



Éléments d'analyse économique du droit des directives encadrant les activités cliniques des médecins

Nicholas Léger-Riopel*

Résumé

Cet article vise à saisir la question des directives cliniques comme un objet d'analyse économique, en offrant différentes propositions en vue d'enrichir le champ de la recherche empirique éventuelle dans ce domaine. Un « réalisme augmenté » peut être obtenu par l'identification de certains coûts de transaction souvent insoupçonnés dont la prise en compte favorise une analyse plus riche de la question du traitement judiciaire réservé aux directives cliniques. Les enjeux liés au droit disciplinaire et déontologique ainsi que l'irréductible complexité du raisonnement clinique seront considérés comme participant à l'augmentation des coûts relatifs à la mise en œuvre des directives cliniques.

Abstract

This article examines the question of clinical practice guidelines (CPGs) considered in an economic analysis framework. The main objective is to provide with various analytical propositions to buttress further empirical studies concerning CPGs through the identification of some non-self-evident transaction costs. This “added realism” could presumably promote a keener approach to the economic impacts of judicial treatment of CPGs. Deontological and disciplinary considerations, as well as the complexity of clinical reasoning, magnified by technological advances and conflicting perspectives among the medical profession, will be envisioned as factors purporting to the increase of costs to be taken into account in the implementation of CPGs.

* L'auteur est membre du Barreau du Québec et doctorant en droit à l'Université de Montréal. Depuis juillet 2014, l'auteur est professeur à la Faculté de droit de l'Université de Moncton. L'auteur tient à remercier le professeur Oren Perez de la Faculté de droit de l'Université Bar-Ilan pour ses commentaires sur une version préliminaire de cet article présentée à l'occasion du forum juridique international *Atlas*, tenu à l'Université Bar-Ilan en 2012.

INTRODUCTION	3
I. LA DIRECTIVE CLINIQUE – ASPECTS ÉCONOMIQUES	5
A. Éléments de cadre théorique	5
B. La directive comme synthèse des données de la recherche médicale	6
C. La complexité inhérente au raisonnement clinique comme facteur d'augmentation des coûts de transaction	8
D. Redistribution du risque juridique opérée par la directive clinique.....	10
II. LA DIRECTIVE CLINIQUE ET LE CAS PARTICULIER DE L'INTERFACE DU DROIT DÉONTOLOGIQUE ET DISCIPLINAIRE	12
CONCLUSION	14

INTRODUCTION

C'est en réponse à des impératifs de gestion des ressources médicales et matérielles dans un contexte d'augmentation de la demande de soins médicaux qu'ont émergé, au carrefour d'intérêts variés, différentes solutions à ce que d'aucuns auront tôt fait de qualifier de « crise mondiale des soins de santé ».

Les différentes approches et réponses visant à fournir des outils de gestion plus efficaces¹ aux acteurs des réseaux de soins de santé participent notamment du développement du courant dit de la « médecine basée sur les faits » (*Evidence-Based Medicine*, ci-après « EMB »), courant qui remet en question les processus décisionnels généralement utilisés par les cliniciens. Dans une remarquable étude sur la question, le professeur Lars Noah² indique que le mouvement EBM constitue une méthodologie d'uniformisation des pratiques médicales qui se distingue largement des habitudes traditionnelles d'acquisition et d'évaluation de connaissances par les cliniciens :

Traditionally, physicians relied heavily on personal experience and anecdotal information. Although medical students must absorb enormous quantities of information, their most meaningful learning occurs only after graduation. With practical experience comes judgment and intuition. This process of maturation is inevitable and largely desirable, but the passage of time also can result in a stubborn and unreflective adherence to well-entrenched habits. The conceit that doctors know best, or at least have a better handle on treating patients in the real world than do ivory tower research scientists, is surprisingly resilient: "In reviewing physician responses to questions regarding their sources of information on new technologies, the universal skepticism of practicing physicians regarding the utility of the scientific literature is startling." EBM represents a response to the shortcomings of this idiosyncratic, "opinion-based" approach to medical practice.

Le professeur Rosoff³ remarque que la multiplication des différentes directives qui visent à encadrer l'activité clinique des médecins constitue l'une des plus importantes manifestations pratiques des visées de l'EBM, quoiqu'il importe de souligner les mises en

¹ Sur cette notion, voir : Émile Lévy, « Les études coûts-résultats dans le domaine de la santé : un substitut aux régulations de marché », (1985) 3 *Politiques et Management public* 115.

² Lars Noah, « Medicine's Epistemology: Mapping the Haphazard Diffusion of Knowledge in the Biomedical Community », (2002) 44 *Ariz. L. Rev.* 373, 382-384.

³ Arnold J. Rosoff, « Evidence-Based Medicine and the Law: The Courts Confront Clinical Practice Guidelines », (2001) 26 *J Health Polit Policy Law* 327, 328.

garde que font plusieurs auteurs quant aux risques d'utiliser indistinctement ces deux expressions⁴.

Les auteurs reconnaissent qu'une évaluation de l'effet des directives cliniques sur les comportements des médecins est d'une utilité appréciable dans l'organisation de l'offre de soins de santé⁵. Malgré que l'on puisse observer un souci croissant de considérations économiques dans les disciplines participant à la gestion des ressources médicales, une étude a démontré la faible incorporation d'analyses économiques dans les démarches d'élaboration des directives cliniques⁶.

Ces directives cliniques ont souvent pour objectif exprimé l'imposition d'une norme à force obligatoire (effective), en vue de réduire les variations injustifiées dans les pratiques cliniques. Les directives, une fois judiciairement reconnues comme standard légal auquel les cliniciens sont assujettis, assument également une fonction de réduction des coûts en favorisant le déclin des pratiques dites de « sur-traitement préventif » (*defensive medicine*)⁷.

Le professeur Rosoff ajoute cependant que l'essor des directives cliniques de type EBM peut fort bien coïncider avec la mise en présence de visions différentes de la médecine et de la gestion hospitalière, les groupes se servant de part et d'autre des directives dans le but de promouvoir leur propre point de vue. Les cliniciens auraient naturellement tendance à apprécier les besoins du destinataire de soins à l'échelle de l'individu en tant que tel, alors que les cadres hospitaliers et gestionnaires du réseau de la santé favoriseraient une perspective tenant compte des besoins à l'échelle de l'ensemble de la population desservie⁸:

In the arena of managed care, the technocratic wish takes the form of a search for a (seemingly, at least) objective and verifiable rationale to justify the shift of control from an entrenched medical elite to a new cadre of health services researchers, MCO executives, and government policy makers. This latter group

⁴ L. Noah, *loc. cit. supra*, note 2, 419.

⁵ John Tingle and Charles Foster, *Clinical Guidelines: Law, Policy and Practice*. London: Cavendish, 2002. P. 184.

⁶ Joel F. Wallace, Scott R. Wingarten, Chiun-Fang Chiou, *et al.*, «The Limited Incorporation of Economic Analyses to Clinical Guidelines», (2002) 17 *J Gen Intern Med*. 210.

⁷ Clark C. Havighurst, «Practice Guidelines for Medical Care: the Policy Rationale», (1989) 34 *St. Louis U. L.J.* 777, 818.

⁸ A.J. Rosoff, *loc. cit. supra*, note 3, 348.

views the country's health care needs, and thus leans toward allocating its health care resources, using a systems approach, looking at issues on a macro rather than micro level, and employing population-based rather than individual-based measures to assess the utility and cost-effectiveness of health care inputs. To put it another way, the "technocrats" tend to measure the success of health care activities by looking at their aggregate effect on populations rather than on individual patients, contrary to the clinician's natural tendency to focus on the individual patient she or he is currently treating.

Nous identifierons dans une première partie quelques éléments pertinents à un cadre théorique permettant l'analyse économique des directives cliniques, notamment à titre de synthèse des données de la science médicale, pour ensuite évaluer certains éléments qui peuvent accentuer le coût de la mise en place des directives cliniques, par exemple la complexité inhérente du raisonnement clinique et la question de la réception judiciaire des directives cliniques comme standard effectif concernant la pratique du médecin. Dans une deuxième partie, il sera plus particulièrement question de l'interface des directives clinique avec le droit déontologique et disciplinaire en établissements de santé, et des possibles conséquences économiques de cette rencontre.

I. LA DIRECTIVE CLINIQUE – ASPECTS ÉCONOMIQUES

A. Éléments de cadre théorique

Indépendamment des modèles explicatifs offerts, les directives cliniques favorisent la prise en compte de la question des coûts dans les choix médicaux de tous les jours par l'introduction de l'idée de *grands nombres*⁹ en médecine clinique.

La démarche d'analyse ici proposée permettra de dégager certains enjeux économiques propres aux directives cliniques et d'ainsi participer à la mise en lumière de la structure incitative des directives quant au comportement du clinicien, en insistant ce faisant sur la prise en considération de l'existence de *coûts de transactions* de différents ordres.

Le concept de *coûts de transaction*, issu de la pensée de l'économiste Ronald Coase¹⁰ puis développé plus avant dans une théorie des coûts de transaction par l'économiste Oliver

⁹ John M. Eisenberg, «Clinical Economics: A Guide to the Economic Analysis of Medical Practices», (1989) 262 *JAMA* 2879.

¹⁰ Ronald H. Coase, «The Nature of the Firm», (1937) 4 *Economica* 386-405.

Williamson, renvoi essentiellement aux coûts inhérents à la coordination des actions humaines, qui est rarement sans friction et conforme aux intentions des acteurs¹¹. Ce concept permet ainsi une analyse bonifiée d'un «réalisme augmenté¹²». Dans la recherche de modes efficaces d'organisation des soins de santé, cette approche permet la prise en compte : 1) des coûts qui sont propres à la recherche d'information elle-même, notamment sur l'approche clinique la plus efficace à adopter dans un cas donné; 2) des coûts liés à la dimension juridique des directives cliniques.

Ces coûts de transaction découlent, d'une part, du nombre et de la complexité relative des différents standards professionnels coexistant en matière de bonne pratique clinique. L'absence d'uniformité dans les pratiques cliniques occasionne, pour les cliniciens, des difficultés relatives d'ajustement à la norme professionnelle véhiculée par une directive.

Il peut, d'autre part, exister des directives qui ne soient plus à jour, voire des directives contradictoires les unes par rapport aux autres ou encore en décalage avec les pratiques cliniques répandues¹³, ajoutant d'autant plus à la difficulté et au coût de leur mise en œuvre.

Or cette incertitude quant à la portée juridique des directives cliniques, que nous verrons davantage dans la deuxième partie de cet article s'agissant de leur interface avec la déontologie médicale, a un coût qui doit être pris en considération dès lors qu'il est question de gestion efficace de ressources de santé.

B. La directive comme synthèse des données de la recherche médicale

Les médecins sont appelés à composer avec une inflation informationnelle sans précédent, sans doute accélérée par l'informatisation croissante du milieu hospitalier et par la multiplication des banques de données aisément accessibles et qui présentent, avec un souci variable de classification, des avis récents issus d'agences gouvernementales, d'acteurs du milieu pharmaceutique ou du monde de la recherche. Ce changement s'inscrit

¹¹ Voir : Ejan Mackaay et Stéphane Rousseau, *Analyse économique du droit*. 2^e éd. Montréal : Éd. Thémis, 2008. P. 199.

¹² Terminologie empruntée à E. Mackaay. Voir : E. Mackaay et S. Rousseau, *id.*, p. 597 et ss. Nous soulignons que les éléments identifiés dans le présent article constituent des pistes de réflexion qui devraient être mises en œuvre dans des études subséquentes pour prétendre à toute force explicative ou à une prédiction se voulant conforme aux exigences méthodologiques de la science économique.

¹³ Sur ces questions, voir: Dylan Kozlick, «Clinical Practice Guidelines and the Legal Standard of Care: Warnings, Predictions and Interdisciplinary Encounters», (2011) 19 *Health Law J.* 125.

pour certains observateurs dans l'émergence de ce qui est désormais commun de qualifier « d'économie du savoir¹⁴».

Les directives peuvent donc être comprises comme la réponse à la demande croissante chez les médecins de modélisations et de « règles de pouce » offrant une synthèse facilement – et rapidement – accessible des développements récents en matière de sciences médicale et pharmaceutique. Pour certains auteurs, le succès de la mise en œuvre des directives dépendra largement de la qualité et de la fiabilité de la synthèse des données médicales effectuée¹⁵. Les directives peuvent, dans cette perspective, être envisagées comme des tentatives de synthèse qui sous-tendent un prétraitement des données médicales brutes et des stratégies cliniques¹⁶.

Comme le rappelle le professeur Havighurst¹⁷, nous serions enclin à penser que les personnes et organismes à qui incombent les tâches de produire les directives disposent en fait d'un avantage comparatif qui pourrait se traduire par un accès privilégié aux outils de recherche et aux données médicales récentes, et peuvent ainsi faire la synthèse des informations disponibles à coût optimal. Or certaines études permettent d'avancer que les directives cliniques ne sont pas toujours le fruit de démarches désintéressées de leurs auteurs. D'aucuns ont donc proposé d'appliquer aux problèmes inhérents à l'asymétrie informationnelle qui existe entre patients et médecins, et entre médecins, assureurs et administrateurs hospitaliers, des outils conceptuels économiques s'intéressant initialement au phénomène du monopole¹⁸.

Plusieurs auteurs se sont intéressés à la question de l'existence de conflits d'intérêts dans le domaine de la santé¹⁹ ainsi qu'aux mécanismes mis en place pour éviter la libre-

¹⁴ L. Noah, *loc. cit. supra*, note 2, 373.

¹⁵ Ash Samanta, Michelle M. Mello, Charles Foster *et al.*, «The Role of Clinical Guidelines in Medical Negligence Litigation: A Shift from the *Bolam* Standard?», (2006) 14 *Med Law Rev.* 321, 355.

¹⁶ Joseph H. Keffer, «Guidelines and Algorithms: Perceptions of Why and When They Are Successful and How To Improve Them», (2001) 47 *Clinical Chemistry* 1563, 1564 et ss.

¹⁷ C.C. Havighurst, *loc. cit. supra*, note 7.

¹⁸ Taylor Burke, Lara Catwright-Smith, Erica Pereira *et al.*, «The Antitrust Aspects of Health Information Sharing by Public and Private Health Insurers», (2009) 18 *Health Law Reporter*, www.rwjf.org/content/dam/farm/reports/issue_briefs/2009/rwjf48623 (consulté le 9 octobre 2014).

¹⁹ L. Noah, *loc. cit. supra*, note 2, 404 et ss. Voir également : Michelle M. Mello, «Using statistical evidence to prove the malpractice standard of care: bridging legal, clinical and statistical thinking», (2002) 37 *Wake Forest L. Rev.* 821, 849.

circulation d'informations trompeuses sur le marché (ici celui du domaine de la santé). Comme le rappelle notamment le professeur Mackaay²⁰, la circulation d'informations trompeuses sur le marché peut miner son fonctionnement, cette situation constituant ce que l'on appelle une «imperfection du marché».

Par ailleurs, le caractère généralement public de l'information apparaissant dans les directives cliniques laisse également place au phénomène de resquillage²¹ par des agents n'ayant pas assumé les coûts liés à la production de cette information. Un auteur ajoute cependant que même les pertes liées à un tel resquillage sont largement justifiables en regard des pertes – incommensurablement plus importantes – engendrées par la suppression ou la réduction importante de l'investissement public dans la recherche médicale²².

C. La complexité inhérente au raisonnement clinique comme facteur d'augmentation des coûts de transaction

Si les directives peuvent être présentées comme le fruit d'une démarche de consultation ayant abouti à l'émergence d'une norme consensuelle, le professeur Heasell est d'avis qu'il est très peu probable qu'il s'agisse là d'une réalité empiriquement observable, considérant les différents intérêts en jeu et les opinions conflictuelles pouvant exister au sein de la communauté médicale²³:

By no means all indicators of the comparative effectiveness and cost effectiveness of different ways to respond to a given medical condition are as yet sound or subtle enough to quash variations in clinical opinion based on long standing professional experience and expertise. [...] In the circumstances, the exercise of some power by the protagonists of CGs may be required to ensure that they are effective. The exercise of power over resource allocation is unlikely to be costless event to the powerful.

²⁰ E. Mackaay et S. Rousseau, *op. cit. supra*, note 11, p. 112.

²¹ Concept aussi connu en économie sous le nom de « passager clandestin », soit celui qui bénéficie d'un bien ou service sans en avoir assumé les coûts.

²² C.C. Havighurst, *loc. cit. supra*, note 7, 794.

²³ J. Tingle and C. Foster, *op. cit. supra*, note 5.

La complexité d'un domaine tel celui de la science médicale et des activités cliniques est justement l'un des facteurs identifiés par les professeurs Cooter et Ulen²⁴ comme participant à l'augmentation des coûts de transaction.

La complexité du domaine médical a également fondé certains questionnements relevant de la méthodologie de l'analyse économique. Le « coffre à outils » de l'analyse économique appliqué à la question des directives cliniques contient des modèles d'analyse variés, dont celles visant (1) à identifier clairement les coûts, (2) à établir des liens entre les coûts et l'efficacité d'une mesure ou encore (3) les liens entre les coûts et les bénéfices retirés d'une mesure. John M. Eisenberg²⁵ offre une excellente introduction à l'analyse économique des pratiques cliniques qui met notamment en lumière une relation interne entre les analyses de type coût/efficacité et de type coût/bénéfice.

Ainsi, la réflexion portant sur le coût d'une mesure permettra dans un premier temps de mettre en relief l'existence d'une variété de types de coûts selon que l'on s'intéresse à la perspective de la personne qui assume ce coût (la société, l'assureur, le patient) ou encore en fonction du type de coût (par exemple direct ou indirect). C'est en misant sur une telle analyse des coûts qu'il est possible de parvenir à un deuxième niveau d'analyse, soit une analyse coût-efficacité. C'est cette approche qui permettra de révéler le coût réel occasionné pour l'obtention de résultats donnés. Cette analyse permet de comparer le coût réel d'une mesure à celui d'une autre mesure.

L'analyse coût-bénéfice se place à un autre niveau en évaluant les coûts d'une mesure en regard des gains escomptés par sa mise en œuvre. Par exemple, les coûts d'une campagne de vaccination se justifient-ils en regard des coûts prévisibles de traitement, advenant que la campagne ne soit pas tenue?

Ces prémisses posées, soulignons que pour certains auteurs, l'irréductible complexité des décisions cliniques et des besoins médicaux en constante évolution peuvent remettre en cause la pertinence de procéder à une analyse coût-efficacité²⁶:

²⁴ Robert Cooter and Thomas Ulen, *Law and Economics*. 4th ed. New-York: Addison-Wesley, 2003. Sur ces notions, voir : E. Mackaay et S. Rousseau, *op. cit. supra*, note 11.

²⁵ J.M. Eisenberg, *loc. cit. supra*, note 9, 2880 et ss.

²⁶ J. Tingle and C. Foster, *op. cit. supra*, note 5, p. 186.

A standard cost effectiveness analysis presumes one readily identifiable set of objectives throughout but it might well be that they (or interpretations of them) emerge and evolve as part of the process of working with guidelines.

Selon nous, une analyse coût-efficience ne sous-tend pas nécessairement l'identification d'objectifs statiques (ou encore l'identification d'un seul objectif), mais permet plutôt de construire une évaluation comparative des coûts réels requis pour obtenir les résultats donnés d'une mesure clinique *A* et de ceux d'une mesure clinique *B*. Les choix effectués en fonction d'une approche coût-efficience sont en effet généralement fondés sur une comparaison entre plusieurs résultats obtenus par différentes mesures²⁷. Cette méthode s'avère donc particulièrement utile dans des contextes de changement où la comparaison de différentes avenues de réforme de l'organisation de l'offre de services de santé est de mise.

D. Redistribution du risque juridique opérée par la directive clinique

Nous pourrions également envisager la question des directives comme l'expression d'une réattribution particulière des risques liés à la pratique clinique. Ce faisant, notre analyse reposerait sur le postulat suivant lequel il est conforme à la rationalité des acteurs d'attribuer le risque à celui qui pourrait l'éviter, ou encore l'assumer à moindre coût. Les professeurs Posner et Rosenfield ont désigné cet outil d'analyse comme la règle du « cheapest cost avoider²⁸ ».

Pour Heasell, tout régime qui tend à réduire les variations dans la performance ou la qualité des pratiques cliniques (comme celui mis en place par les directives cliniques) constitue incidemment un mécanisme de gestion des risques. Selon lui, l'efficience d'un tel mécanisme de gestion des risques sera fonction tant des caractéristiques du risque que des caractéristiques des attitudes des cliniciens assujettis à la directive *par rapport* au risque²⁹. Un tel exercice met en évidence certains coûts de transactions qui pourraient avoir été négligés dans certaines études portant sur l'efficience des directives.

Par exemple, il serait tout d'abord logique de postuler que le clinicien tend rationnellement à minimiser ses risques, juridiques ou autres. Par conséquent, il sera plus

²⁷ J.M. Eisenberg, *loc. cit. supra*, note 9, 2881.

²⁸ Sur cette notion, voir : E. Mackaay et S. Rousseau, *op. cit. supra*, note 11, p. 395.

²⁹ J. Tingle and C. Foster, *op. cit. supra*, note 5, p. 187.

coûteux de faire adhérer des médecins aux pratiques contenues dans des directives cliniques qui auraient pour effet d'augmenter les risques de ceux qui y adhèrent. La situation inverse devrait également s'observer, c'est-à-dire que les coûts de mise en œuvre de directives cliniques qui favorisent la réduction des risques devraient être moindres.

La relation entre les directives et les risques juridiques des cliniciens est complexe. Différentes modélisations ont été développées par les auteurs afin de mieux cerner les mécanismes par lesquels les tribunaux intègrent les directives à leur raisonnement en matière de responsabilité médicale. Le modèle du professeur Rosoff³⁰ met en exergue une variété d'usages que les tribunaux peuvent faire des directives, dont le fait que les directives peuvent être utilisées à titre de preuve de l'adhésion à une pratique généralement reconnue dans la communauté médicale, ou encore comme preuve de l'exercice d'une prudence raisonnable. Essentiellement, cet auteur indique que la mise en présence de directives encadrant les pratiques cliniques des médecins ne lie pas automatiquement les tribunaux et sont l'un des nombreux éléments disponibles au décideur dans le cadre de son exercice d'adjudication.

Ces considérations illustrent que la réception judiciaire des directives dans une juridiction donnée devra être prise en compte dans toute analyse visant à évaluer l'efficacité de l'allocation des ressources par une directive³¹:

The efficiency of the resulting allocation of resources by clinicians will then depend partly on the allocation of liability, hence costs between clinicians and others who might bear the burden instead.

La réception judiciaire plus ou moins favorable des directives à titre de standard légal applicable est donc un facteur d'analyse utile à l'affinement de notre compréhension de l'efficacité des directives et du comportement des médecins appelés à être assujettis³².

³⁰ A.J. Rosoff, *loc. cit. supra*, note 3.

³¹ J. Tingle and C. Foster, *op. cit. supra*, note 5, p. 187.

³² *Ibid.* Les auteurs ajoutent qu'il faut également prendre en compte les coûts d'utilisation du système judiciaire, ce qui implique de considérer les chances de réussite des oppositions à l'application des directives ainsi que les coûts de toute nature liés à une cause contestée.

II. LA DIRECTIVE CLINIQUE ET LE CAS PARTICULIER DE L'INTERFACE DU DROIT DÉONTOLOGIQUE ET DISCIPLINAIRE

L'approche économique permet de porter un regard évaluatif sur les objectifs annoncés d'une norme, en regard des données empiriques attestant des effets concrets de sa mise en œuvre. Cette approche correspond aux trois niveaux d'analyse économique du droit proposés par Friedman³³, soit (1) l'évaluation des effets probables d'une règle donnée et (2) l'explication du fondement des règles en vue de (3) déterminer la règle souhaitable.

L'outillage conceptuel de l'analyse économique du droit doit recevoir certains ajustements face à des régimes normatifs où l'objectif n'est pas limité à l'indemnisation ou la compensation de victimes d'un préjudice. Le professeur Mackaay³⁴ a souligné que le régime du droit pénal, par exemple, opère une rupture en abandonnant le lien de proportionnalité entre le dommage causé et la peine imposée à la personne fautive. Ce faisant, le droit pénal vise notamment à intégrer à la sanction des considérations relevant non seulement d'une logique d'indemnisation du tort commis à la victime directe (domaine de la responsabilité civile) mais également de celui occasionné à la collectivité.

Le droit disciplinaire et déontologique qui encadre les activités cliniques des médecins participe, à l'instar du droit pénal, de visées réparatrices larges qui ont également mené à la disjonction du lien traditionnel de proportionnalité directe entre le dommage occasionné et la sévérité de la réparation. La prise en considération de cette particularité du droit déontologique pourrait bénéficier à la recherche économique empirique éventuelle sur les tentatives de rationalisation de la gestion des ressources médicales et matérielles, notamment en centre hospitalier. Ces tentatives, comme nous l'avons vu, se traduisent souvent par l'adoption de directives cliniques qui encadrent les activités des médecins.

Or la déontologie médicale prévoit que le médecin doit exercer sa profession selon les normes médicales les plus élevées possibles³⁵. Bien que certaines dispositions du *Code de déontologie des médecins* concernent la gestion des ressources matérielles disponibles au

³³ David D. Friedman, *Law's Order: What Economics Has To Do With Law And Why It Matters*. Princeton: Princeton University Press, 2000. P. 11.

³⁴ E. Mackaay et S. Rousseau, *op. cit. supra*, note 11, p. 355.

³⁵ Il existe des normes analogues dans la plupart des codes de déontologie médicale. En droit québécois, voir : *Code de déontologie des médecins* (RLRQ, c. M-9, r. 17), art. 44.

sein du réseau de soins de santé (perspective globale), le droit déontologique et disciplinaire sous-tend une perspective largement cantonnée à la relation individuelle patient-médecin (perspective individuelle).

Dit autrement, le droit disciplinaire pourrait imposer aux médecins un cadre conceptuel qui considère isolément, et non pas en réseau d'échanges, les diverses relations entre médecins et patients qui prennent place dans le cadre de la prestation de soins de santé, considéré, aux fins de l'analyse, comme le marché des soins de santé. Sous cet angle, l'obligation de donner les meilleurs soins, selon les normes *les plus élevées possibles*, peut grandement diminuer la possibilité même d'introduire des directives cliniques élaborées en vue de rationaliser les soins et la gestion des ressources.

Remarquons que ces directives pourraient par ailleurs souvent tirer leur rationalité de considérations *marginalistes*, c'est-à-dire par l'identification d'un seuil au-delà duquel les bénéfices anticipés d'un traitement donné sont inefficients en regard des usages alternatifs possibles, par exemple au bénéfice d'un autre patient³⁶. Une telle perspective, envisageant plus globalement les ressources médicales et matérielles disponibles, pourrait donc voir un obstacle en l'approche déontologique, plus soucieuse de la relation médecin-patient prise individuellement.

À titre d'illustration, dans la décision du comité de discipline du Collège des médecins du Québec dans *Médecins (Ordre professionnel des) c. Cloutier*³⁷, une norme visant à rationaliser la gestion des ressources médicales est jugée contraire aux obligations déontologiques du médecin. En l'espèce, le Comité conclut en effet que le respect par un médecin d'un plan de contention rationalisant l'offre de services par la fermeture de l'urgence sur le territoire d'un centre hospitalier constitue un manquement à ses obligations déontologiques, ces dernières supplantant tout plan de gestion, directive ou politique administrative.

Selon le cadre analytique retenu, ces effets du régime disciplinaire et déontologique sur la gestion des ressources pourraient être assimilables à la mise *hors marché* des

³⁶ J.M. Eisenberg, *loc. cit. supra*, note 9, 2884 et ss.

³⁷ (C.D. Méd., 2005-09-20 (culpabilité) et 2005-09-20 (sanction)), SOQUIJ AZ-50336221, D.D.E. 2005D-84.

ressources médicales : les ressources sont d'avance destinées à la mise en œuvre du traitement d'un patient considéré *individuellement*, sans que des impératifs d'efficience puissent tempérer cette exigence. Cette situation permettrait peut-être de tenir compte de l'augmentation des pratiques dites de *defensive medicine*³⁸ qui peuvent être perçues comme participant à l'utilisation sous-optimale des ressources médicales.

CONCLUSION

La réduction de pratiques médicales dites défensives est l'un des objectifs que la plupart des auteurs ont attribué aux directives cliniques. Seule l'analyse empirique permettra cependant de déterminer dans quelle mesure cet objectif d'efficience propre aux directives est atteint, notamment en regard de la formulation et de la mise en œuvre actuelle des mécanismes administratifs et légaux qui encadrent les activités du médecin.

L'analyse pourra bénéficier d'un « réalisme augmenté » par l'identification de certains coûts de transaction insoupçonnés qui pourront favoriser une analyse plus riche du traitement judiciaire réservé aux directives cliniques.

La prise en considération du droit est incontournable dans l'analyse économique des directives. Quel que soit le « degré » de réception judiciaire des directives à titre de standard légal, la perception qu'aura le médecin de son niveau de risques pourra en être affectée. Le coût de mise en œuvre de la directive pourra s'établir en fonction de la plus ou moins grande collaboration des médecins, laquelle risque fort bien d'être conditionnée à son tour par l'appréciation qu'aura le médecin de la directive comme outil de gestion de sa responsabilité.

Outre l'enjeu de la responsabilité médicale, le droit disciplinaire apporte lui aussi sa rationalité propre à l'équation. Puisque le droit disciplinaire est généralement reconnu comme supplantant les normes de nature administrative en cas de conflit, il pourrait fort bien s'agir là d'une limite importante à la mise en œuvre des directives cliniques.

³⁸ Sur la question de la médecine défensive, voir : E. Mackaay et S. Rousseau, *op. cit. supra*, note 11, p. 353.