

Commentaire juridique de l'article de Pierre-André Wagner relatif aux activités de soins exercées par les infirmiers sous leur propre responsabilité sans prescription médicale

La fonction et la responsabilité centrales du médecin en termes de coordination

Hanspeter Kuhn

Avocat, chef de la division
Service juridique de la FMH

Nouvelle délimitation entre médecine et soins

L'article de P.A. Wagner débute par les questions suivantes: «l'initiative modifiera-t-elle les limites entre pratique médicale et pratique infirmière? Et le corollaire: les infirmières se verront-elles attribuer des compétences qui étaient jusque-là du ressort des médecins – avec des conséquences imprévisibles en termes de responsabilité légale?»

La réponse est affirmative, car le médecin [1] assume à l'heure actuelle une fonction et une responsabilité centrales en termes de coordination. Le message du Conseil fédéral de 1991 concernant la révision de l'assurance-maladie (LAMal) le souligne:

«Les articles 19 à 28 (prestations) et 29 à 51 (fournisseurs de prestations) permettent, par le biais de l'assurance obligatoire des soins, de garantir à l'ensemble de la population un large éventail de traitements dispensés selon des méthodes modernes. Ces traitements doivent, comme aujourd'hui, être prodigués sous la direction et la surveillance du *médecin* qui occupe, à cet égard, une *fonction charnière* [2] *puisqu'il est appelé à fournir, sous une forme appropriée et optimale, les soins nécessaires.* [...]»

En revanche, les personnes appartenant aux professions que l'on appelle paramédicales, en particulier celles prodiguant des soins hors de l'hôpital et à domicile – lesquelles ne sont intentionnellement pas énumérées de manière exhaustive dans la loi – ne pourront, comme aujourd'hui, dispenser des soins à la charge de l'assurance-maladie sociale que sur prescription médicale. L'on cherche ainsi à *coordonner au mieux le diagnostic et la thérapie*, ce qui permet de garantir *la qualité et le caractère économique des prestations* et ce qui est, en définitive, *dans l'intérêt des assurés et des patients.*

Pour ces mêmes raisons, nous n'avons pas donné suite aux vœux exprimés au cours de la procédure de consultation demandant d'inclure dans le projet – en tant que fournisseurs de prestations, assimilés aux médecins – [...] les infirmières et infirmiers diplômés [...], etc.» [3]

Dans l'un de ses arrêts [4], le Tribunal fédéral s'est référé aux passages précités du message du Conseil fédéral. Il continue d'exiger qu'une psychothérapie pratiquée par un psychothérapeute non-médecin nécessite une prescription médicale. L'accent a tout particulièrement été mis sur le fait que la *«porte du médecin de famille constituait une instance de contrôle supplémentaire»* (Bulletin officiel BO, 1992 1298, vote Schoch) [5].

Gebhard Eugster souligne à cet égard:

«Tous les diagnostics, thérapies et soins qui ne sont pas effectués ou administrés par un médecin mais par des personnes fournissant des prestations médicales au sens de l'art. 25, al. 2, let. a, ch. 3 LAMal, nécessitent en principe une prescription médicale préalable et ne sont pris en charge par l'assurance obligatoire des soins qu'à cette condition. *En matière de droit des prestations, le médecin occupe une position clé centrale.*» [6] (traduction FMH)

A l'heure actuelle, les dentistes, chiropraticiens et sages-femmes peuvent traiter des patients au sens de la LAMal sans prescription médicale. Chaque profession de la santé nouvellement habilitée à fournir des prestations couvertes par la LAMal sans prescription médicale affaiblit la *«fonction charnière»* visant «à fournir, sous une forme appropriée et optimale, les soins nécessaires». Or, compte tenu du nombre croissant d'interfaces entre les différents fournisseurs de prestations, cette fonction de coordination et de décision du médecin devient de plus en plus importante et permet de contrecarrer une fragmentation des soins médicaux.

Droit de la responsabilité civile

La situation juridique actuelle prévoit que les infirmiers agissant à titre indépendant, l'organisation de soins à domicile, ou encore l'EMS en sa qualité d'employeur répondent des fautes commises dans le cadre de l'*administration* des soins.

Si un médecin prescrit à un autre professionnel de la santé de procéder à une mesure médico-thérapeutique, il est alors responsable des *frais* encourus dans le cadre de la LAMal (conformément à l'art. 56 LAMal [7]) et répond *«du soin avec lequel il a choisi le sous-mandataire et donné ses instructions»* (conformément à l'art. 399, al. 2 du Code des obligations [8]).

Les deux formes de responsabilité du médecin, que ce soit sous l'angle de la LAMal ou celui du CO, deviendraient caduques en cas d'application de l'initiative parlementaire «Reconnaissance légale de la responsabilité infirmière», car le personnel soignant qualifié pourrait alors fournir des prestations couvertes par la LAMal sans prescription médicale. Les infirmiers agissant à titre indépendant, l'organisation de soins à domicile, ou encore l'EMS en sa qualité d'employeur répondraient alors de tous les frais au sens de la LAMal et de toutes les fautes au sens du CO, et non plus seulement des fautes commises dans le cadre de l'administration des soins.

Correspondance:
FMH / Division Service juridique
Elfenstrasse 18
CH-3000 Berne 15
Tél. 031 359 11 11
Fax 031 359 11 12
lex[at]fmh.ch

Rapport entre le droit cantonal de la santé et la LAMal fédérale

Dans son article, P. A. Wagner mentionne la réglementation du canton de Soleure. La loi de ce canton prévoit que le personnel soignant réponde de manière indépendante tant de la planification que de l'exécution et de l'évaluation de l'efficacité des prestations. Toutefois, selon la LAMal, seules les prestations de soins fournies sur prescription médicale sont couvertes par l'assurance de base. Dans le canton de Soleure, un soignant ne peut donc exercer sans prescription médicale que si le patient renonce à la couverture des prestations par la LAMal et paie ces dernières lui-même.

Chat en poche

En ce qui concerne la question de savoir «quand les activités doivent-elles être considérées comme des activités qui relèvent du domaine autonome des soins et celles qui relèvent du domaine médico-délégué?», l'article de P. A. Wagner renvoie à l'art. 7 de l'ordonnance sur les prestations de l'assurance des soins (OPAS) actuellement en vigueur. Cette ordonnance est édictée par le Département fédéral de l'intérieur (DFI). L'initiative parlementaire «Reconnaissance légale de la responsabilité infirmière» ne contient aucun renvoi à la distinction prévue par l'OPAS, que ce soit dans ses conclusions ou dans sa motivation. Elle ne précise pas quelles prestations pourraient à l'avenir être fournies sans prescription médicale et lesquelles devraient être remboursées par l'assurance de base.

Dans la mesure où l'article de P. A. Wagner renvoie non seulement à l'art. 7 OPAS, mais également au droit cantonal de la santé, il est contradictoire: en effet, les réglementations cantonales du droit de la santé en matière de soins infirmiers sont très diverses et, souvent, ne correspondent pas à l'art. 7 OPAS. Par ailleurs, bon nombre d'entre elles ne délimitent pas suffisamment clairement les activités indépendantes et les activités déléguées par un médecin. Voici quelques exemples tirés des ordonnances cantonales en la matière:

- *Canton de Lucerne*: «Les infirmiers spécialisés se chargent des soins de santé et des soins médicaux à domicile. Ils ne peuvent exécuter des tâches diagnostiques et thérapeutiques que sur prescription médicale» [9] (traduction FMH)
- *Canton de Bâle-Ville*: «La nature et l'étendue de la profession ou de l'activité exercées sont définies en fonction de l'autorisation, ainsi que de la formation et de la formation postgraduée nécessaires et suivies avec succès» [10] (traduction FMH)
- *Canton de Genève*: «¹ Sous réserve des dispositions de la loi et de ses règlements, les infirmiers inscrits ont le droit: a) de donner professionnellement des soins aux malades; b) de contribuer à la prévention des maladies et à l'amélioration de la santé; c) de participer à la réinsertion sociale des malades.
² Dans l'exécution des mesures diagnostiques et leur interprétation, ainsi que dans l'exécution des traitements médicaux, les infirmiers doivent se

conformer aux directives et prescriptions du médecin traitant.

³ Les infirmiers n'ont pas le droit de modifier de leur propre initiative le traitement des patients. Les cas d'extrême urgence et l'assistance à personne en danger sont réservés.» [11]

Quelle définition de la délimitation entre activités de soins indépendantes et activités de soins déléguées par un médecin doit dès lors s'appliquer concrètement en cas de mise en œuvre de l'initiative parlementaire «Reconnaissance légale de la responsabilité infirmière»: celle de l'art. 7 OPAS ou celle de la réglementation cantonale, par exemple de Lucerne, Bâle ou Genève?

Conclusion: «charnière» ou «plaque tournante»? Le Parlement doit trancher.

Conformément au message du Conseil fédéral, les dispositions actuelles de la LAMal attribuent au *médecin* une «fonction charnière» visant «à fournir, sous une forme appropriée et optimale, les soins nécessaires». La motivation de l'initiative parlementaire «Reconnaissance légale de la responsabilité infirmière» ne fait plus mention de cette fonction charnière du médecin. Elle prévoit pour le futur: «C'est autour des soins que s'articule de plus en plus l'encadrement interdisciplinaire des patients.»

Le législateur doit dès lors décider s'il veut préserver la fonction charnière du médecin ou attribuer aux infirmiers ce rôle de plaque tournante.

Références

- 1 Pour faciliter la lecture de ce texte, nous utilisons de manière prépondérante la forme masculine.
- 2 Mise en exergue par l'auteur.
- 3 Message concernant la révision de l'assurance-maladie du 6 novembre 1991, FF 1992 I 145.
- 4 ATF 125 V 284, 289, cons. 4c et 4e.
- 5 ATF 125 V 284 p. 290, cons. 4d.
- 6 Gebhard Eugster, *Krankenversicherung*, in U. Meyer (éd.), SBVR, Helbing & Lichtenhahn, Bâle 2007, p. 509, N. 340.
- 7 Voir en particulier l'art. 56, al. 1 LAMal, art. 56 «Caractère économique des prestations»
¹ Le fournisseur de prestations doit limiter ses prestations à la mesure exigée par l'intérêt de l'assuré et le but du traitement.
- 8 Responsabilité pour une bonne et fidèle exécution, art. 399 b. En cas de substitution
¹ Le mandataire répond, comme s'ils étaient siens, des actes de celui qu'il s'est indûment substitué.
² S'il avait reçu le pouvoir de se substituer quelqu'un, il ne répond que du soin avec lequel il a choisi le sous-mandataire et donné ses instructions.
³ Dans les deux cas, le mandant peut faire valoir directement contre la personne que le mandataire s'est substituée les droits que ce dernier a contre elle.
- 9 § 37 VO Nr. 806 Verordnung über die anderen bewilligungspflichtigen Berufe im Gesundheitswesen und über die bewilligungspflichtigen Betriebe mit solchen Berufsleuten du 28 avril 2009.
- 10 § 23 al. 1, Verordnung über die Fachpersonen und Betriebe im Gesundheitswesen.
- 11 Art. 55 du Règlement sur les professions de la santé (RPS), K 3 02.01, du 22 août 2006.