service public hospitalier (PSPH).

Dans ce cas, l'établissement connaît une obligation de moyens : il doit mettre à la disposition des patients un personnel qualifié.

Il est aussi responsable des de la mauvaise exécution des examens et prescriptions médicamenteuses ordonnées par le médecin. Il s'agit, par exemple, des piqûres mal réalisées ou des fautes de surveillance.

→ la responsabilité du fait des dommages causés par les matériels et équipements.

En la matière, l'établissement a l'obligation de mettre à la disposition du personnel un équipement en bon état . Mais si un professionnel utilise en connaissance de cause un matériel défectueux, c'est sa propre responsabilité qui sera engagée.

→ la responsabilité du fait de l'organisation médicale.

L'établissement est compétent, donc responsable, entre autres de l'organisation des plannings, de la présence médicale minimale, de la vérification des titres et diplômes.

C) Une responsabilité administrative assouplie

Il est bien loin le temps où la double appartenance des hôpitaux au domaine administratif et au domaine médical les faisaient échapper à toute responsabilité. Cette période a pris fin avec un arrêt du Conseil d'Etat du 8 novembre 1935 (CE 1935, «Veuve Loiseau », rec. p.1019 et 1020). Cette décision a amorcé un mouvement de mise en cause croissante de leur responsabilité et d'assouplissement de ses règles. En effet, l'exigence initiale d'une faute lourde et d'une exceptionnelle gravité s'est vue abandonnée au profit de la preuve d'une faute simple, puis récemment, et dans de strictes limites, au profit de la responsabilité sans faute à prouver.

C'est ce mouvement qui place les usagers des établissements publics dans une situation plus favorable que ceux du privé, et qui place les établissements publics dans une situation plus délicate à gérer.

1°/ une responsabilité pour faute qui reste le principe ...

Le droit administratif est en grande partie prétorien, c'est à dire que le juge a une part prépondérante dans la fixation de ses principes.

Cette place du juge lui permet une adaptation du droit aux circonstances et évolutions favorable à une certaine idée de réalisme. Et le domaine hospitalier en est un bon exemple puisque le juge administratif a des exigences en matière de preuve d'une faute différentes selon la nature de l'acte incriminé et non selon la personne qui effectue l'acte⁹.

En effet, une faute lourde sera exigée lorsque le préjudice sera imputable à un acte médical et chirurgical ou encore un acte de soins donné par un médecin

⁹ CE. Section. 26 juin 1959. « Rouzet ». Recueil Lebon , p.405.

Mais si l'origine du dommage est un acte de soins simple ou paramédical, un acte d'organisation ou un acte de fonctionnement du service, une faute simple suffira.

Il faut rappeler que ces fautes engageront la responsabilité de l'établissement, et non des agents personnellement, à partir du moment où elles ne s'avèrent pas détachable du service.

a- quelques exemples de fautes lourdes

Les actes médicaux, seuls concernés par la faute lourde, sont définis comme « ceux qui ne peuvent être exécutés que par un médecin ou un chirurgien ou encore par un auxiliaire médical sous la responsabilité et la surveillance directe d'un médecin dans des conditions qui lui permettent d'en contrôler l'exécution et d'intervenir à tout moment »¹⁰.

Par contre, le CE n'a jamais donné de définition de la faute lourde, préférant conserver toute sa liberté de qualification au cas par cas. Ainsi, on peut citer quelques exemples à titre d'illustration :

- l'erreur de diagnostic n'est jamais considérée comme une faute lourde (CE. 6 juillet 1934 « Paillet ». Lebon p. 788).
- Le retard de praticien à intervenir sur un patient constitue une faute lourde dès lors qu'il n'a aucune justification et qu'il traduit une négligence ; le choix d'une thérapeutique médicale ou chirurgicale traduit une faute médicale dès lors que le médecin a négligé de rechercher les contre indications éventuelles ou a ignoré certains risques pour le patient.

b- quelques exemples de fautes simples

La création de l'exigence de la faute simple, qui a entraîné une extension de la responsabilité hospitalière, ressort de l'arrêt « Epoux V. » du CE daté du 10 avril 1992 (Gaz. du Pal. n°244-245 des 1^{er} et 2 septembre 1993).

Il s'agit par exemple du défaut dans le recueil du consentement du malade, du défaut de surveillance, sachant que le juge tient compte des moyens dont disposaient l'hôpital et de l'état de l'intéressé au moment des faits, de la mauvaise coordination entre médecins ou

¹⁰ CE précité.

médecins et personnel soignant, du manque de qualification du personnel, des défauts d'hygiène ou d'asepsie, etc¹¹ .

2°/... mais une responsabilité sans faute à prouver qui s'étend.

Il existe deux situations à cet égard : soit le juge présume l'existence d'une faute en l'absence de toute preuve de celle-ci, soit il n'exigera qu'un lien de cause à effet entre un préjudice et une action précise de l'établissement .

- La présomption de faute est utilisée lorsque, en présence d'un dommage d'une anormale gravité, aucune faute n'a pu être précisément définie. En ce cas, il appartient à l'établissement lui-même de faire la démonstration que le fonctionnement de son service n'a pas été défectueux¹².

Cette jurisprudence est utilisée en matière d'infections nosocomiales, de vaccination obligatoire et a été consacrée par le législateur en matière de recherche biomédicale, la loi du 20 décembre 1988 instituant une telle présomption en cas de dommage au cours d'une expérimentation avec bénéfice individuel pour la personne qui s'y prête (art. L.1121-7 CSP).

- La responsabilité sans faute dans le domaine hospitalier repose pour sa part sur deux fondements différents : une construction jurisprudentielle et des hypothèses de création législative.

L'aléa thérapeutique a été pour la première fois reconnu par le juge dans un arrêt de principe du 9 avril 1993 « Bianchi » (Gaz. du Pal. n°267-268) : « Lorsqu'un acte médical nécessaire au diagnostic ou au traitement du malade présente un risque dont l'existence est connue mais la survenue est exceptionnelle, et dont aucune raison ne permet de penser que le patient y est particulièrement exposé, la responsabilité du service public hospitalier est engagée si l'exécution de cet acte est la cause directe de dommages sans rapport avec l'état initial du patient comme avec l'évolution prévisible de cet état et présentant un caractère d'extrême gravité ». Au total, le CE exige donc 7 conditions de mise en jeu cumulatives.

¹¹ Exemples tirés de Lin Daubech . Thèse de doctorat en droit. « Le statut de l'utilisateur du service public hospitalier » ; janvier 1999.

¹² CE. ass. 7 mars 1958. « Déjous ».

Le deuxième type jurisprudentiel de responsabilité sans faute a été consacré par une décision « Gomez » du 21 décembre 1990¹³ qui intervient lui en cas de risques exceptionnels inconnus de thérapeutiques nouvelles.

Enfin, le CE a franchi une étape supplémentaire dans un arrêt « hôpital Joseph Imbert d'Arles » du 3 novembre 1997 (AJDA, 20 décembre 1997) par lequel il a admis que l'anesthésie constituait un acte nécessaire au traitement ; par lequel il abandonne l'exigence de but thérapeutique de l'acte et de risque inhérent à l'acte ; et par lequel il ouvre le droit à réparation des préjudices moraux autant que matériels.

Si toutes ces jurisprudences nécessitent la réunion d'un certain nombre de conditions pour s'appliquer, elles démontrent un assouplissement de la responsabilité au profit des usagers. Elles posent cependant deux problèmes majeurs pour le système de santé : en premier lieu car elle rétablissent une dualité public/privé, et en second lieu car elles font peser sur le seul hôpital la charge financière d'un risque qui est en réalité un risque « social ».

L'environnement juridique des établissements de santé, surtout pour ce qui concerne les établissements publics, et le phénomène parallèle de judiciarisation de la société rendent nécessaire une prévention de recours juridictionnels qui pourraient pour partie être évités.

II- UN DISPOSITIF RENOUVELE

A) Les précédents

1°/ le recours à la conciliation externe

En 1978, un groupe de travail composé de magistrats, de représentants des professions médicales et d'assureurs fut constitué à l'initiative du ministère de la justice afin d'étudier les problèmes de responsabilité médicale. Cette initiative avait pour origine première les

¹³ Cour administrative d'Appel de Lyon, 21 décembre 1990, « Gomez », Gaz. du Pal. n°202-204.

démarches des représentants de la profession médicale, inquiets face à l'augmentation du nombre d'actions en responsabilité.

Après deux années de travaux, le rapport Mac Aleese, du nom du président du groupe, concluait que l'augmentation des affaires portées au pénal résultait du manque d'information des patients ou de leur famille. « Se heurtant presque toujours à une absence de dialogue avec les praticiens ou les établissements de soins, ils sont tentés de penser que ce mur du silence est destiné à cacher leur faute[...]. Au parquet de Paris, il a été constaté que plus de la moitié des plaintes déposées contre les médecins avaient pour origine cette absence d'information, ce qui explique aussi l'acharnement de beaucoup de parties civiles » .

Le dispositif proposé visait à créer un système d'information et de conciliation très souple, et à permettre, par la voie de la transaction, de résoudre amiablement un grand nombre de litiges, prévoyant à la fois l'information des patients, et le détournement des plaignants de la voie pénale auquel aspiraient médecins et assureurs .

Le dispositif pressenti reposait sur l'intervention d'un magistrat honoraire, la conciliation relevant donc d'une instance extérieure à l'établissement.

Le décret du 15 mai 1981 suivit les recommandations du rapport Mac Aleese. Dans ce dispositif, la saisine du conciliateur était facultative, se faisait sans forme et n'interrompait pas le délai de recours. Elle était le plus souvent accompagnée de la désignation d'experts. En cas de conciliation, un constat d'accord était établi.

Elaboré par un gouvernement démissionnaire, ce dispositif ne fut jamais mis en application, puis connut une mort juridique avec son annulation par le Conseil d'Etat . La méconnaissance des problèmes relatifs au secret médical et au respect de la vie privée justifiaient cette annulation. En effet, le décret prévoyait l'accès du conciliateur au dossier médical sans nécessité d'obtention de l'accord du patient.

Au delà la formule souffrait d'un certain nombre de critiques.

Ainsi, pour Louis Dubouis, « le conciliateur médical a été rejeté parce qu'il a pu apparaître comme étant avant tout un moyen pour le corps médical d'échapper aux règles de la justice ordinaire, offrant moins de garanties d'indépendance que celle-ci. La genèse du décret pouvait alimenter cette critique [...]Le point de vue des malades n'avait pas été suffisamment pris en compte »¹⁴. La réforme de la conciliation devait donc s'inscrire dans une politique de revalorisation des droits des usagers.

¹⁴ Louis Dubouis, « Oraison pour la seconde mort du conciliateur médical », note sous CE, 31 mai 1989 « Mme Roujanski », Revue de droit sanitaire et social, janvier-mars 1990.

2°/ L'installation au cœur de l'hôpital

Les préoccupations juridiques furent les premières sur lesquelles les réflexions portèrent.

Plusieurs rapports ultérieurs suggérèrent la mise en place d'un mécanisme de gestion des plaintes au sein de l'établissement notamment un rapport de séminaire de l'Ecole Nationale de la Santé Publique sur la place de l'utilisateur. Celui-ci notait que « faute d'un interlocuteur clairement identifié, les réclamations parviennent aujourd'hui à de multiples destinataires : maire, DDASS, directeur de l'établissement, ministère. L'institution d'un lieu repéré où les plaintes seraient centralisées simplifierait les démarches ».

Dans le même mouvement, des circulaires de février 1995 incitèrent à la mise en place de médiateurs au sein des services publics et visant à « redonner vie aux procédures de recours préalables »¹⁵.

Ainsi, la charte du patient hospitalisé du 6 mai 1995 prôna l'institution d'une voie de recours alternative aux modes juridictionnels au sein des établissements de santé sous la forme d'un médiateur strictement médical et interne à l'établissement. Celui-ci était chargé « d'instruire, dans les meilleurs délais, les demandes de réparation des patients pour préjudice et de donner à leur auteur les explications nécessaires ». Le système s'éloignait alors de la sphère judiciaire, n'avait pas de portée juridique contraignante et réglait le problème de la communication du dossier médical en plaçant un médecin comme interlocuteur.

Ces diverses réflexions, avant et après la charte, sont à l'origine de la création de dispositifs de médiation au sein des établissements. Certains prirent la forme d'une commission, comme aux Hospices Civils de Lyon¹⁶, à Tulle ou à Montauban¹⁷. D'autres visaient principalement à l'institution d'un médiateur médical, comme à l'AP-HP¹⁸ et au CHR de Toulouse¹⁹.

Ainsi, faisant état d'une « distinction entre les véritables plaintes, très vite portées devant l'instance judiciaire, et les réclamations dont une étude approfondie avait montré qu'elles ne concernaient pas la qualité des soins, généralement reconnue, mais l'insuffisance ou la mauvaise qualité des informations médicales ou encore la difficulté d'obtenir la communication du dossier médical », la direction de l'AP-HP trouva de l'intérêt à l'institution

¹⁵ Circulaire du 9 février 1995 relative au traitement des réclamations, J.O.R.F du 15 février 1995.

¹⁶ Créée en 1983 et dénommée « commission des bons offices » puis « commission de conciliation » et enfin « commission d'information de l'utilisateur ».

¹⁷ Ces deux dispositifs datent de 1995.

¹⁸ L'hôpital Bichat dispose d'un médiateur médical, le Pr Thibault, depuis 1989.

¹⁹ Le Pr. Suc est médiateur depuis le 20 mars 1996.

d'un médiateur médical car « un nombre important des contentieux pourraient être évités si les malades ou leur famille trouvaient les réponses aux questions qu'ils se posent »²⁰. Cette fonction, étendue aux 26 établissements de l'AP-HP, était basée sur le volontariat de praticiens en fin de carrière, disponibles et respectés par leurs confrères . Les qualités attendues du médiateur, outre leur légitimité professionnelle, étaient des qualités relationnelles et humaines.

Le médiateur était saisi directement par le directeur général et servait d'intermédiaire afin d'apporter aux patients les informations permettant de dénouer des situations conflictuelles entre soignants et soignés. Mais il n'avait aucun pouvoir de transaction.

De plus, il devenait le conseiller de la direction dans le tri et l'analyse des réclamations, examinant notamment les questionnaires de sortie.

En dehors de ces exemples historiques, la médiation eut peu de succès. Les ordonnances de 1996, dans une vaste tentative de réforme du secteur sanitaire, se saisirent de la question des relations avec les usagers et donnèrent une dimension législative à un dispositif qui n'était pas opposable. La préoccupation d'un rétablissement de la communication avec les usagers conduisit le législateur à concevoir une conciliation élargie aux représentants des usagers, dans les établissements en disposant, ou au minimum élargie aux représentants du personnel infirmier, acteur à part entière de la prise en charge des patients.

L'ordonnance de 1996 s'est limitée à créer la commission et à définir certaines de ses compétences. Le décret de 1998 ajoute à la commission une compétence supplémentaire mais surtout la positionne à côté de 2 personnes dont le rôle fondamental dans la gestion des réclamations est affirmé : le directeur et le médecin conciliateur.

(voir annexe la fiche de synthèse du site internet du CH de Bayonne)

B) La commission selon les textes

1°/ mission

Deux d'entre elles sont issues de l'ordonnance de 1996 et une troisième résulte du décret de 1998.

²⁰ « La balance et le caducée », journal d'information du service juridique de l'AP-HP n°22, mars 1992.

a- les missions initiales

Ce sont des missions qui s'exercent vis à vis des usagers :

- elle doit assister et orienter toute personne qui s'estime victime d'un préjudice du fait de l'activité de l'établissement. La circulaire du 1^{er} juin 1999 précise que cette mission consiste dans la mise en relation avec les personnes susceptibles de régler le conflit : directeur, chef de service (dans le cas d'un établissement public), médecin conciliateur ou cadre infirmier.
- Elle doit informer des voies de conciliation et de recours dont dispose le demandeur, information que la circulaire de 1999 place dans le cadre des permanences.

Ces deux missions marquent une volonté de protection des malades puisqu'elles facilitent l'expression du désaccord. Mais elles peuvent être mal perçues par les représentants d'établissements car, en informant les usagers des voies de recours, elles conduisent en quelque sorte ces établissements à orienter ou faciliter les recours contentieux contre eux-mêmes.

b- la place d'observation

Le décret de 1999 prévoit que la commission doit être informée des recours contre l'établissement, qu'ils soient gracieux ou juridictionnels, et des résultats des enquêtes de satisfaction.

Dans la même optique, la circulaire de 1999 précise que les membres de la commission ont accès au registre des demandes et réclamations, et aux réponses apportées par le directeur, étant entendu que les données médicales leur sont interdites.

Cette observation et cette connaissance doit leur permettre de formuler des recommandations dans l'optique d'améliorer les rapports avec les usagers et de pallier les dysfonctionnements relevés.

2°/ composition et fonctionnement

La commission a vocation à être créée tant dans les établissements publics que dans les établissements privés. Si le fonctionnement doit être identique quel que soit le statut de l'établissement, la composition ne peut être la même.

a- compositions proches

Les établissements publics et les établissements privés, bases de ce mémoire, n'ont pas une composition identique du fait de leur différence de statut, mais la plus proche possible (article R 710-1-1 alinéa 2). Elle comprend :

- Le président de la commission médicale d'établissement ou son représentant en établissement public qui a comme corollaire en établissement privé le président de la commission ou de la conférence médicale, ou son représentant.
- Un médecin conciliateur et son suppléant désigné, dans quelque établissement que ce soit, par le directeur après avis des instances médicales.
- Un membre de la commission du service de soins infirmiers et son suppléant qui se retrouvent en établissement privé sous la forme d'un membre du personnel infirmier ou aide soignant et son suppléant. Dans le premier cas, le pouvoir de désignation appartient à la direction du service de soins infirmiers ; dans le second, il appartient au représentant légal de l'établissement.
- Les représentants des usagers membres du conseil d'administration (CA) sont appelés à siéger dans les établissements publics. Lorsqu'ils sont présents au sein de l'organe dirigeant de l'établissement privés, deux représentants doivent être désignés par le représentant légal de l'établissement.

b- fonctionnement collégial

- Des permanences hebdomadaires sur les sites de l'établissement doivent être organisées afin de recevoir les usagers et d'exercer la mission d'information de la commission : voies de recours et conciliation, orientation vers les interlocuteurs de l'établissement nécessaires.

Cette permanence peut être tenue par une ou plusieurs personnes.

Son existence doit être affichée dans l'établissement et indiquée dans le livret d'accueil, tout comme l'existence et les missions de la commission de conciliation.

- Des réunions plénières ayant lieu au moins trois fois par an permettent l'exercice du pouvoir d'observation et de recommandation.

La convocation a lieu à la demande du président de la commission, du directeur ou de la majorité de ses membres.

Un règlement intérieur de la commission doit être édicté ainsi qu'un rapport annuel d'activité, comportant des données anonymisées, doit être produit.

C) Deux fonctions mises en valeur par le décret

Le décret du 2 novembre 1998 a affirmé les rôles et places du médecin conciliateur et du directeur (voir annexe 1)

1°/ le représentant légal de l'établissement

S'il n'assiste qu'avec voix consultative aux réunions de la commission, il conserve un rôle important dans la gestion des réclamations : il réceptionne toutes les demandes, ce qui est à concilier avec l'existence de permanences, informe la commission de ces réclamations et analyse les questionnaires de sortie, le résultat de cette analyse devant être présenté à la commission.

De plus, il désigne le médecin conciliateur et son suppléant après avis de la commission médicale .

2°/ le médecin conciliateur

Il se voit attribuer une compétence générale pour traiter les demandes et réclamations « susceptibles de mettre en cause l'activité médicale de l'établissement, à l'exception des recours gracieux et juridictionnels ». Mais le décret ne précise pas de quelle manière ces demandes lui « sont communiquées ».

Dans l'exercice de sa mission de traitement des réclamations médicales, il « rencontre le patient » et « peut rencontrer ses proches ».

Pour consulter le dossier médical du patient, il doit obtenir son accord écrit ou celui de ses ayants droit.

Il rend compte de son intervention au directeur et à la commission.

III- PRESENTATION DU TERRAIN D'ETUDE

A) Un établissement public aux forts antécédents de médiation : le CHU de Toulouse.

Le centre hospitalier universitaire de Toulouse (CHU) a une capacité de 3 084 lits et 366 places et des activités de médecine, d'urgences, de chirurgie, d'obstétrique, de soins de suite et de réadaptation, de psychiatrie, de thermalisme et enfin de soins de longue durée.

Les dossiers de réclamations pour l'année 1999 ont été au nombre de 98, dont 25 transmis à la conciliation (voir annexe 4)

Le CHU de Toulouse avait une expérience antérieure de médiation. En effet, en 1996 a été créée au CHU une fonction de médiation.

Deux médiateurs ont alors été désignés : un médecin, le Pr. Suc, médiateur médical, désigné par le directeur après avis de la CME, et une infirmière médiatrice désignée par le directeur des soins infirmiers. Ils avaient un rôle d'information à l'exclusion de tout pouvoir transactionnel.

A côté, une commission de médiation était composée des deux médiateurs, des administrateurs de l'établissement et d'un expert, le Pr. Rougé, vice-président du conseil départemental de l'Ordre des médecins, conseiller technique du médiateur médical. Elle avait un rôle consultatif, étudiait les dysfonctionnements révélés et émettait des vœux.

La nouvelle commission a été mise en place le 1^{er} mai 1999 et elle a tenu 2 réunions plénières en 1999.

Le système mis en place (voir annexe 2) n'a que peu été modifié par la création de la commission de conciliation. La présentation de la nouvelle procédure par le CHU est d'ailleurs restée la même, si ce n'est pour le remplacement du terme médiation par le terme conciliation (voir annexe 5).

Mais la composition de la commission s'est adaptée: il ne reste plus aujourd'hui comme représentant de la direction que M.Duclos, directeur des affaires juridiques, et se sont au contraire ajoutés les représentants des usagers au CA. Le Pr. Rougé est devenu le suppléant de M.Suc qui a conservé son rôle, tout comme Mme Massard (pour la composition et le fonctionnement actuels, voir annexe 3).

L'activité de « médiation » est donc ancienne et l'activité de la commission de conciliation est assez importante en comparaison des autres établissements évoqués plus loin, et qui n'ont pas la même dimension.

B) Un établissement PSPH : l'Institut Claudius Régaud

Le centre anti-cancéreux Claudius Régaud a une capacité de 182 lits et 52 places répartis entre la médecine et la chirurgie.

L'ICR a connu deux systèmes antérieurs de conciliation. Le premier a vu la mise en place en 1995 d'un poste de médecin conciliateur (voir annexe 2).

En 1997, suite à l'ordonnance de 1996, l'ICR remplace cette simple conciliation médicale par une conciliation à 3 têtes : un médecin, qui reste le responsable officiel de la conciliation, l'infirmière générale et l'assistante sociale.

Ces 2 dispositifs avaient pour missions d'améliorer les relations avec les usagers par l'analyse des dysfonctionnements, l'émission de recommandations et l'instruction des réclamations médicales. Mais, au delà de ces compétences identiques aux missions actuelles de la commission, le terme de conciliation était employé au sens propre, le but ultime de ce dispositif étant d'éviter des recours par la transaction si nécessaire. Le médecin conciliateur de l'époque, le Pr. Cabarrot, a par ailleurs une place d'expert auprès des tribunaux.

Le système créé en 1997 a perduré en 1999. Il y a été mis fin en 2000 par le nouveau directeur de l'établissement :Pr. Daly Schweitzer.

Ainsi, le 1er février 2000, la commission a été mise en place sans représentants des usagers, absents du CA. Elle s'est réunie une fois en formation plénière le 18 septembre afin d'exercer ses compétences collégiales (voir annexe 3 pour sa composition et son fonctionnement)

Elle a connu 2 venues en permanences. Si le directeur a proposé à plusieurs reprises à des plaignants l'orientation vers le Dr.Mihura, médecin conciliateur titulaire, seuls deux ont accepté .

L'activité de la commission est donc récente et faible.

C) Les cliniques : les Cèdres et Pasteur

1°/ Clinique des Cèdres

Elle comprend 561 lits et 11 places, ce qui en fait la clinique la plus importante de France. Ces lits et places sont répartis entre les activités de médecine, chirurgie, psychiatrie et soins de suite et de réadaptation.

Avant 1997, il n'existait dans cet établissement aucune formalisation dans le traitement des réclamations. Les plaintes étaient traitées au coup par coup soit par le Président Directeur Général, soit par la directrice. Un certain nombre de plaintes qui n'avait pas d'aspect demande d'indemnisation ne recevaient aucune réponse.

En 1997, les réclamations sont centralisées au sein d'un bureau d'assurance qualité.

La commission a été créée le 4 mai 1999 et son règlement intérieur adopté par une réunion du 6 mai 1999 (voir annexe 3). Deux autres réunions en formation plénière ont eu lieu au titre de l'année 1999.

En 1999, la clinique a enregistré 48 plaintes et réclamations. La commission a eu à connaître de 6 demandes, dont 4 transmises par le directeur et 2 reçues en permanence (voir annexe 4).

Elle est composée des membres prévus par le décret mais n'a pas de représentant des usagers (voir annexe 3). Les trois médecins de la commission, c'est à dire les deux conciliateurs médicaux et le représentant de la CME, exercent chacun les missions de « conciliation ».

2°/ Clinique Pasteur

Elle a une capacité de 204 lits et 30 places en médecine et de 94 lits et 12 places en chirurgie.

La commission a été créée le 3 mai 1999 et ne s'est réunie en formation plénière que le 15 novembre 1999 afin de nommer le président et le vice-président et d'approuver le règlement intérieur.

Quant à sa composition, il est à noter que la commission connaît la présence d'un représentant des usagers en la personne d'un ancien magistrat, M. Jean Nayral de Puybusque, président de la commission d'éthique régionale.

Avant l'intervention de l'ordonnance de 1996, les questionnaires de sortie et réclamations par courrier étaient gérés par le service qualité animé par le médecin DIM : les affaires médicales donnaient lieu à un contact établi par le médecin DIM entre les médecins concernés et le patient ; les affaires administratives donnaient lieu à réponse par courrier au nom du directeur et les affaires infirmières donnaient lieu à intervention de la directrice des soins infirmiers qui se mettait en relation avec le cadre infirmier concerné. La directrice des soins infirmiers est aujourd'hui la représentante du personnel infirmier à la commission de conciliation.

En dépit de la création de la commission, le système de traitement des réclamations de l'établissement n'a pas été modifié .

La commission n'a reçu qu'une personne en entretien et sur la demande expresse de celle-ci et n'a reçu qu'une personne en permanence durant les deux années de « fonctionnement ». Sa mise en place est donc à un stade très « embryonnaire ».

Ces quatre établissements offrent une bonne diversité, tant dans leur physionomie que dans leur expérience en matière de médiation et le fonctionnement de leur commission de conciliation.

CHAPITRE 2 : LE MEDECIN CONCILIAEUR, UNE PLACE ET UN RÔLE DETERMINANTS

Le fait que le médecin conciliaeur fasse l'objet d'un article particulier du décret du 2 novembre 1998 (article R.710-1-7 CSP) et d'un traitement spécifique, au même titre que le directeur, par la circulaire du 1^{er} juin 1999 est révélateur du fait que celui-ci a une place et un rôle spéciaux.

En effet, s'il est un membre de la commission de conciliation, il a aussi certaines fonctions qui vont au delà de cette position. Il est l'interlocuteur privilégié des patients, et l'exercice de ce rôle particulier nécessite qu'il ait une certaine place au sein de l'établissement et certaines qualités.

I - UNE PLACE DE MEDECIN ET DES QUALITES PARTICULIERES

Si le conciliaeur est un médecin, ce n'est pas par hasard : il doit informer sur des faits à dimension médicale.

Au delà de cette place de médecin, le conciliaeur médical est aussi quelqu'un qui doit avoir un profil particulier pour exercer au mieux ses fonctions.

A) Une place de médecin

Cette place est nécessaire à un double titre : pour sa reconnaissance par ses pairs et par les usagers, mais aussi pour permettre l'accès au dossier médical.

1°/ la reconnaissance du médecin conciliaeur

Cette reconnaissance est nécessaire pour l'efficacité de son action : il ne peut être entendu, écouté et respecté dans sa démarche s'il n'est pas reconnu par ses pairs mais aussi par les usagers qu'il doit aider.

- L'appartenance du médecin à l'institution permet de légitimer sa place. Ainsi, dans les établissements étudiés, certains médecins conciliaeurs s'avèrent être présents dans

l'établissement depuis de nombreuses années : M.Suc (CHU de Toulouse) a fait une longue carrière dans l'établissement et avait des fonctions au sein de la CME lorsqu'il a été appelé à exercer le rôle de médiateur en 1996 ; M.Dubos (Clinique des Cèdres) est dans l'établissement depuis sa création et a une expérience soulignée par M.Espagno, président directeur général de la clinique.

M.Duclos considère que dans le cas d'un CHU, il faut que le médecin conciliateur soit un PU-PH (professeur d'université – praticien hospitalier), afin d'avoir une aura suffisante probablement.

Parfois, la légitimité est d'un autre ordre, comme pour le médecin conciliateur de la clinique Pasteur, M.Robinet, qui est un médecin cardiologue, activité phare de l'établissement, le médecin suppléant, M.Obadia, exerçant une activité médicale autre. La légitimité porte ici sur la représentativité du personnel médical de l'établissement. C'est pour cela que le médecin DIM, principal responsable dans cette clinique des réclamations et plus spécialement médicales, ne s'est pas vu attribué le rôle de médecin conciliateur : sa qualité de salarié semblait ne pas correspondre au profil exigé par l'établissement pour le médecin conciliateur.

L'avis de la CME sur le nom du médecin conciliateur permet de garantir cette reconnaissance.

L'appartenance à l'institution apporte en outre une bonne connaissance de son fonctionnement et de son personnel qui peut être utile à l'analyse et l'action. Elle permet sans doute au médecin d'être accepté lors des enquêtes qu'il doit mener en interne.

Mais deux limites existent : tout d'abord, il s'avère que ces enquêtes sont parfois difficilement vécues par le personnel ; elles peuvent parfois être ressenties comme une intrusion.

En second lieu, cette appartenance à l'institution ne doit pas paralyser l'action d'un médecin qui, par réflexe corporatiste, aurait quelques difficultés à demander des explications à ses confrères, ce qui se révèle plus vrai en établissement privé, où l'exercice libéral n'impose aucune relation hiérarchique, qu'en établissement public.

- La place déterminante du médecin conciliateur est aussi due à la reconnaissance que lui accordent les usagers venus se présenter devant lui.

En effet, il apparaît que le médecin est l'interlocuteur privilégié des usagers, même dans le cas où ils peuvent en avoir plusieurs. Il semble à cet égard que les patients « hiérarchisent les places des professionnels de santé », selon l'expression du Dr Espagno et s'adressent en priorité au médecin.

Pour autant, le médecin conciliateur n'est plus ici dans une position de soignant : ce n'est pas une relation soignant / soigné mais une relation communicant/ usager en demande de communication.

2°/ un accès au dossier médical

L'existence d'un conciliateur médical permet de faire l'interface dans les problèmes médicaux pour lesquels les directeurs qui ne sont pas médecin n'ont ni la qualification pour intervenir, ni le droit d'intervenir car ils ne peuvent avoir communication du dossier médical. En effet, seuls le médecin traitant et le médecin de l'établissement en charge du patient ont accès au dossier. Le conciliateur médical peut, lui, avoir accès au dossier du patient concerné par la conciliation, par autorisation écrite de ce dernier .

Il existe deux exceptions juridiques à « l'incapacité » du directeur : dans les établissements centre de lutte contre le cancer et dans les établissements militaires, la direction est assurée par un médecin. Or, ce médecin est considéré juridiquement comme le médecin traitant de tous les patients. Les autres médecins agissent sous sa délégation. Ce principe permet au directeur d'avoir accès à toutes les informations médicales désirées et nécessaires dans la gestion des réclamations d'ordre médical.

Le secret médical est une exigence de principe nécessaire . Les articles 4, 11, 12 et 13 du code de déontologie indiquent qu'il est un droit pour les patients et une obligation pour les praticiens qui ont le devoir de s'assurer de son respect par rapport à tout ce qui est porté à leur connaissance dans l'exercice de leur profession. Il a été institué dans un double intérêt : intérêt privé pour les patients relatif à la protection de leur intimité et de leur vie privée, et intérêt social de protection de l'ordre public.

Mais cette exigence de secret est dans la pratique mise à mal. Avec le développement de l'exercice collectif de la médecine (médecine de groupe, réseaux de soins) et avec le fonctionnement en équipes hospitalières, un partage des informations médicales s'est avéré incontournable. Est donc apparue la notion de secret partagé qui intéresse les médecins et autres personnels non médicaux qui sont appelés à traiter le patient. Cette notion est souvent invoquée par les représentants d'établissements lorsque l'on aborde leur accès aux informations médicales concernant des patients ayant déposé une réclamation. Mais il s'avère difficile de considérer en ce cas que le directeur ou PDG de l'établissement traite

médicalement le patient et détient la faculté d'accès au secret partagé. Un problème apparaît donc ici.

Cet obstacle est bien souvent levé par les patients eux-mêmes qui, dans leur courrier de réclamation adressé au directeur, font état des données médicales les concernant. Il apparaît que les patients sont très soucieux du respect du secret surtout lorsqu'ils ont une pathologie particulière, comme une pathologie psychiatrique par exemple, ou lorsque leur situation professionnelle ou familiale souffrirait de la révélation de leur état.

Il est intéressant de voir que les patients se rendant en commission peuvent parfois chercher à obtenir par ce biais leur dossier médical, soit qu'ils ignorent les modalités d'accès au dossier, soit qu'ils butent sur une résistance des médecins auprès desquels ils ont été amenés à faire cette démarche.

A cet égard, les permanences permettent d'informer les patients des modalités de communications des documents administratifs et de la possibilité de faire appel à la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) en cas de difficulté d'obtention de ces documents. Au delà elle permettent de demander au médecin conciliateur de jouer le rôle de l'intermédiaire médical dans l'accès au dossier.

Ainsi, au CHU de Toulouse, depuis sa création, cinq personnes se seraient présentées en permanence avec cette demande (voir annexe 7: *permanences au CHU de Toulouse: constats au bout d'un an*). Cette constatation se retrouve à l'institut Claudius Régaud où une patiente a ainsi eu accès à son dossier par l'intermédiaire du médecin conciliateur.

Aujourd'hui, le principe est que le dossier doit être communiqué par l'intermédiaire d'un praticien (article R.710-2-2 CSP). Mais l'avant-projet de loi sur la modernisation du système de santé prévoit que cet accès peut être direct et que « les établissements de santé mettent un accompagnement médical à la disposition des personnes qui le souhaitent lorsqu'elles demandent l'accès aux informations les concernant » (article I-B-7 de l'avant projet).

Ainsi, si tous les directeurs ne sont pas dans la même position face au secret médical, l'existence d'un intermédiaire médical dans le traitement des réclamations médicales est appréciable, d'autant plus qu'un médecin semblera plus facilement accepté dans ses interventions auprès des médecins qu'un « administratif ».

Au delà pour avoir une intervention efficace, le médecin conciliateur doit aussi avoir certaines qualités intellectuelles et humaines.

B) Un profil nécessaire à son action

Toutes les personnes rencontrées s'accordent autour des qualités intellectuelles et humaines nécessaires à l'exercice de cette fonction. Mais certains points sont eux moins consensuels : la position de retraite et la rémunération.

1°/ des qualités intellectuelles et humaines

Le conciliateur médical doit avant tout savoir écouter. Cette capacité d'écoute est nécessaire tant pour la communication avec les usagers qu'avec le personnel de l'établissement. Elle est aussi nécessaire pour, selon M.Duclos, comprendre les tenants et aboutissants d'une affaire.

Au delà le conciliateur médical doit avoir des capacités relationnelles parfois qualifiés de « bon contact » ou « amabilité » .

Il doit aussi avoir du recul ou de la sagesse. Cela peut notamment lui permettre de dédramatiser des situations parfois conflictuelles. Mais surtout, cela garantit sa neutralité, son impartialité et son indépendance d'esprit, corollaires indispensables à l'appartenance à l'institution.

2°/ retraite et rémunération en question

Le médecin conciliateur peut être un ancien praticien de l'établissement à la retraite. Cette situation, qui concerne dans les établissements concernés par ce mémoire, M.Suc et prochainement M.Dubos, qui devrait conserver cette fonction à sa retraite, apparaît avoir des avantages et des inconvénients.

Les avantages sont de l'ordre du recul et de la sagesse que l'on attribue à l'âge, du respect qu'ils inspirent, mais aussi de l'expérience. Cette position de retraite donne aussi une grande disponibilité au médecin pour l'exécution de son action et permet un certain détachement par rapport aux conflits : il ne se trouve plus de la même manière en porte-à-faux par rapport à des médecins qui sont des confrères.

Quant aux inconvénients, le fait d'être à la retraite entraîne une perte de certaines connaissances techniques, une « déconnexion avec l'évolution des idées » et une méconnaissance des rouages de l'établissement qui peuvent nuire à la bonne compréhension des situations.

L'idéal serait donc un jeune retraité ou un médecin bénéficiant d'un congé de fin d'exercice ou d'une cessation progressive d'exercice.

La rémunération de la fonction a été évoquée lors des entretiens menés. Seul un des médecins rencontrés perçoit une rémunération : il s'agit de M.Suc qui a un contrat d'expert.

Si « tout travail mérite sa peine » selon l'expression employée par divers interlocuteurs, il faut distinguer deux situations :

En premier lieu les médecins salariés ou les agents publics des établissements publics. Leur traitement couvre l'exercice de leur « art » mais aussi toutes les activités nécessaires au fonctionnement de l'établissement. Ainsi, le contrat de travail des médecins du centre anti-cancéreux Claudius Régaud prévoit-il que le médecin devra assumer des missions médicales et s'occuper de la gestion des affaires courantes de l'établissement, la conciliation relevant d'après M.Daly, directeur de cet établissement, de ces affaires courantes. Le salaire des médecins rémunère donc ce type d'actions.

Mais la question de la rémunération est plus problématique pour des médecins libéraux. Ceux-ci sont payés à l'acte et le temps passé à assumer cette fonction est autant de temps perdu en terme d'actes. Or, la fonction de médecin conciliateur demande une certaine disponibilité d'esprit sous peine d'être bâclée. L'avantage d'une rémunération serait ici d'éviter une certaine démotivation ou démobilisation si une motivation autre que l'intérêt du patient ou la qualité du service rendu par l'établissement apparaissait nécessaire.

Pour autant, dans le cas où le médecin libéral est aussi actionnaire de l'établissement, il est fortement concerné par le bon fonctionnement de l'établissement et toute action permettant d'assurer ce fonctionnement ou de connaître les dysfonctionnements fait partie de ses missions « naturelles », en dehors de toute rémunération.

Si ce profil est considéré comme nécessaire par les professionnels rencontrés, c'est en raison du type d'intervention que le médecin conciliateur doit effectuer : une rencontre avec des patients, ou leur ayant droits, afin de rétablir une communication rompue ou de répondre tout simplement à des interrogations.

II - UN ROLE DE « CONCILIATION » ET PARFOIS AU DELA

Le rôle du médecin conciliateur est évoqué par les textes : il est chargé de rencontrer les patients qui ont émis une réclamation d'ordre médical, « à l'exception des recours gracieux ou juridictionnels ». Au delà le médecin conciliateur apparaît comme pouvant porter un message auprès des professionnels afin de les sensibiliser aux diverses dimensions de la prise en charge des patients.

A) Un rôle de « conciliation » difficile à définir

Le médecin conciliateur n'a pas de pouvoir de transaction mais a le devoir de rencontrer les patients qui le souhaitent afin de leur apporter dans la mesure du possible les réponses à leurs questions. C'est un exercice qui peut s'avérer difficile car il demande au médecin conciliateur d'enquêter auprès des professionnels mis en cause afin de répondre aux interrogations des patients et cela sans se prononcer sur une quelconque responsabilité des praticiens et de l'établissement.

1°/ les étapes de l'intervention

Ces grandes étapes se retrouvent dans chacun des établissements étudiés, même si leurs modalités peuvent varier (Cf : annexe 5, les étapes de traitement des réclamations)

- **La prise de contact avec l'utilisateur :**

Elle peut intervenir en permanence ou en dehors de celle-ci.

Ainsi pour le CHU de Toulouse, 4 contacts ont eu lieu en permanence au titre de l'année 1999 : 1 demande d'informations a été satisfaite dès ce stade (demande relative aux voies de recours à l'encontre d'un établissement de santé) et 3 ont été orientées vers le médecin conciliateur. La clinique des Cèdres a enregistré 2 venues en permanence au titre de l'année 1999 qui n'ont pas connu de suites. Deux personnes se sont jusqu'à présent rendues à la permanence de l'ICR, dont une a été revue ultérieurement car elle demandait la communication et l'explicitation par le médecin conciliateur du contenu du dossier médical.

En dehors de ces quelques réceptions de réclamations dans le cadre de la permanence, les demandes sont transmises par la direction de l'établissement. Les modalités de prise de contact sont alors disparates : le Pr.Suc propose la conciliation par courrier, tout comme le Dr.Mihura à l'ICR, lettre accompagnée d'une demande écrite d'accès au dossier médical. Les médecins de la clinique des Cèdres explicitent la demande du patient ou de sa famille lors d'un premier entretien qui est aussi l'occasion d'obtenir une autorisation écrite d'accès au dossier médical si cela s'avère nécessaire.

- L'enquête auprès du personnel :

Elle permet d'obtenir les informations qui seront nécessaires pour renseigner le patient mécontent. Elle consiste généralement en une étude des documents relatifs à l'hospitalisation, une recherche des professionnels ayant été au contact du patient et une consignation des déclarations de ces professionnels.

L'examen des documents écrits peut être facilité s'il existe un dossier unique informatisé (ICR).

Les contacts avec l'équipe soignante, médecins et autres, peuvent être ici délicats car cette enquête peut être vécue comme une « intrusion », selon l'expression de M.Daly. Les qualités relationnelles du médecin et son aura auprès du personnel est ici déterminante pour éviter toute crispation.

Il est à noter que les contacts avec les soignants sont différents entre un établissement public et un établissement privé : dans un établissement public, généralement les interlocuteurs sont au premier chef le cadre infirmier et le chef de service. Ce sont eux qui seront chargés de faire la liaison avec le personnel du service qui a côtoyé le patient.

Dans un établissement privé, il n'y a pas de chef de service et de relation hiérarchique entre médecin. Le contact se fait donc directement avec chaque médecin concerné.

- L'entretien :

Il peut, dans la pratique, prendre diverses formes : entretien en tête à tête médecin conciliateur/ plaignant, entretien avec le médecin conciliateur mais aussi l'équipe soignante : cette dernière forme d'entretien est appelée « **confrontation** ». Cette possibilité est systématiquement proposée au CHU de Toulouse . Lorsqu'elle n'est pas proposée, elle est souvent demandée : elle a été réclamée une fois, sur deux entretiens depuis le début du fonctionnement de la commission à l'ICR ; elle a eu lieu dans les deux cas qui se sont présentés à la clinique Pasteur, une fois à l'initiative du médecin conciliateur et une à la demande de la famille, et elle a été pratiquée à une reprise à la clinique des Cèdres sur un total de 6 affaires au titre de l'année 1999.

A l'origine de cette demande il y a une inexistence ou une insuffisance de communication au sein du « service ».

Cette mise en relation apparaît nécessaire, d'autant plus que certains plaignants font appel à la conciliation avant toute sollicitation du personnel soignants concerné. A cet égard, le CHU de Toulouse propose même aux réclamants comme première alternative une rencontre directe avec le chef de service et le médecin qui a pris en charge le patient (Cf : annexe 6) mais sur environ 80 affaires, elle n'a été souhaitée que 3 fois. La présence du médecin conciliateur est donc préférée puisque l'entretien en sa présence représente 32% des entretiens.

La confrontation a certains avantages : en premier lieu, elle permet de satisfaire le besoin des patients désireux d'obtenir un entretien direct avec les soignants, en présence d'un tiers si elle a lieu avec le médecin conciliateur. En second lieu, elle peut être « un exercice de communication » très formateur pour les professionnels.

Au titre de ses inconvénients, on peut noter qu'elle peut être pénible pour les professionnels car elle stigmatise le fait qu'ils n'ont pas su gérer une situation.

Outre les membres de l'entretien, des questions qui peuvent paraître annexes semblent en réalité importantes : le but de la conciliation est de permettre l'expression des questionnements des patients. Les relations établies avec eux dans ce cadre doivent dépasser le colloque singulier soignant/ soigné. La localisation de l'entretien n'est donc pas neutre. Il est préférable qu'il se déroule hors des locaux médicaux. La plupart des établissements choisissent de tenir ces entretiens dans les bureaux administratifs qui sont dans le meilleur des cas dans un bâtiment séparé des locaux de soins (clinique des Cèdres) et parfois sur un site géographiquement différent (dans le cas des entretiens sans les médecins concernés au CHU de Toulouse, les entretiens avec les médecins se faisant irrégulièrement dans ou hors du service). La localisation hors services médicaux permet de rajouter à l'impartialité de la fonction du médecin conciliateur.

De plus, l'équilibre de l'entretien réside souvent pour les usagers dans la présence à leur côté d'une personne. Il s'agit la plupart du temps d'un membre de la famille ou d'un ami.

- Les suites :

S'il y en a, cela peut être un autre entretien si cela s'avère nécessaire (7 entretiens pour 4 réclamations à la clinique des Cèdres) ou une transmission à la direction pour traitement avec l'assurance (3 dossiers sur 25 au CHU).

Le rôle du médecin conciliateur est très important pour l'établissement et le directeur car ce dernier ne pourrait pas mener personnellement l'instruction des dossiers et les entretiens

avec le personnel avec autant d'efficacité que le médecin conciliateur. En effet, au delà de la question de l'accès au dossier médical, le représentant légal de l'établissement serait handicapé dans ses contacts avec les soignants par son statut d'administratif (à l'exclusion des établissements dont la direction est assurée par un médecin) et d'employeur. La méfiance à son égard ne peut être que plus forte.

2°/ l'étendue des pouvoirs du médecin conciliateur

Le rôle du médecin conciliateur mérite d'être développé. Pour évaluer l'étendue de ses pouvoirs, il apparaît nécessaire en premier lieu de voir ce qu'il n'est pas, à la lumière des textes et de la pratique rencontrée.

- Le médecin conciliateur n'est ni un expert, ni un conciliateur au sens strict, ni un juge.

L'expert est chargé d'examiner pour le compte d'un juge des questions techniques. Il examine l'opportunité et les conditions de réalisation d'un acte médical ou de soin. Or, le médecin conciliateur doit porter un regard humain et non point technique sur les différends qui lui sont soumis. L'ancien médiateur médical de l'ICR, expert auprès des tribunaux, procédant dans l'ancienne formule de « médiation » à des transactions, n'a d'ailleurs pas été reconduit dans ses fonctions dans la nouvelle formule issue du décret de 1998 car « l'expertise est un autre métier »²¹.

Cet aspect est conforté par le fait que le médecin conciliateur ne peut en aucun cas se prononcer sur la responsabilité des praticiens et de l'établissement. En effet, l'article L 124-2 du code des assurances prévoit que « l'assureur peut stipuler qu'aucune reconnaissance de responsabilité, aucune transaction intervenue en dehors de lui, ne lui sont opposables ». Cette clause d'interdiction de reconnaissance de responsabilité, intégrée au contrat d'assurance, rendue que licite mais non obligatoire par la loi, s'impose à l'assuré. Cet assuré est l'établissement hospitalier, personne morale, mais l'obligation s'étend à tous les collaborateurs de l'hôpital lorsqu'ils ont agi dans le cadre de leur fonctions hospitalières²². Toute reconnaissance de responsabilité, comme toute transaction, intervenue en dehors de l'assureur lui est inopposable.

Le risque est d'autant plus important pour un établissement que les critères juridiques d'engagement de la responsabilité sont complexes et que le sentiment pour un praticien d'être responsable peut ne pas trouver d'écho sur un plan juridique.

²¹ Expression employée par M .Daly, directeur de l'ICR.

²² Circulaire DH/ AF1/ 99/ n°317 du 1^{er} juin 1999.

Le CHU de Toulouse s'est déjà retrouvé devant une telle situation où une reconnaissance de responsabilité a été ultérieurement désavouée par le juge. Dans un mémoire en défense lors d'une affaire, la direction de l'établissement – et non un praticien isolé – avait reconnu la responsabilité de l'établissement. Le juge n'a en fait pas retenu la responsabilité. Ainsi, même une direction des affaires juridiques avertie peut mal évaluer la réalité de la responsabilité de l'établissement.

Enfin, le médecin conciliateur n'est pas non plus juge et ne prend donc pas de décision en qualité d'arbitre.

- Il doit donc dans ces limites exercer un certain nombre d'actions d'information et de communication.

En effet, un grand nombre des réclamations a pour origine un problème de communication : à la clinique des Cèdres, 35 réclamations sur 48 enregistrées par la direction sont des demandes d'information (Cf : analyse du registre des plaintes et réclamations pour l'année 1999 : annexe 4); au CHU de Toulouse, les défauts de communication représentent 71% des réclamations transmises au médecin conciliateur (informations contradictoires, informations médiocres ou nulles, absence de soutien psychologique des soignants, problèmes relationnels et discriminations).

Ainsi, le médecin conciliateur doit permettre de réengager la communication et doit informer les patients. C'est l'objectif assigné aux **entretiens avec les plaignants**. Ceux-ci se déroulent généralement en deux temps : un premier temps d'écoute des patients et/ou de leur famille. Ce moment permet au conciliateur d'entendre un récit et des réclamations dont il a eu, ou non, connaissance par courrier et de demander les précisions nécessaires. Cette verbalisation apparaît parfois déterminante car certains patients semblent prioritairement rechercher un interlocuteur qui prenne le temps de les écouter et qui porte attention à leur souffrance.

Dans un deuxième temps, il répond aux interrogations à partir de l'enquête qu'il a pu mener. S'il ne peut pas reconnaître la responsabilité de l'établissement, le code des assurances précise (article L 714-4) que « l'aveu de la matérialité d'un fait ne peut être assimilé à une reconnaissance de responsabilité ». Il peut donc dire les faits, mais rien que les faits.

Pour exercer cette mission, il doit d'abord faire la part des choses entre le ressenti du patient ou de sa famille et le ressenti de l'équipe soignante. Il doit donc procéder à une analyse de la situation qui lui est soumise, en évaluer tous les tenants et aboutissants. Cette liberté d'analyse constitue sa première prérogative. Elle explique que le bon sens et la sagesse soient des qualités recherchées chez un médecin conciliateur.

En réalité, l'exercice peut s'avérer délicat car la reconnaissance matérielle des faits peut parfois induire par voie de conséquence une responsabilité. Son intervention en terme d'information n'est donc pas minime.

L'entretien donne lieu à la rédaction d'un rapport ou compte-rendu plus ou moins détaillé selon les établissements et qui fait au minimum état des demandes des réclamants, de la discussion engagée sur ces demandes et de la satisfaction ou non satisfaction du patient quant aux explications apportées. On peut regretter, même si l'entretien a conclu à la satisfaction du patient ou de sa famille, que ces derniers n'en soient pas automatiquement destinataires.

L'information sur les voies de recours gracieux et juridictionnels n'est pas automatique. En effet, la circulaire du 1^{er} juin 1999 place cette mission dans le cadre de la permanence. Elle est donc de la responsabilité de l'ensemble des membres. Cette information s'avère parfois donnée aux plaignants en dehors de ce strict cadre, c'est à dire lors des entretiens, mais pas toujours. Il y a pour certains une réticence à donner des informations qui semblent pouvoir se retourner contre l'établissement. Cette réaction est emblématique de la difficulté à se positionner en terme de neutralité.

Le médecin conciliateur a comme mission, à côté de sa rencontre personnelle avec les usagers mécontents, de « **mettre en relation les acteurs concernés**, notamment le chef de service, un cadre infirmier, le directeur... »²³. Cette mission incombe à tous les membres de la commission. Mais le médecin conciliateur apparaît en première ligne dans la mise en relation avec les médecins de l'établissement.

C'est un exercice très difficile pour les soignants et médecins car les patients attendent souvent d'eux, outre des informations, qu'ils admettent des dysfonctionnements lors de leur prise en charge ou des erreurs comportementales²⁴. La charge des propos ne pèse alors plus sur le médecin conciliateur.

Comme le précise M.Duclos, tout ce qui est dit à ce moment n'est pas opposable à l'établissement. Mais sur un plan financier, cela peut être problématique car, même en l'absence de responsabilité effective de l'établissement, tout dossier implique un coût de gestion que M.Duclos évalue à 20 000F minimum.

²³ Circulaire précitée.

²⁴ En témoigne un entretien avec une personne passée en conciliation au CHU de Toulouse qui disait vouloir que les soignants « reconnaissent leurs erreurs ».

Pour autant, il ne semble pas que les patients qui viennent en commission soient animés par un désir de réparation sous-jacent même dans le cas où ils souhaitent obtenir une certaine reconnaissance à travers des excuses des soignants. Ce risque financier apparaît dès lors limité.

Deux garde-fous sont nécessaires afin de ne pas détourner la confrontation de son objectif de rétablissement de la communication : en premier lieu, les demandes même sous-jacentes d'indemnisation ne doivent pas être transmises au médecin conciliateur, tri qui est de la responsabilité de la direction pour les réclamations écrites et des « permanenciers » dans le cadre de l'enregistrement de demandes en permanences.

En second lieu, le médecin conciliateur ne doit pas utiliser cette formule s'il sent chez les plaignants une forte animosité envers les soignants ou chez les soignants une inflexibilité qui rendrait impossible toute discussion. Cela peut éviter que l'entretien ne tourne au pugilat. Cette appréciation est importante ; elle est une prérogative essentielle du médecin conciliateur.

A côté de ce rôle « curatif » dévolu au médecin conciliateur, son action peut revêtir une dimension préventive.

B) Un sensibilisation des agents de l'établissements

Cette sensibilisation peut être menée au cours de la procédure lors du traitement d'affaires ou résulter d'actions précises à but pédagogique.

1°/ une sensibilisation en cours de procédure

Le règlement de différends et les contacts qui s'établissent dans ce cadre entre le médecin conciliateur et les soignants est l'occasion d'une révélation de défauts de fonctionnements de l'établissement. Les professionnels rencontrés et tout particulièrement les représentants légaux des établissements voient en la commission de conciliation et en l'intervention du médiateur médical un important moyen d'évaluer ces dysfonctionnement et d'y apporter les mesures correctrices.

Le médecin conciliateur n'a pas de pouvoir de sanction à l'encontre des professionnels de l'établissement, ce qui est d'ailleurs bien heureux car il serait totalement discrédité dans son action si ses investigations s'apparentaient à un contrôle. Mais il envisage lors de l'exercice de ses missions l'ensemble des conditions d'accueil du patient et de ses proches. Cela lui

permet d'avoir une vision globale du fonctionnement de tel ou tel service. Dans ce cadre, il est intéressant qu'il fasse part de ses réflexions aux médecins et soignants concernés pour envisager ensemble les corrections possibles.

De plus, le travail de communication qu'il engage avec les patients et leur famille est un exemple de conduite à tenir qui peut faire écho.

Cet impact du médecin conciliateur en terme de sensibilisation n'est pas négligeable, à l'image du Pr. Suc qui, selon M.Duclos, « donne le bon exemple » en travaillant en binôme avec une infirmière cadre, chose qui sera évoquée plus loin et il a pu avancer des recommandations notamment relatives à la physionomie des locaux ou au matériel.

De même, le seul entretien mené jusqu'à présent à la clinique Pasteur a donné lieu à la création d'un document d'alerte à l'attention de certains patients, ceci à la demande expresse de la famille, afin qu'ils décèlent la survenance de problèmes relatifs à leur maladie en fonction de certains symptômes.

L'évaluation de l'impact de l'action du médecin conciliateur sur les professionnels qu'il rencontre est difficilement quantifiable. Mais l'utilisation par le conciliateur de sa mission de conciliation et de ses contacts avec les soignants dans le but d'améliorer pour le futur la prise en charge des patients dans les services dont ils ont eu à se plaindre est très importante. Elle dépendra en grande partie de la qualité des relations établies entre le médecin conciliateur et les médecins et para-médicaux, mais aussi de l'esprit d'initiative du médecin conciliateur.

A cet égard, on peut remarquer que le retour d'information auprès des services est très inégal : ils ne sont pas toujours destinataires des comptes rendus d'entretien.

2°/ des actions pédagogiques.

Elles apparaissent rarement de la responsabilité du médecin conciliateur, mais elles peuvent avoir été facilitées ou décidées du fait de ses observations.

Au titre des actions directes par le médecin conciliateur, on notera le rôle important de M. Suc dans la politique de formation du CHU de Toulouse qui conduit des conférences à destination des professionnels de santé ou du public et participe à l'organisation de séminaires de communication. Divers thèmes y ont été abordés: l'information, le consentement, les droits des malades, le fonctionnement de la commission de conciliation...

Mais la plupart du temps, c'est le service Qualité qui est responsable des actions de communication et le service Ressources Humaines de la politique de formation. Parfois, le service Qualité a en charge la formation particulière du personnel à la communication et aux droits des malades.

Ces services peuvent avoir une liaison avec la commission de conciliation. Ainsi, les commissions de conciliation de la clinique des Cèdres et de l'ICR ont un membre par ailleurs responsable de la qualité (la représentante du personnel infirmier pour la première et le médecin conciliateur pour la deuxième). De même, la représentante du personnel infirmier à la commission de conciliation de la clinique Pasteur assume aussi les fonctions de directrice des ressources humaines et de représentante du représentant légal de l'établissement à la commission de conciliation.

Ces doubles ou triples responsabilités démontrent un certain pragmatisme de la part des établissements et un sens aigu de la rationalisation des fonctions. Mais elles illustrent aussi le fait que le médecin conciliateur, s'il a un rôle déterminant, n'est pas forcément l'élément solitaire et dominant de la commission de conciliation.

CHAPITRE 3 : UNE ACTION LOIN D'ETRE SOLITAIRE

Les médecins conciliateurs exercent leurs missions en étroite collaboration et cela à double titre.

En premier lieu, si la direction ou le représentant légal de l'établissement n'intervient pas dans l'exercice des missions du médecin conciliateur, en temps que responsable des réclamations, il est en relation constante avec celui-ci.

En second lieu, il apparaît en pratique que certains membres de la commission de conciliation accompagnent le médecin conciliateur dans l'exercice de ses missions.

I - DES RESPONSABLES DES RECLAMATIONS RECONNUS

Si les médecins conciliateurs ont un rôle à jouer dans la gestion des réclamations, le directeur est bien reconnu comme le seul responsable des réclamations au sein de l'établissement, par les textes comme par les professionnels.

A) Un rôle fort du représentant légal de l'établissement

Le rôle du directeur, mais aussi de l'assureur de l'établissement, est affirmé par les textes. Au delà le représentant légal apparaît comme un moteur de la commission de conciliation.

1°/ un rôle affirmé par les textes

La circulaire du 1^{er} juin 1999 relative à la commission de conciliation ne consacre pas par hasard une partie de son développement au représentant légal de l'établissement. En effet, s'il n'assiste qu'avec voix consultative aux réunions de la commission de conciliation, il reste responsable de la gestion des plaintes au sein de l'établissement.

A ce titre, il lui appartient de :

- Recevoir par écrit les réclamations des patients et les consigner sur un registre accompagnées des réponses qui y sont faites. Le décret relatif à la commission de conciliation prévoit qu'il est chargé de retranscrire les demandes formulées par oral. A cet égard, on notera qu'en pratique les réclamations enregistrées à la permanence sont

reportées dans un registre des réclamations et transmises à la direction ce qui permet d'établir un registre commun. Ainsi, l'activité de la direction en matière de réclamations et l'activité de la commission de conciliation sont rapportées dans un document commun : le document annuel d'analyse du registre des plaintes à la clinique des Cèdres et le rapport d'activité de la direction des affaires juridiques au CHU (Cf : annexe 4).

- Tenir ce registre à la disposition des membres de la commission qui peuvent le consulter dès qu'ils le souhaitent.
- Informer la commission « du nombre, de la nature et de l'issue des recours gracieux ou juridictionnels mettant en cause les établissements de santé ».
- Présenter à la commission les résultats de l'analyse des observations des patients figurant dans les questionnaires de sortie annexés au livret d'accueil de l'établissement ainsi que les résultats de toute autre enquête concernant l'évaluation de la satisfaction des patients.

Ces deux dernières sources de connaissance lui donnent un rôle majeur dans l'analyse des dysfonctionnements de l'établissement. Il est en quelque sorte , le « gardien des données », selon l'expression du Dr.Mihura.

Ces données sont importantes pour qu'il mette en œuvre la politique de qualité à l'hôpital.

2°/ des pouvoir vis à vis de la conciliation médicale

Le représentant de l'établissement apparaît être un moteur pour la conciliation médicale pour trois raisons :

- En premier lieu, il est chargé de l'application de la réglementation donc est à l'initiative de la mise en place de cette commission. L'immobilisme ou au contraire la détermination du directeur sont fondamentales ; en témoigne l'irrégularité dans le respect du décret du 2 novembre 1998 qui fixait le délai de constitution de la commission de conciliation à 6 mois à partir de sa publication.
Ainsi, la commission de conciliation de l'ICR a vu sa création engagée par le nouveau directeur arrivé courant 1999.
- En deuxième lieu, le directeur fixe la liste nominative des membres de la commission et désigne le médecin conciliateur. Il apparaît d'ailleurs le plus souvent à l'origine des noms évoqués.

Dans l'ensemble, la nomination du médecin conciliateur par le représentant légal de l'établissement ne paraît pas poser de problème. La CME étant consultée, le médecin jouit la plupart du temps de l'autorité nécessaire à son intervention auprès de ses confrères.

- En dernier lieu, le directeur apparaît être le « prescripteur » du médecin conciliateur. En effet, il trie les réclamations qui sont de sa compétence et celles relevant du médecin conciliateur, les demandes d'indemnisation étant exclues quelque soit leur origine.

La plupart du temps, l'appréciation du champ de compétences du médecin conciliateur s'avère large. En effet, il ne se réduit pas aux différends d'ordre médical.

Ainsi, le directeur de l'ICR entend soumettre au médecin conciliateur tout ce qui est « fonctionnel », c'est à dire toutes les réclamations relatives à l'accueil, la médecine, l'hygiène. Il ne conserve pour sa part que les questions purement techniques (logistique, matériel).

Les médecins de la clinique des Cèdres ont eu pour leur part à traiter des réclamations médicales et paramédicales mais aussi des défauts d'organisation de services et des problèmes relationnels.

De même, le règlement intérieur de la commission de conciliation du CHU de Toulouse prévoit l'orientation vers le médecin conciliateur des affaires médicales mais aussi paramédicales et, en pratique, la conciliation a eu à s'intéresser à la dimension accueil de la prise en charge, à l'environnement du patient dans son ensemble.

Une stricte distinction des affaires médicales, des affaires paramédicales ou de l'accueil s'avèrerait, même si le représentant légal de l'établissement souhaitait la faire, totalement inopérante. En effet, les reproches faits dans la prise en charge mêlent le plus souvent les différents aspects de cette prise en charge (Cf : annexe 4 : les motifs de réclamation au CHU de Toulouse et l'analyse du registre des plaintes de la clinique des Cèdres).

A moins de concevoir le champ de compétences du médecin conciliateur de manière restrictive, comme le directeur de la clinique Pasteur qui considère que son rôle est d'intervenir dans les affaires compliquées ou celles pour lesquelles le recours à la commission est demandé expressément par les patients, le domaine d'intervention du médecin conciliateur ne peut être que plus étendu que celui prévu par les textes. Les réclamations sont rarement uniquement médicales. Elles comportent souvent de multiples critiques : relatives aux soins médicaux, aux interventions du personnel soignants, à l'accueil au sein du service, etc. Si l'on souhaite ne transmettre au médecin conciliateur que les réclamations médicales, il faut soit éliminer celles qui sont mixtes, soit ne faire intervenir le médecin que sur l'aspect médical des réclamations mixtes. En ce cas, il devra opposer une fin de non recevoir aux patients qu'il rencontrera en entretien sur les aspects non médicaux ou relationnels et renvoyer sur ces questions les patients à d'autres interlocuteurs (le personnel paramédical qui est intervenu, par exemple). Le fait de découper ainsi les réclamations et multiplier les intermédiaires apporte un confort minimum pour les usagers et rend moins efficace et globale l'action de « conciliation ».

Pour autant, le directeur reste le seul compétent pour se prononcer sur les aspects purement administratifs et financiers de la réclamation.

Cette place du représentant de l'établissement explique que des liaisons existent avec le conciliateur médical tout au long de son intervention.

B) Des liaisons pour une collaboration constante

Ces liaisons avec le représentant légal sont naturelles, même si elles apparaissent plus ou moins formalisées.

Au delà une particularité du CHU de Toulouse est qu'il existe une liaison avec l'assureur.

1°/ la communication avec le représentant légal

Le directeur est informé de l'intervention du médecin conciliateur au minimum par un compte rendu d'entretien. C'est un écrit que l'on retrouve dans tous les établissements de santé observés. Le directeur est d'ailleurs en cela privilégié par rapport aux patients et professionnels concernés car ces derniers ne sont pas toujours destinataires des comptes rendus.

Il est parfois informé tout au long de la procédure : résultat de l'enquête, date du rendez-vous avec le patient...Ce sont des informations orales en général.

Ces informations ne sont pas anonymisées, étant donné que le directeur doit enregistrer les résultats des réclamations. Elles contiennent les informations médicales lorsque le problème est relatif à l'aspect médical de la prise en charge. Cela nous renvoie aux problématiques du secret médical et du secret partagé.

2°/ la collaboration avec l'assurance

Elle existe au CHU de Toulouse. En effet, le médecin expert de la compagnie d'assurance, après avoir réalisé sa propre enquête, suggère parfois que le médecin conciliateur soit saisi. Il peut lui apparaître durant ces enquêtes que le différend relève plus d'une intervention du médecin conciliateur, d'une action de communication de sa part, que d'une transaction.

A l'inverse, si le médecin conciliateur se rend compte lors de l'enquête que la responsabilité de l'établissement peut être engagée, l'affaire est « récupérée » par la direction des affaires juridiques et le rapport du médecin conciliateur peut être transmis à l'assureur.

Le but est donc pour chacun d'admettre les limites de sa compétence et de reconnaître celle de l'autre. Pour autant, le compte-rendu du médecin conciliateur ne doit pas être utilisé comme un rapport d'expertise. Comme il a été dit précédemment, il n'a rien d'un expert et ne se présente pas comme un technicien.

Au delà l'instauration au CHU de Toulouse d'une procédure de conciliation et avant cela d'une procédure de médiation s'est traduite, selon l'assureur de cet établissement, par une diminution des déclarations de sinistres.

Le représentant de l'établissement n'est membre qu'avec voix consultative mais a un rôle en pratique très important. A côté, les membres en titre de la commission de conciliation sont cantonnés à bien des égards dans un « rôle d'observation »²⁵ qui fait dire à M.Daly qu'elle a un rôle « décoratif » et à M.Duclos que le médecin conciliateur est « la pièce maîtresse du dispositif ». En effet, leur seul contact en principe avec les usagers peut avoir lieu dans le cadre des permanences.

Il apparaît en réalité que le médecin conciliateur est souvent accompagné dans ses missions par d'autres membres qui s'avèrent avoir une place loin d'être négligeable.

²⁵ Cf : circulaire du 1^{er} juin 1999 relative à la commission.

II - UN ROLE INEGAL DES AUTRES MEMBRES DE LA COMMISSION

Certains membres autres que le médecin conciliateur ont une place importante dans la commission de conciliation. Il s'agit des représentants du personnel infirmier, les autres membres étant voués à un rôle secondaire.

A) Des cadres infirmiers pivots de la commission

Ils peuvent l'être sur deux plans : en premier lieu car ils participent aux fonctions du médecin conciliateur et, en second lieu, car ils ont une place particulière au sein de l'établissement.

1°/ leur participation aux missions de « conciliation »

Au delà des textes qui réservent les entretiens avec les usagers au seul médecin conciliateur, ces missions s'exercent souvent en tandem.

Ce tandem ou binôme, selon l'appellation choisie, associe le médecin conciliateur et le représentant du personnel infirmier. Ainsi, Melle Martin et sa suppléante accompagnent-elles les médecins de la clinique des Cèdres tout au long de la procédure : elles effectuent l'enquête auprès du personnel infirmier en s'adressant prioritairement au cadre infirmier du service et elles participent à l'entretien. Le compte-rendu est rédigé en commun par le médecin et la représentante du personnel infirmier.

Il est à noter que, dans cet établissement, plusieurs entretiens peuvent avoir lieu pour un même patient. Il sera toujours mené par la même équipe.

De plus, les permanences sont aussi menées en tandem médecin/ infirmier.

Le CHU de Toulouse met en place un système équivalent à la différence près que les permanences ne sont pas menées par le tandem médecin/ infirmier - ni par un autre tandem – et que le compte-rendu d'entretien est en fait double : un rapport du médecin conciliateur sur l'aspect médical et un rapport de Mme Massard sur la prise en charge paramédicale. Elle communique d'ailleurs ce rapport à la directrice des soins infirmiers .

Ce fonctionnement semble tout à fait logique. En effet, si le médecin conciliateur est nécessaire dans un contact avec le personnel médical, un cadre infirmier est un bon interlocuteur pour le personnel infirmier. Les affaires demandent une appréciation globale de la prise en charge ; l'association des compétences apparaît donc bénéfique. Au delà les cadres infirmiers sont reconnus comme ayant une excellente connaissance du

fonctionnement de l'établissement et du personnel dans son ensemble. Ils sont eux-mêmes bien connus du personnel comme des interlocuteurs repérés.

On peut regretter que le tandem du CHU ne pousse pas la logique jusqu'à établir un rapport commun. Le but étant de travailler ensemble afin de pouvoir évaluer toutes les dimensions de la prise en charge dans leur globalité, il ne faut pas créer une dichotomie entre la prise en charge paramédicale et la prise en charge médicale. En effet, elles obéissent à une exigence commune qui est l'un des vecteurs de l'action des conciliateurs : l'amélioration de la communication.

S'il est logique, ce fonctionnement nous amène à nouveau à nous interroger sur la dimension du secret médical. En effet, les entretiens sont souvent l'occasion d'évoquer les données médicales relatives au patient. A cet égard, il faut rappeler que l'article R 710-1-10 CSP dispose que « conformément aux dispositions de l'article 226-13 du code pénal, les membres de la commission sont tenus par l'obligation de secret professionnel ». Le représentant du personnel infirmier est donc contraint par deux limites :

- Le délit de violation du secret professionnel qui « peut aussi bien être commis par un infirmier que par un représentant des usagers qui révélerait une information à un tiers » selon Isabelle Lucap-Baloup²⁶, à la différence près que dans les cas évoqués ici, les autres membres de la commission de conciliation n'ont accès qu'à des informations anonymisées, ce qui change considérablement la donne.
- La réglementation quant à l'accès au dossier médical interdit au représentant du personnel infirmier à la commission de conciliation de consulter le dossier médical.

2°/ leur appartenance à des secteurs pivots de l'établissement

Les cadres infirmiers cités précédemment ne font pas qu'accompagner les médecins conciliateurs dans leurs recherches et leurs contacts avec les usagers. Ils ont aussi une appartenance à certains services de l'établissement qui permet d'assurer une intégration de la conciliation à une politique plus globale.

²⁶ Lucas-Baloup I, *Commission de conciliation à l'hôpital public et privé en 40 questions*, Evreux, SCROF, 1999, p.14.

Ainsi, Melle Martin est responsable du service qualité de la clinique des Cèdres. A ce titre :

- Elle est responsable de la gestion des risques qui consiste en la gestion des « évènements sentinelles » et des évènements indésirables. C'est à elle que le personnel doit déclarer l'existence de tels évènements et c'est à elle de prendre les mesures nécessaires au rétablissement de la normalité.
- Elle est devenue responsable de la gestion du registre des plaintes. A ce titre, elle encode et anonymise les informations, et analyse le registre des plaintes. Une des fonctions du directeur évoquée dans la circulaire de 1999 relative à la commission a donc été déléguée.
- Elle analyse les questionnaires de sortie de l'établissement.
- Elle participe à la préparation à l'accréditation, met en place les protocoles et vérifie leur bonne utilisation.

Sa participation à la commission de conciliation semblait donc évidente dans la mesure où c'est son service qui devra corriger les dysfonctionnements révélés dans le cadre de la conciliation et mettre en œuvre les recommandations de la commission. Cette liaison s'intègre à une politique de gestion de la qualité.

Le CHU de Toulouse nous offre un autre exemple de liaison de la commission avec un service de l'établissement. Là le choix a été fait de rattacher la commission, par le biais de la représentante de la commission des soins infirmiers, au service des affaires juridiques. Il y a donc ici une gestion unifiée des réclamations.

Mme Massard est à la fois présidente de la commission de conciliation, représentante du personnel infirmier et membre des affaires juridiques du CHU. Cette dernière appartenance s'explique par le fait qu'elle est titulaire d'un doctorat en Droit et d'un DESS de droit de la santé.

Au sein de la cellule « affaires juridiques », elle voit passer toutes les réclamations et peut donc en avoir une vue globale. Sa formation juridique lui permet en outre d'informer le plus précisément possible les plaignants des voies de recours et conciliation dont ils disposent.

Sa nomination comme présidente de la commission de conciliation est révélatrice de la place qu'elle occupe au sein de cette instance.

Ce n'est donc pas toujours le médecin conciliateur « la pièce maîtresse du dispositif » mais parfois le tandem médecin/ représentant du personnel infirmier.

En dehors de cette place spéciale des représentants infirmiers, les autres membres apparaissent en retrait.

B) Une place des autres membres effacée

Certains membres n'appartiennent pas forcément à la commission de conciliation : les représentants des usagers ne sont obligatoirement présents que dans les établissements publics ; les établissements privés et l'établissement PSPH étudiés n'en disposaient d'ailleurs pas - à l'exception de la clinique Pasteur - même si certains en manifestaient la volonté.

En dehors de cette forte limitation de la place de la représentation des usagers, le rôle des membres de la commission autres que les médecins conciliateurs est limité à double titre : leurs contacts avec les usagers sont restreints voire inexistant, et leur place d'observateur et de force de proposition est aléatoire.

1°/ un contact faible avec les usagers

La commission de conciliation a comme intérêt de permettre de répondre aux interrogations et besoin des usagers ou clients, selon l'établissement, en offrant des lieux de parole avec eux.

Ces lieux sont de deux ordres : les permanences et les entretiens. Or, les seconds apparaissent réservés par les textes au médecin conciliateur. Les seuls contacts possibles pour les autres membres avec les usagers sont alors les permanences. Ceci est une première limitation textuelle à l'activité des autres membres de la commission.

Les **permanences** sont décrites par la circulaire du 1^{er} juin 1999 comme des lieux d'écoute permettant la mise en contact avec les professionnels pouvant intervenir pour répondre aux interrogations (directeur, médecin conciliateur, médecin du service...), des lieux d'information sur les voies et délais de recours, mais pas comme des passages obligés de traitement des réclamations. Elles sont un choix des usagers et non un lieu obligé.

Ces permanences ont une tenue hebdomadaire et leur existence est communiquée aux patients par la voie de l'affichage dans les services et du livret d'accueil.

Or, les permanences ont une **activité faible**, ce qui réduit d'autant les contacts possibles.

Ainsi, depuis le 1^{er} février 2000, date du début du fonctionnement de la commission de l'ICR, seules deux personnes s'y sont rendues. De même, le CHU de Toulouse a reçu à ce titre 12 personnes depuis septembre 1999, date de début de son fonctionnement et la clinique des Cèdres en a accueillies deux au titre de l'année 1999.

Le contact avec les usagers peut être réduit par une pratique très regrettable qui consiste à ne faire participer à la permanence que certains membres, soit parce que ceux-ci s'avèrent plus disponibles et que l'on fait donc reposer ce qui est ressenti comme une charge sur les épaules du professionnel que cela semble déranger le moins, soit au contraire que l'on

préfère mettre au contact des usagers les membres de la commission jugés les plus compétents pour répondre aux interrogations des usagers. Ces pratiques diminuent de fait la place de certains membres. Si l'on entend mettre au contact de l'utilisateur un professionnel particulièrement compétent pour aborder les sujets que les usagers soulèvent, rien n'empêche de le mettre en tandem avec un autre membre jugé moins technicien mais qui pourra apporter un autre type d'accompagnement et d'écoute, par exemple un représentant des usagers.

Par ailleurs, les principales questions techniques censées être abordées lors de ces permanences sont des questions juridiques : l'information sur les voies et délai de recours. Sur ce sujet, une formation commune de tous les membres de la commission apparaît nécessaire, notamment sur la question de l'accès aux documents administratifs qui obéit à des règles particulières (passage par la Commission d'Accès aux Documents Administratifs).

2°/ une place d'observation et de force de proposition aléatoire

La commission doit se réunir en assemblée plénière 3 fois par an afin de prendre connaissance des informations communiquées par le directeur et le médecin conciliateur, et d'établir des recommandations et le rapport annuel d'activité de la commission.

L'importance de cette activité est souvent soulignée par les intervenants: la commission est un lieu potentiel d'analyse des dysfonctionnements révélés par les différends portés à sa connaissance et un lieu de propositions de mesures correctrices. Elle peut être en cela « la caisse de résonance du point de vue des malades »²⁷. Elle comprend d'ailleurs un représentant de la commission médicale d'établissement pour les établissements publics ou du comité consultatif médical pour les établissements privés car cette instance est centrale dans les établissements : cette participation lui permet à la fois d'être informée et de prendre part aux propositions qui concernent le corps médical.

²⁷ Lin Daubech. Thèse de doctorat en Droit, *Le statut de l'utilisateur du service public hospitalier*, janvier 1999.

L'activité de l'assemblée plénière dépend de l'importance des informations qui lui sont communiquées et de l'exercice du pouvoir de recommandations.

Au titre des **informations**, les entretiens menés par le médecin conciliateur doivent faire l'objet d'un retour aux autres membres de la commission. Celui-ci est prévu par l'article R 710-1-7 du CSP en parallèle à celui en direction du représentant légal de l'établissement.

En réalité, si le directeur est en pratique destinataire d'un compte rendu après chaque entretien, la commission, elle, est informée collectivement sur l'ensemble des entretiens menés par le médecin conciliateur en réunion plénière. Les données fournies par le médecin sont toujours anonymisées, ce qui exclut tout problème relatif au secret médical. Mais elles ne consistent pas toujours en une description de tous les cas ; ce sont parfois des données générales de description d'activité : nombre de personnes rencontrées, classification des demandes... Cette présentation a l'inconvénient de ne pas permettre une discussion très ouverte.

Les **recommandations** quant à elles sont dépendantes de la qualité des informations évoquées ci-dessus et de l'initiative des membres. Le pouvoir de proposition des membres qui participent aux rencontres avec les usagers apparaît plus important que celui des autres membres, cette maîtrise rendant leur rôle un peu plus prégnant. Les autres membres restent plus des observateurs. Ainsi, M. Duclos considère que les représentants des usagers ont plutôt un droit d'expression qu'un pouvoir d'initiative, cette initiative étant surtout le fait de M. Suc. La faiblesse de leur pouvoir en la matière s'explique selon lui par leur absence de travail sur le terrain et sur le fait qu'ils n'auraient qu'une vision parcellaire de l'institution.

Il est exact que les recommandations doivent intégrer les contraintes de l'institution, sous peine d'être irréalistes et inapplicables. Mais les représentants des usagers participent à la conception de ces décisions non en tant que représentants de l'institution mais comme représentants du point de vue des patients et de leur famille. Ce qu'ils ont à apporter est de ce fait d'un autre ordre qu'un membre de l'institution mais ne doit pas être pour autant négligé, comme dans le cas de leur participation au Conseil d'Administration. La véritable question qui se pose ici est celle de la représentativité réelle de ces représentants.

Les recommandations doivent être mises en œuvre par la direction qui informe la commission de leurs suites. La réalité de l'activité de la commission dépend donc aussi de la réalité des suites apportées à leurs recommandations. A cet égard, l'intégration au sein de la commission d'un membre du service qualité responsable de la mise en œuvre de ces recommandations est intéressante car elle permet une liaison directe entre le travail de la commission et la politique de la qualité (voir annexe 7 : la mise en œuvre d'une recommandation relative au port du badge à la clinique des Cèdres).

CHAPITRE 4 : PROPOSITIONS

Certaines évolutions nécessiteraient une modification des textes relatifs à la commission de conciliation et d'autres consistent en des préconisations de fonctionnement à destination des établissements.

Elles sont de deux types : relatives à la fonction de conciliation et à la fonction de vigilance de la commission.

I - LA FONCTION DE CONCILIATION

Les rencontres entre les usagers et le personnel médical et paramédical pourraient être optimisées de plusieurs façons :

A) Une formation des conciliateurs

Ils doivent recevoir une formation minimum dans deux domaines fondamentaux pour eux :

- le Droit de la responsabilité médicale et hospitalière et le Droit régissant le secret médical à l'hôpital.
- la communication et les relations humaines. Même si le choix du conciliateur se porte toujours vers une personne reconnue pour ses qualités relationnelles, ce serait l'occasion de sensibiliser les conciliateurs à leur rôle préventif.

B) Un retour régulier aux services

Le service concerné par le différend devrait être destinataire du compte rendu de l'entretien et ceci afin de formaliser une communication souvent irrégulière et informelle, mais aussi de permettre de mieux faire connaître l'action du conciliateur.

De même, les services doivent être destinataires des actions correctrices envisagées dans le cadre de la conciliation ainsi que de leur motivation.

C) Une implication des autres membres de la commission de conciliation

- En premier lieu, le rôle des cadres infirmiers pourrait être officialisé. En effet, la conciliation ne se réduit pas à des réclamations d'ordre médical mais intègre la prise en charge soignante. Les problèmes de communication n'ont pas de frontières. Il est donc nécessaire de prévoir une fonction de conciliation mixte : médecin et cadre infirmier. Toute l'action de conciliation pourrait être menée en commun, sauf dans l'hypothèse où le différend est exclusivement d'ordre médical ou infirmier.
- En deuxième lieu, il doit toujours être rappelé aux patients qu'ils peuvent venir accompagnés aux entretiens et accéder aux coordonnées des représentants des usagers s'ils le désirent.
- En troisième lieu, le médecin conciliateur doit pouvoir organiser, pour les patients qui le désirent, une rencontre avec les professionnels concernés par le différend.
- En dernier lieu, les difficultés quant à la disponibilité des professionnels rendent nécessaire une certaine flexibilité : la participation de tous les membres infirmiers et médecins à ce tandem est une solution de fonctionnement lorsque le médecin conciliateur n'est pas en position de retraite. Mais le même binôme doit suivre les mêmes usagers du début à la fin de la procédure ;

Chaque participation à l'entretien doit être justifiée dans le cadre du rétablissement de la communication et de la réponse aux interrogations des usagers. En effet, il ne s'agit pas de multiplier inutilement le nombre de participants sous peine d'alourdir un dispositif qui doit préserver ses qualités de proximité et de réactivité.

II - LE FONCTIONNEMENT DE LA COMMISSION PLENIERE

A) Assurer une certaine flexibilité

Tous les établissements ne sont pas dans la même position quant au fonctionnement de la commission : ils n'ont pas tous les mêmes moyens en personnel et pas la même activité de conciliation. Leurs exigences ne peuvent donc être identiques.

Ainsi, le nombre de réunions plénières apparaît excessif dans un établissement qui ne

connaît que 5 affaires passées en conciliation et un total d'une vingtaine de plaintes et réclamations. L'action d'observation, de proposition et de suivi de la mise en œuvre des recommandations ne nécessite pas dans ce cas trois réunions plénières annuelles. Leur nombre devrait donc être modulé en fonction du volume des affaires.

Les permanences quant à elles apparaissent peu fréquentées. Les établissements pourraient donc procéder à une transformation des permanences physiques en permanences téléphoniques : les permanenciers doivent être joignables par téléphone en un lieu précis (en général leur bureau) une fois par semaine selon un roulement connu à l'avance par le personnel des points « stratégiques » de l'établissement : accueil des services et accueil de l'établissement. Ce personnel pourra ainsi orienter les demandeurs. De plus, ce fonctionnement doit être affiché.

Pour autant, les permanenciers doivent être disponibles pour recevoir les patients qui se présenteraient durant ces heures de permanences téléphoniques. En effet, ces permanences, qui constituent un élément fondamental de la proximité du dispositif des usagers, ne doivent pas se transformer en simple contact téléphonique pour une prise de rendez-vous pour une rencontre ultérieure. Le permanencier doit pouvoir accueillir les usagers à l'heure des permanences.

B) Assurer le droit à l'information et le pouvoir de proposition des membres

Une observation correcte et des propositions pertinentes nécessitent une bonne communication des données aux membres de la commission. Ainsi, les documents qui seront présentés lors des réunions devraient leur être communiqués en même temps que l'ordre du jour, c'est à dire au moins 8 jours avant la date de la réunion. Cette communication pourrait relever soit du secrétariat de la commission de conciliation s'il existe, soit du président de la commission.

C) Renforcer la légitimité des représentants des usagers.

Leur place ne pourra s'affirmer au sein de la commission de conciliation comme au sein d'autres instances que lorsque les interrogations quant à leur représentativité seront réglées.

En ce sens, le projet de loi de modernisation de la santé prévoit plusieurs dispositions :

- Une reconnaissance d'utilité sanitaire des associations de malades et d'usagers,
- Le droit à une formation afin de faciliter l'exercice du mandat,
- La garantie d'une disponibilité obligatoire laissée par leurs employeurs aux représentants des usagers afin qu'ils se rendent aux séances du conseil d'administration et aux séances des institutions de l'établissement « au sein desquelles ils ont été désignés pour représenter le dit conseil ». Ces heures (au minimum 24 par an) seront comptabilisées pour la détermination des congés payés et le droit aux prestations sociales mais ne seront pas payées comme temps de travail par l'employeur, les pertes de revenus étant compensées par l'établissement de soins.

Ce dispositif permettra d'élargir le terreau de représentants des usagers vers la population active, ces représentants étant plutôt aujourd'hui des personnes retraitées.

Ce renforcement des droits des représentants des usagers apparaît être une avancée en terme de facilitation de l'exercice de cette représentation.

Pour autant, les représentants des usagers à la commission de conciliation n'exercent pas cette représentation mandatés par le conseil d'administration. A lire le projet de loi, on peut donc s'interroger sur la réalité de leur droit à disponibilité en dehors de tout mandat du conseil d'administration.

Il faut donc attendre la version définitive de la loi et ses décrets d'application pour voir si ces progrès bénéficieront à la commission de conciliation.

CONCLUSION

Ainsi, le médecin conciliateur est un élément déterminant au sein de la commission de conciliation : il a accès aux informations médicales nécessaires au traitement des réclamations ; il doit se consacrer à l'écoute des patients et à la réponse à leurs interrogations. Mais il ne peut travailler de façon solitaire sous peine de perdre la dimension globale de la prise en charge des patients. Ainsi, une double collaboration existe : certains médecins conciliateurs ont développés un système de cogestion des entretiens avec d'autres membres de la commission ; de plus, tous les conciliateurs médicaux sont en relation étroite avec le représentant légal de l'établissement .

Cette organisation apparaît particulièrement importante . Elle doit permettre de faire de la commission de conciliation un véritable élément de prévention des recours, mission qui lui avait été assignée au départ de la réflexion autour de la médiation. Ainsi, M.Chamaillou , assureur du CHU de Toulouse, affirme-t-il que la création de la médiation médicale a permis la diminution du nombre de déclarations de sinistres.

Cette création apparaît être aussi pour les établissements l'occasion de réfléchir sur l'organisation du traitement des plaintes. Elle permet une centralisation des demandes et la mise en place d'un circuit type de traitement des doléances. Chaque usager a ainsi droit à la même attention grâce à l'établissement d'un protocole de gestion des plaintes.

Elle est aussi l'occasion pour les établissements de se pencher sur leur organisation générale, au vu des dysfonctionnements qui sont mis en évidence, et c'est pourquoi certains l'ont étroitement liée à la notion de qualité. Cette qualité passe par une amélioration de la communication, gage de bonnes relations avec les usagers. Dans ce sens, la transparence exige maintenant l'accès du public aux documents administratifs s'ils en font la demande (loi n°78-753 du 1^{er} juillet 1978) ; ainsi le rapport annuel d'activité de la commission de conciliation, non nominatif, devrait-il pouvoir être communiqué.

Au delà la commission est le reflet de véritables évolutions de la société française: le droit à l'information est affirmé et les utilisateurs des services publics sont devenus des usagers.

La commission de conciliation s'intègre dans cette dimension d'ouverture des institutions : le droit à l'information implique que les établissements publics soient ouverts et plus particulièrement les établissements de santé où la prépondérance médicale a longtemps amplifié la dimension de secret au sein de ces institutions. La commission de conciliation traduit cette volonté d'ouverture ; elle permet aux usagers d'accéder à des informations qui ne leurs ont pas été communiquées et d'avoir des réponses à leurs interrogations.

La commission de conciliation est aussi le reflet du nouveau visage des patients : devenus actifs et participatifs, ils ont changé aussi d'appellation en accédant au statut d'usager et en acquérant une place centrale au sein de l'institution.

L'idée de clientèle, en cours dans les établissements privés, s'est étendue aux établissements publics parfois par l'utilisation du terme « clientèle ».

La commission de conciliation participe à cette évolution : elle consacre la nécessité d'écouter de l'usager et la prise en compte consécutive de ses réclamations et ses critiques.

BIBLIOGRAPHIE

I - TEXTES

Loi n°70-1318 du 31 décembre 1970 relative à la réforme hospitalière.

Loi n°78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public.

Loi n°91-748 du 31 juillet 1991 portant réforme hospitalière.

Ordonnance n°96-346 du 24 avril 1996 portant réforme de l'hospitalisation publique et privée.

Article L 124-2 du code des assurances.

Décret n°98-1001 du 2 novembre 1998 relatif à la commission de conciliation.

Circulaire DH/AF/99/n°317 du 1er juin 1999 relative à la commission de conciliation.

II - OUVRAGES

LUCAS-BALOUP Isabelle . *La commission de conciliation à l'hôpital public et privé en 40 questions*. 1999 . Ed SCROF.

Les guides de l'AP-HP. *Les réclamations à l'hôpital. Ecouter, informer, orienter*. Ed Doin.

III - RAPPORTS ET MEMOIRES

Colloque du Centre de Formation Permanente des Personnels de Santé au CHU de Bordeaux . *La conciliation médicale, un an après*. Juin 2000.

Rapport du groupe de travail animé par Etienne CANIARD. *La place des usagers dans le système de santé*. Février 2000.

LIN DAUBECH, Thèse de doctorat en Droit. *Le statut de l'usager du service public hospitalier*. Janvier 1999.

POURRIERE Jean-Louis ; Mémoire Infirmier Général. *De la commission de conciliation à la gestion de la qualité et des risques : qu'elle participation de l'infirmier général pour promouvoir cette contribution à l'hôpital*. 1999.

REY-CADEAC Françoise ; Mémoire DESS « Droit santé, éthique ». *La conciliation médicale : structures et finalités*. 1997-1998.

RAVERAT Laurent, Mémoire Elève Directeur d'Hôpital. *La mise en place de la conciliation médicale à l'Assistance Publique/ Hôpitaux de Paris et au groupe hospitalier Necker-enfants malades*. 1992.

IV - REVUES

ZAMANSKY Géraldine . « Gérer les crises dans un établissement de soins » in Décisions santé- stratégie santé 1999 n°153 p 17-20.

JEAN Philippe. « Assurances- droits des patients : conciliation et assurances » in Revue hospitalière de France 1999 n°3.

DUCLOS René. « La mise en place de la commission de conciliation dans les établissements de santé » in Gestion hospitalière 1999 n°388 p 492-500.

MEMETEAU Gérard, HARICHAUX Michèle. « Etablissements de santé privés » in Revue de droit sanitaire et social 1999 n°3 p 562-571.

FLAVIN Patrick. « Commission de conciliation : pour une nouvelle pratique de la gestion des réclamations » in Revue hospitalière de France- journal d'information de la SHAM, 1999 n°2.

Courrier juridique des affaires sociales ; « La commission de conciliation dans les établissements publics et privés de santé ». 1999 n°18.

JEAN Philippe, HERZOG Véronique. « Droits des patients : le décret du 2 novembre 1998 relatif à la commission de conciliation et la médiation médicale » in Gestion hospitalière 1998 n°381.

CHARIGNON Raphaëlle. « La commission de conciliation dans les établissements de santé : une résurrection ? » in Gestion hospitalière 1997 n°368.