

Responsabilité du médecin

Le consentement thérapeutique et le consentement économique éclairés du patient

JEAN-MICHEL DUC
avocat, Lausanne



I. Préambule

Il y a encore quelques années, la relation médecin-patient s'inscrivait essentiellement sur un modèle de type paternaliste, que l'on peut caricaturer de la manière suivante : le médecin était le détenteur du savoir, soit « l'expert qui savait », le gardien de la vie du patient. Il prenait les décisions pour le patient, à la place du patient, en respectant le principe de bienfaisance. Le patient était perçu comme n'ayant pas les clés lui permettant de décider du traitement. Dans ce modèle, tout ce que le patient pouvait faire était d'acquiescer aux propositions thérapeutiques du médecin et sa liberté se limitait à pouvoir changer de médecin-traitant.

Aujourd'hui, dans la relation patient-médecin, comme dans la relation client-avocat, l'obligation d'information se trouve au centre. Le client-patient n'est plus le « sujet du médecin », il est un véritable partenaire, partie au contrat de soins, qui veut, qui peut – et même parfois qui doit – exercer pleinement son choix. Ce modèle appelé délibératif veut instaurer un dialogue entre le médecin et le patient. Le consentement du patient se définit alors comme l'acte autorisant le médecin à mettre en œuvre un traitement qu'il a, au préalable, explicité au patient.

Dans la pratique, le consentement du malade peut poser problème.

D'une part, il y a les personnes qui sont incapables de donner leur consentement : l'enfant, l'handicapé mental, la personne dans le coma, la personne âgée confuse, etc.

D'autre part, pour pouvoir se déterminer, le patient doit avoir accès à l'information. Si le patient n'a pas la connaissance de la science médicale, il est toutefois en mesure de comprendre et d'apprécier la portée d'un acte médical sur son existence et sur ses valeurs. Il doit avoir la possibilité de répondre à la question de savoir si le traitement proposé est acceptable pour lui. Pour ce faire, un dialogue médecin-patient est donc nécessaire, afin que le contrat thérapeutique puisse s'inscrire dans le respect de la volonté commune et concordante du patient et du médecin. Il est important de rappeler que ce n'est pas au médecin de prendre les décisions de vie ou de mort en lieu et place des patients.

D'ailleurs, sur le site de l'Etat de Vaud, sous Droits des patients / Consentement libre et éclairé, il est indiqué : « *Aucun soin ne peut être donné sans le consentement libre et*

éclairé du patient capable de discernement, qu'il soit majeur ou mineur. Le patient capable de discernement a le droit de refuser des soins, d'interrompre un traitement ou de quitter un établissement sanitaire s'il le souhaite. »

Quelles sont l'origine et l'évolution du consentement libre et éclairé du patient ?

Quelle est la portée de cette notion ?

Qui est le garant du consentement ?

Qu'en est-il de la prise en charge du traitement ? Y a-t-il lieu de s'assurer du consentement du patient ?

Voilà quelques questions auxquelles nous tenterons d'apporter des réponses dans l'exposé qui suit.

II. Fondement du devoir d'information

1. Base constitutionnelle

Le devoir d'information du médecin trouve son fondement dans le droit constitutionnel au *respect de sa liberté personnelle et de son intégrité corporelle* (art. 10 Constitution fédérale¹) ; elle est liée à l'existence du risque inhérent à tout acte médical, risque qui ne peut être assumé que par celui qui y est exposé. Le médecin qui exécute un acte médical sans en informer son patient ni en obtenir son accord commet en règle générale un acte contraire au droit et répond du dommage qui pourrait en résulter². Ainsi, le médecin engage sa responsabilité s'il prodigue des soins sans avoir obtenu de son patient le consentement éclairé qu'il aurait pu et dû solliciter. Il répond alors de tout préjudice consécutif à l'échec de l'opération, même s'il n'a pas violé les règles de l'art. Certes, il peut se libérer en prouvant que son patient aurait consenti au traitement s'il en avait connu la nature exacte et les risques.

2. Base légale

Le devoir d'information du médecin est également ancré dans loi, en particulier dans les dispositions de droits public et privé.

D'un point de vue du droit public, la plupart des législations cantonales sur la santé publique ont prévu le principe du devoir d'information et du consentement éclairé du pa-

¹ Art. 10 *Droit à la vie et liberté personnelle*

¹ *Tout être humain a droit à la vie. La peine de mort est interdite.*

² *Tout être humain a droit à la liberté personnelle, notamment à l'intégrité physique et psychique et à la liberté de mouvement.*

³ *La torture et tout autre traitement ou peine cruels, inhumains ou dégradants sont interdits.*

² ATF 126 I 112 : Le Tribunal fédéral a précisé que l'administration forcée de médicaments psycho-pharmaceutiques touche le noyau intangible de la liberté personnelle sauf si le traitement poursuit un but thérapeutique (ATF 108 II 59).

tient. Ainsi, à titre d'exemple, l'art. 21 al. 1 de la loi sur la santé publique du canton de Vaud prévoit que :

« Afin de pouvoir consentir de manière libre et éclairée et faire un bon usage des soins, chaque patient a le droit d'être informé de manière claire et appropriée sur son état de santé, les différents examens et traitements envisageables, les conséquences et les risques prévisibles qu'ils impliquent, le pronostic et les aspects financiers du traitement. »

L'art. 23 de dite loi ajoute que :

« ¹Aucun soin ne peut être fourni sans le consentement libre et éclairé du patient concerné capable de discernement, qu'il soit majeur ou mineur.

²En cas de soins usuels et non invasifs, le consentement du patient peut être tacite.

³Un patient capable de discernement peut à tout moment refuser ou interrompre des soins ou quitter un établissement. Le professionnel de la santé ou l'établissement concerné a alors le droit de lui demander de confirmer sa décision par écrit après l'avoir clairement informé des risques ainsi encourus. Les dispositions concernant la privation de liberté à des fins d'assistance sont réservées. »

En droit privé, le contrat thérapeutique conclu entre un médecin et un patient répond en général aux règles du mandat, tel qu'il est défini aux art. 394 ss CO. A cet égard, la jurisprudence a précisé qu'informer le patient de manière appropriée fait partie des obligations contractuelles du médecin³.

3. Code de déontologique

Enfin, l'art. 10 du code de déontologie de la FMH prévoit que : « Le médecin fournit au patient une information compréhensible sur les investigations diagnostiques et les mesures thérapeutiques envisagées, les résultats d'examens, le pronostic et les risques, ainsi que sur les autres possibilités de traitement. Il évalue soigneusement la manière dont il mènera l'entretien avec le patient et les informations que celui-ci est en mesure de supporter. S'il existe un doute quant à la prise en charge du traitement par l'assurance du patient, le médecin en informe celui-ci et lui demande de vérifier la question du remboursement auprès de son assureur. »

Nous nous attellerons à examiner deux éléments-clés de ce devoir d'information :

- le contenu de l'information thérapeutique et le consentement éclairé
- l'information économique et le consentement éclairé.

III. Devoir d'information thérapeutique et consentement éclairé

1. Obligation du devoir d'information

Le devoir d'information thérapeutique a pour corollaire le principe qu'aucun acte médical, ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé du patient, et ce consentement peut être retiré à tout moment.

Le Tribunal fédéral a eu à se prononcer sur les limites du devoir d'informer incombant au médecin pour la première fois dans un arrêt ancien du 13 novembre 1980⁴.

Le devoir d'informer trouve ses limites dans la définition même de la science médicale, qui a pour objet la conservation et le rétablissement de la santé. Le médecin doit donner au patient *en termes clairs, intelligibles et aussi complets que possible* une information sur le diagnostic, la thérapie, le pronostic, les alternatives au traitement proposé, les risques de l'opération, les chances de guérison, éventuellement sur l'évolution spontanée de la maladie⁵. Cette information doit être aussi simple, intelligible et loyale que possible, afin que le patient puisse se déterminer en connaissance de cause. Cependant, cette information ne doit pas susciter chez le malade un état d'appréhension préjudiciable à sa santé.

L'information thérapeutique du médecin consiste aussi à donner au patient des règles de conduite. Elle doit aussi lui montrer comment il doit se comporter s'il veut favoriser sa guérison, en tout cas s'il ne veut pas la mettre en danger (exemples ; se mettre à la diète, se ménager, etc.). L'information thérapeutique fait partie du traitement médical. Elle incite le patient à un certain comportement qui sert à la guérison et le rend attentif aux éventuels dangers du traitement.

Cette information doit répondre aux questions posées par le patient, soit plus spécifiquement à celles en rapport avec :

- son état de santé et l'évolution prévisible avec et sans traitement ;
- la description et le déroulement des examens et des soins proposés ;
- aux objectifs des traitements, leur utilité et les bénéfices attendus ;
- Les conséquences attendues du traitement et leurs inconvénients ;
- les complications possibles avec et sans traitement, et leurs risques éventuels, y compris ceux qui sont exceptionnels ;
- les précautions générales et particulières recommandées aux patients.

Il sied de préciser qu'une appréciation médicale qui serait qualifiée de trop optimiste pourrait engager la responsabilité du médecin.

³ ATF 119 II 456.

⁴ ATF 105 II 284.

⁵ Arrêt du Tribunal fédéral du 9 janvier 2008 (4C.66/2007).

2. Situation des mineurs

La jurisprudence admet qu'un patient mineur peut consentir seul à un traitement médical qui lui est proposé lorsqu'il est capable de discernement⁶. En effet, le mineur capable de discernement peut exercer seul les droits strictement personnels⁷, parmi lesquels figure la faculté de consentir à un acte médical.

Le mineur ne sera donc représenté par ses parents que s'il est incapable de discernement et l'évolution du droit tend à ce que, même dans cette hypothèse, l'on tienne compte de son avis. La jurisprudence a souligné que la capacité de discernement d'un patient mineur, condition indispensable pour que celui-ci puisse consentir seul à un traitement, doit être appréciée dans chaque cas, en regard de la nature des problèmes que pose l'intervention. Les détenteurs de l'autorité parentale devraient être appelés à intervenir seulement s'il y a un doute que la personne mineure puisse apprécier objectivement les tenants et aboutissants de l'intervention proposée, mais l'intérêt thérapeutique du patient doit rester prépondérant dans tous les cas. Demeurent réservées les hypothèses où l'urgence d'une intervention est telle qu'il serait préjudiciable à cet intérêt d'attendre que les personnes concernées donnent leur consentement éclairé⁸.

3. Risques graves exceptionnels prévisibles

Le médecin doit informer le malade des risques graves afférents aux investigations et soins proposés. Il n'est pas dispensé de cette obligation par le seul fait que ces risques ne se réalisent qu'exceptionnellement.

A cet égard, l'on peut se référer à la jurisprudence française qui a jugé que l'information devait porter sur les risques graves exceptionnels prévisibles. A titre d'exemples, dans une affaire concernant la perte d'un œil suite à une intervention chirurgicale d'une cataracte, il a été jugé que le médecin devait prévenir son patient du risque de perte de l'œil, bien que ce risque soit rare et que cette information puisse entraîner un état psychologique défavorable. De même, un médecin doit prévenir un patient du risque de syndrome de loge suite à une intervention sur gonarthrose bien que le risque ne soit que de 1 %, ou du risque de paralysie lors de la pose d'une prothèse totale de hanche même si ce risque se situe entre 0.5 % et 2 %, ou encore du risque d'une atteinte à l'ure-

tère suite à une hystérectomie, même s'il est entre de 0.5 % et 2.5 %⁹.

4. Exceptions au devoir d'information

Dans un certain nombre de cas, il n'y a pas d'obligation d'information thérapeutique du patient. Il s'agit des situations suivantes :

- Les mesures thérapeutiques courantes ou les interventions anodines, soit celles qui ne présentent pas de danger particulier et qui ne peuvent entraîner d'atteinte importante ou durable à l'intégrité corporelle ;
- Les interventions urgentes, soit celles qui confinent à l'état de nécessité ;
- Les situations qui demandent du médecin qu'il n'inquiète pas inutilement le patient en suscitant chez ce dernier un état d'anxiété préjudiciable à sa santé (privilège thérapeutique)¹⁰.

4.1. Risques exceptionnels imprévisibles

Le médecin n'a pas à informer des risques exceptionnels imprévisibles.

Ainsi, il a été jugé que le médecin n'avait pas à renseigner le patient d'un risque d'occlusion intestinale par sepsis grave par germe anaérobie suite à une sclérose hémorroïdaire par injection, bien qu'il existe une relation de causalité entre l'injection et la complication, au motif que cette relation était exceptionnelle et imprévisible¹¹.

De même, lors d'une opération d'un genou, un assuré a fait un grave choc anaphylactique, suite à l'administration d'un antibiotique. Bien que ce risque d'allergie ait été connu des praticiens, il a été jugé que ceux-ci n'avaient pas violé leur devoir en n'informant pas le patient de ce risque. En effet, sa réalisation était imprévisible au regard des examens préopératoires effectués et de l'absence d'antécédent connu.

4.2. Limites de l'information dans le cadre de l'urgence

Selon la doctrine française, tout patient entré « aux urgences » dans un établissement de soins, et dont la prise en charge ne nécessite pas un transfert au bloc opératoire dans les six heures, doit pouvoir bénéficier d'une information aussi complète que possible ; il devra donc, en même temps que sont demandés et réalisés un certain nombre d'examen préopératoires, recevoir une information orale de la part de celui qui doit intervenir. Pour cela, le chirurgien doit prendre le temps de voir son patient et de lui exposer le diagnostic

⁶ ATF 114 Ia 350.

⁷ Cf. art. 19 al. 1 et 2 CC : Les mineurs et les interdits capables de discernement ne peuvent s'obliger par leurs propres actes qu'avec le consentement de leur représentant légal. Ils n'ont pas besoin de ce consentement pour acquérir à titre purement gratuit, ni pour exercer des droits strictement personnels.

⁸ ATF 134 II 235.

⁹ Asspro-info.com – septembre 09, n° 18, p. 9.

¹⁰ Arrêt du Tribunal fédéral du 28 avril 2003 (4P.265/2002).

¹¹ Asspro-info.com – septembre 09, n° 18, p.11.

suspecté et la thérapeutique envisagée ; le chirurgien doit de plus recueillir un consentement à ce qu'il propose. Afin d'étayer l'information orale donnée, il veillera à recueillir un consentement écrit, et au besoin il remettra une fiche d'information relative à l'intervention programmée et à ses caractères d'urgence.

Si le patient le souhaite, le praticien peut s'entretenir avec une personne de confiance. Qu'en est-il si le patient n'est pas en état de comprendre ? Dans cette hypothèse, et si l'on dispose d'un délai de quelques heures, il est nécessaire d'avoir un entretien avec les membres de la famille, entretien au cours duquel les risques seront clairement exposés ; il est utile de consigner cet entretien dans le dossier.

Par contre, pour tout patient entrant dans le cadre de l'extrême urgence, ou de l'urgence vitale, ces principes ne peuvent être respectés. Les soins doivent être dispensés sans retard. Cependant, l'on veillera à ce que l'entourage immédiat soit prévenu.

Dès que l'état de santé le permet, le patient doit recevoir l'information de ce qui a été fait. Un résumé de l'entretien doit être consigné dans le dossier. Si le patient est hors d'état de recevoir l'information, cela doit être consigné et la famille prévenue et renseignée.

Tout au long de la période difficile, le dossier doit porter la trace de tout ce qui est dit en matière d'information, de manière claire et loyale¹².

Ainsi, dans le cadre de l'ablation de l'utérus, un médecin a découvert un cancer en cours d'intervention. Il a alors procédé à une hystérectomie, suivie de complications hémorragiques. Le Tribunal a jugé qu'il n'y avait pas de défaut d'information. Il a estimé sur la base de l'expertise médicale entreprise que la patiente se trouvait dans une situation d'extrême urgence thérapeutique pendant l'intervention chirurgicale, ce qui empêchait de recueillir son consentement éclairé¹³.

4.3. Privilège thérapeutique

Le médecin ne doit pas inquiéter inutilement le patient en suscitant chez ce dernier un état d'anxiété préjudiciable à sa santé ; il s'en suit qu'un pronostic grave ou fatal peut être caché au patient, mais doit en principe être révélé à ses proches¹⁴.

Il appartient au médecin d'apprécier les risques d'une information complète et de limiter cette information, le cas échéant, à ce qui est compatible avec l'état physiologique et psychologique du malade.

4.4. Autres motifs justifiant l'absence d'information

Le devoir d'informer tombe au surplus s'il ressort des circonstances que le patient est déjà renseigné ou est censé l'être, par exemple s'il est lui-même médecin, ou encore s'il donne son accord au traitement proposé en renonçant expressément ou par une attitude sans équivoque à recevoir de plus amples informations¹⁵.

5. Consentement éclairé

Le consentement éclairé du patient doit être donné librement, et pour être valable, il ne doit être entaché ni de tromperie, ni de pression, et encore moins de menace.

A cet égard, si une intervention médicale est lourde ou présente des risques importants, le temps nécessaire pour forger la détermination du malade doit être de trois jours au moins. Pendant cette période de réflexion, le patient ne doit pas être hospitalisé, car l'influence, même positive du milieu médical et hospitalier est impropre à favoriser la formation de la volonté objective du patient. A défaut de telles précautions, le consentement donné doit être considéré comme inefficace pour justifier l'opération¹⁶.

Le Tribunal fédéral a rappelé que le droit à l'autodétermination du patient est extrêmement large, et qu'il inclut pour l'intéressé le refus de toutes mesures curatives, même si cela doit le conduire à la mort. La liberté personnelle consacre en effet pour le patient le droit de vivre sa maladie comme il l'entend¹⁷.

6. Conséquences de l'acte médical exécuté sans le consentement du patient

Bien que le risque de l'acte médical soit supporté en principe par le patient, ce risque passe au praticien, s'il est exécuté sans le consentement éclairé qu'il aurait pu et dû solliciter.

Le fait auquel l'ordre juridique attache le devoir de réparation est l'acte accompli en violation d'une obligation contractuelle ou d'une norme générale de comportement. Or, l'opération faite sans le consentement éclairé du patient est contraire au droit et l'est tout entière. L'existence d'un lien de causalité, condition de toute responsabilité, doit donc s'apprécier entre l'intervention chirurgicale, considérée dans son ensemble, et le préjudice subi par le patient. Ce lien existe, de manière naturelle et adéquate, lorsque l'opération aboutit à un échec, c'est-à-dire à une atteinte à la vie, la santé ou l'intégrité corporelle, et qu'elle apparaît normalement propre, selon le cours ordinaire des choses, à provoquer un résultat du genre de celui qui s'est produit.

¹² Asspro-info.com – février 08, n° 17, p. 4 ss.

¹³ Asspro-info.com – septembre 09, n° 18, p. 9.

¹⁴ Arrêt du Tribunal fédéral du 28 avril 2003 (4P.265/2002).

¹⁵ ATF 105 II 284.

¹⁶ Arrêt du Tribunal fédéral du 28 avril 2003 (4P.265/2003).

¹⁷ Arrêt du Tribunal fédéral du 28 avril 2003 (4P.265/2003).

L'opération faite sans le consentement éclairé du patient s'appréhende dans son ensemble. Elle constitue un tout indivisible. Pour que la responsabilité du médecin soit engagée, il suffit au patient de démontrer qu'il n'aurait vraisemblablement pas été lésé dans son intégrité corporelle si son médecin s'était abstenu de l'intervention considérée, et que l'opération lui a dès lors fait perdre une chance de conserver sa santé. Il n'a pas à prouver l'attitude qu'il aurait adoptée par hypothèse dans des circonstances qui ne se sont pas produites.

Il sied de rappeler que la violation des règles de l'art est soumise à une preuve plus stricte, puisque le patient doit démontrer que l'erreur de diagnostic ou de traitement, est la condition sine qua non de son préjudice¹⁸.

7. Consentement hypothétique du patient

En cas d'acte médical exécuté sans le consentement du patient, le médecin peut toutefois échapper à sa responsabilité en établissant que celui-ci aurait de toute manière consenti au traitement, s'il en avait connu la nature et les risques. Pour ce faire, le médecin doit alléguer et prouver l'existence de circonstances permettant d'affirmer que son patient aurait donné son accord au traitement considéré, et exécuté par le même praticien dans les mêmes conditions, s'il avait été dûment informé et consulté¹⁹.

En principe, le consentement hypothétique ne doit pas être admis lorsque le genre et la gravité du risque encouru auraient nécessité un besoin accru d'information, que le médecin n'a pas satisfait. Dans un tel cas, il est en effet plausible que le patient, s'il avait reçu une information complète, se serait trouvé dans un réel conflit quant à la décision à prendre et qu'il aurait sollicité un temps de réflexion. Par ailleurs, il ne faut pas se baser sur le modèle abstrait d'un « patient raisonnable », mais sur la situation personnelle et concrète du patient dont il s'agit. Ce n'est que dans l'hypothèse où le patient ne fait pas état de motifs personnels qui l'auraient conduit à refuser l'intervention proposée, qu'il convient de considérer objectivement s'il serait compréhensible, pour un patient sensé, de s'opposer à l'opération²⁰.

Si le médecin parvient à établir que le malade concerné se serait tout de même décidé en faveur du traitement ou de l'intervention proposée à supposer qu'il ait reçu une information complète et appropriée, l'illicéité de l'intervention, et par conséquent l'obligation de réparer, disparaissent. Le fardeau du consentement hypothétique incombe au médecin, mais le patient doit collaborer à cette preuve en rendant vraisemblable ou au moins en alléguant les motifs personnels qui l'auraient incité à refuser la mesure thérapeutique ou l'intervention, s'il en avait connu les conséquences²¹.

¹⁸ ATF 105 II 284.

¹⁹ ATF 105 II 284.

²⁰ ATF 133 III 121.

²¹ Arrêt du Tribunal fédéral du 28 avril 2003 (4P.265/2002).

IV. Devoir d'information économique et consentement éclairé

Tout patient a droit à une information sur les frais auxquels il pourrait être exposé à l'occasion d'actes de prévention, de diagnostic et de traitement, et sur les conditions de leur prise en charge. A cet égard, il s'agit d'une obligation accessoire du contrat de soins, imposant au médecin d'éviter au patient des désagréments sur le plan financier, le praticien assumant toutefois un devoir d'information minimale en matière économique. Il lui appartient toutefois d'attirer l'attention du patient lorsqu'il sait qu'un traitement, une intervention ou ses honoraires ne sont pas couverts par les assurances sociales ou privées (caisse-maladie, assurance-accidents, assurance-invalidité, autres assurances) ou lorsqu'il éprouve – ou doit éprouver – des doutes à ce sujet.

Le respect de cette obligation s'apprécie d'autant plus strictement que le montant en jeu est important²². Le praticien qui est interrogé par son patient sur la couverture d'assurance doit y répondre correctement et non à la légère ; s'il n'est pas en mesure de donner une réponse exacte, il doit conseiller à son patient de contacter directement sa caisse-maladie avant le traitement, à moins qu'il ne prenne directement contact avec elle.

En l'absence de consentement éclairé sur le plan économique, le médecin peut encore se libérer en apportant la preuve que le patient aurait accepté l'intervention proposée s'il avait reçu une information complète et appropriée (consentement hypothétique). A défaut, il appartiendra au praticien d'assumer le montant supplémentaire des frais à charge du patient.

Le médecin doit avertir le patient du défaut de prise en charge du traitement par les caisses-maladie, lorsque l'assuré n'est pas en mesure de s'en rendre compte par lui-même²³.

Seules les interventions urgentes ne sont pas soumises à l'obligation d'information économique. A cet égard, nous pouvons relever que la loi fédérale sur l'assurance-maladie prévoit la prise en charge des frais pour toutes interventions urgentes (cf. art. 41 al. 3 LAMal).

V. Entretien d'information et preuve – documents écrits

Comme le prévoient les règles déontologiques, l'information doit être communiquée lors d'un entretien avec le patient, ce qui nécessite que celle-ci soit transmise oralement. A cet égard, le médecin doit s'assurer que le patient a bien compris les informations communiquées.

La remise d'un écrit au patient est facultative hormis les cas prévus par la loi.

²² ATF 119 II 456.

²³ ATF 119 II 456 et jugement cantonaux cités.

Accepter de passer de l'oralité à un consentement éclairé écrit constitue un bouleversement profond dans le monde médical. Il est ressenti par certains comme une brèche dans la relation de confiance existant entre le patient et son médecin. Toutefois, cette évolution nous paraît inéluctable ; elle est le fruit d'une évolution des mentalités, qui s'inscrit dans une nouvelle réalité.

Dans le cadre de notre activité, nous sommes parfois confrontés à certains patients qui contestent la qualité et la réalité de l'information orale qu'il leur a été donnée. Dans un certain nombre de cas, il peut certainement s'agir de mauvaise foi, mais plusieurs études ont démontré que 12 % à 20 % des patients ne mémorisaient pas le contenu de la consultation, probablement en raison du stress émotionnel entourant cette dernière²⁴.

Dans ce contexte, l'information écrite apparaît comme un complément utile et nécessaire, et les documents écrits doivent être remis au patient.

Même si d'aucuns exposent que ce document n'a pas vocation à recevoir la signature du patient, le seing apposé par le patient constitue une preuve que l'information a été donnée.

La difficulté de la forme du consentement se pose pour les traitements d'une certaine gravité. Pour les petites affections et dans la plupart des cas, le consentement est donné implicitement par les ordonnances prescrites et l'exécution des prescriptions par le patient.

Le document écrit doit être synthétique, complet et clair, sans excès. Quatre pages apparaissent être un maximum. Les indications qui y figurent doivent être compréhensibles. A cet égard, il est opportun de les faire évaluer par des associations de patients qui peuvent se déterminer sur la qualité de l'information donnée, la façon dont elle a été faite et la traçabilité dans le dossier médical.

Je relève que dans certains jugements il a été retenu l'existence d'une information incomplète. Ainsi, dans une affaire, un médecin a été condamné à indemniser une patiente pour un défaut d'information sur les différentes possibilités thérapeutiques. Il s'agissait d'une personne opérée d'une hernie qui a souffert suite à cette intervention d'une paraplégie complète, sans faute médicale. Les juges ont estimé que le document d'information donné était trop général. La patiente aurait dû être informée sur les différentes techniques opératoires possibles et être libre de choisir entre celles-ci. Il s'en suit que la signature d'un document trop général ne peut libérer le médecin de son devoir d'information²⁵.

Enfin, il est recommandé que le dossier médical porte la trace des informations données au patient. D'une part, elle permet à l'équipe soignante ou à un autre médecin d'en prendre connaissance. D'autre part, elle constitue un indice sérieux que celles-ci ont été communiquées au patient.

C'est au médecin qu'il appartient d'établir qu'il a suffisamment renseigné le patient et obtenu son consentement éclairé préalablement au traitement ou l'intervention²⁶.

Comme il appartient au médecin de prouver que l'information a été donnée au patient, ce dernier peut apporter cette preuve par tous les moyens, soit en particulier :

- les documents écrits remis,
- les mentions dans le dossier médical,
- le nombre de consultations antérieures au traitement ou à l'intervention,
- le laps de temps entre les consultations et l'intervention,
- la durée du délai de réflexion,
- la pratique habituelle du médecin concerné,
- l'existence d'une intervention précédente identique.

VI. Casuistique

1. Sur le devoir d'information thérapeutique

1.1. ATF du 12 janvier 1982 – ATF 108 II 59

a. Une patiente avait donné son accord à une opération de réduction des seins avec excision de kystes. En procédant à une mammectomie sous-cutanée totale avec pose de prothèses, le médecin a fait une opération plus mutilante que celle que la patiente avait consentie.

Le Tribunal fédéral a jugé que l'acte chirurgical accompli représentait une atteinte grave et irrémédiable à l'intégrité corporelle de la patiente. En l'occurrence, le médecin avait l'obligation de signaler à sa patiente qu'il allait ou devrait peut-être procéder à une mammectomie sous-cutanée avec pose de prothèses ; il était tenu de la renseigner sur la nature et les risques de l'opération, notamment ceux inhérents aux phénomènes de rejet.

b. A cet égard, il importe peu que le médecin n'ait été amené qu'en cours d'intervention à choisir ce type d'opération. Le chirurgien que le déroulement d'une opération place devant le choix d'une intervention mutilante ne peut se passer du consentement de son patient, à moins que l'acte envisagé ne s'impose de manière urgente ou indubitablement nécessaire. Il doit s'interrompre s'il peut le faire sans danger pour son patient.

1.2. ATF du 27 novembre 2001 – 4C.229/2000

a. Dans le cadre d'une trithérapie, une patiente a pris du Bellergal, en automédication, soit un médicament dispensé uniquement sur ordonnance. Elle a alors souffert de

²⁴ Asspro-info.com – septembre 09, n° 18, p. 12.

²⁵ Asspro-info.com – septembre 09, n° 18, page 13.

²⁶ ATF 133 III 121.

l'interaction médicamenteuse sous la forme d'un ergotisme sévère qui a nécessité l'amputation du pied droit.

Le Tribunal fédéral a confirmé, sur la base d'indices, que le médecin n'avait pas informé la patiente du risque d'interactions médicamenteuses. Il a admis sa responsabilité pour le dommage en rapport avec le défaut d'information.

b. Le médecin avait certes l'habitude d'informer les patients sur les risques d'interactions. Toutefois, dans le cas particulier, il n'était pas parvenu à se souvenir précisément s'il l'avait fait, et le comportement de la patiente démontre le contraire.

Toutefois, le Tribunal fédéral a réduit la responsabilité à raison de 50 % pour tenir compte de la faute concomitante de la patiente. En effet, prendre un médicament soumis à ordonnance en automédication, alors que l'on est déjà sous médication lourde aux effets puissants, témoigne d'une légèreté qui justifie une réduction de responsabilité.

1.3. ATF du 28 avril 2003 – 4P.265/2002

a. Un agent de sécurité souffrait depuis de nombreuses années de graves troubles cérébraux sous la forme d'un cavernome protubérantiel avec suspicion de saignements.

A la suite d'une crise, les neurologues l'ont invité à consulter un neurochirurgien. L'intéressé, alors âgé de 30 ans, a eu une consultation avec un neurochirurgien qui lui a proposé de l'opérer le lendemain déjà, ce que le patient a accepté.

Le médecin a exposé que l'intervention était nécessaire en raison des risques d'hémorragie toujours plus importants dans une partie très délicate du cerveau. Le chirurgien a précisé à son patient que l'opération impliquait un risque mortel minime. Toutefois, il ne lui a pas mentionné les pourcentages connus de risques de décès (moins de 5 % des cas) et de complications (de 20 à 30 % des cas).

Notons par ailleurs que la gravité de l'affection ne commandait pas que l'intervention se fasse le lendemain de la consultation, mais au plus tard dans les semaines qui suivent.

A la suite de l'intervention, la patiente a souffert de graves séquelles (paralysie, hypoesthésie) entraînant une invalidité à 100 %.

Le Tribunal fédéral a admis la responsabilité de l'hôpital en raison du dommage en rapport avec le défaut d'information.

b. En l'occurrence, la rareté de l'opération pratiquée environ deux fois par année par le médecin, sa gravité et les risques encourus impliquaient un devoir d'information accru de la part du médecin. Or, le neurochirurgien n'a pas attiré spécialement l'attention du malade sur les dangers éventuels entraînés par l'intervention. A cela s'ajoute que le patient n'a pas disposé du temps de réflexion usuel et nécessaire en dehors du milieu hospitalier (au minimum trois jours), pour savoir s'il acceptait l'opération.

1.4. ATF du 12 juillet 2007 – 1P.71/2007

a. Un médecin a entrepris une opération des yeux sans informer préalablement son patient des effets potentiels indésirables de cette intervention médicale. Cette opération a gravement porté atteinte à la situation ophthalmique de l'assuré qui a perdu une perte substantielle d'indépendance et qui bénéficie depuis d'une rente AI entière.

Le Tribunal fédéral a admis la violation du devoir d'information du médecin.

b. Dans le cas particulier, une information complète était requise, malgré un potentiel effet anxiogène. Cette obligation s'imposait d'autant plus que les études alors disponibles faisaient état de 7 % de patients absolument pas satisfaits de l'opération pratiquée, en raison d'effets secondaires importants. Par ailleurs, la technique utilisée était relativement innovante à l'époque.

La patiente aurait dû être mise au courant des risques non négligeables de complications graves, ne serait-ce aussi parce qu'il n'est pas toujours possible de remédier à des complications de façon simple et définitive.

Enfin, il est reproché au médecin de n'avoir ni consigné par écrit, ni informé la patiente des effets secondaires possibles de l'opération envisagée. Ce dernier affirmait l'avoir fait oralement, sans toutefois se souvenir exactement des précisions communiquées. Il ne disait se souvenir, de manière certaine, que de l'information quant aux risques d'infection et de décollement de la rétine. La patiente quant à elle, se remémorait avec précision ne pas avoir été renseignée sur les potentiels effets secondaires.

1.5. ATF du 9 janvier 2008 – 4C.66/2007

a. Un médecin qui souffrait d'une occlusion intestinale s'est fait opérer en urgence. Il s'en est suivi des complications, soit notamment une nécrose. Ce patient reproche aux chirurgiens le défaut de certains examens diagnostics et l'inutilité de l'intervention chirurgicale.

Le Tribunal fédéral a confirmé l'absence de responsabilité médicale.

b. Notre Haute Cour a jugé qu'aucun élément ne laisse apparaître que le genre ou la gravité du risque encouru lors de l'intervention aurait nécessité un besoin accru d'information, empêchant d'emblée les médecins d'invoquer le moyen tiré du consentement hypothétique. Il n'existe pas de raisons personnelles qui auraient incité le patient à refuser l'intervention s'il avait été dûment informé et un patient sensé et raisonnable placé dans la même situation aurait accepté l'opération. Au surplus, le Tribunal fédéral relève que l'opération a été pratiquée en urgence, de sorte que l'on peut se demander si les médecins n'étaient pas exceptionnellement déliés de leur devoir d'information.

1.6. ATF du 24 avril 2008 – 6B_646/2007

a. Le traitement d'un grave cancer du gros intestin fut entrepris dans un hôpital pendant plusieurs jours comprenant des radiations et la prise d'un médicament (Fluorouracil). Pendant cette thérapie, l'état de santé de l'assuré se détériora. Après trois jours, le traitement fut interrompu, et quatre jours plus tard, le patient décéda.

Le Tribunal fédéral a renvoyé le dossier et a jugé qu'il y avait lieu d'instruire sur la responsabilité du producteur du médicament.

b. Celui qui met en circulation un médicament contre le cancer, doit publier des informations dans la littérature spécialisée sur les effets secondaires possibles et les expériences négatives.

1.7. ATF du 19 mai 2009 – 4A_604/2008

a. Un médecin a opéré une patiente d'une rhizarthrose (arthrose dégénérative des petites articulations de la main) et d'un tunnel carpien. D'une part, pour la rhizarthrose, il a utilisé une technique peu standard, soit moins invasive mais qui ne donne de bons résultats que dans 60 % à 70 % des cas, et d'autre part, il a procédé à une neurolyse du nerf médian aux carpes (intervention sur le canal carpien) sans en informer la patiente. L'opération de la rhizarthrose a échoué, nécessitant une opération plus radicale, et la neurolyse a entraîné une cicatrice douloureuse à la paume de la main, qui s'inscrit dans le risque opératoire de 1 %.

L'expertise mise en œuvre a constaté qu'il n'y avait pas eu de violation des règles de l'art, même si la méthode utilisée pour la rhizarthrose n'était pas standard et ne correspondait pas aux techniques les plus couramment préconisées.

Le Tribunal fédéral a jugé que, bien que l'opération ait été entreprise sans le consentement éclairé du patient, il y avait lieu d'admettre le consentement hypothétique de la patiente.

b. S'agissant de l'intervention pour la rhizarthrose, il ne s'agit pas d'une opération délicate même si elle pouvait être considérée comme non standard. En effet, ni le genre ni la gravité des risques encourus n'exigeaient impérativement une information détaillée de sorte que son absence priverait d'emblée le médecin de l'objection du consentement hypothétique. D'autre part, l'option pour la patiente consistait soit à subir une opération légère, de nature conservatrice et non incisive, qui offrirait tout de même 60 à 70 % de chances de supprimer la rhizarthrose et comportait pour tout risque de devoir procéder à une nouvelle intervention, cette fois-ci plus agressive, soit à se soumettre directement à une opération incisive et radicale, dont il n'est pas démontré qu'elle présente des chances de succès plus importantes que la méthode palliative et qui comprenait des risques de complications. Dans ces circonstances, la patiente, comme toute personne sensée, n'aurait certainement pas refusé l'opération qui touchait le moins à l'articulation de son pouce droit, au profit d'une in-

tervention plus agressive qui, en cas d'échec, n'offrirait pas d'alternative.

En ce qui concerne l'opération du tunnel carpien, il s'agit d'une intervention relativement banale, dont le seul risque mentionné est une cicatrice douloureuse dans « au moins 1 % » des cas, ce qui ne constitue manifestement pas une grande proportion. Là également, aucun besoin accru de renseignements quant aux risques encourus ne peut être retenu. Par ailleurs, une partie de la doctrine médicale préconise de traiter chirurgicalement le tunnel carpien en même temps qu'une rhizarthrose. Dans la mesure où la patiente devait de toute manière subir une anesthésie générale, elle aurait sans conteste accepté l'intervention du tunnel carpien pour résoudre un problème qui ne pouvait qu'empirer, même s'il n'était alors que peu symptomatique.

1.8. ATF du 2 avril 2008 – ATF 134 II 235

a. Une jeune fille de 13 ans s'est fracturé le coccyx. Le médecin consulté a proposé l'alternative suivante, soit ne rien faire et laisser faire le temps, soit repositionner le coccyx par toucher rectal par un ostéopathe. La mère de la patiente a sollicité l'intervention d'un ostéopathe qui a effectué deux manipulations malgré l'opposition de l'adolescente.

Suite à une plainte de la mère qui a critiqué la prise en charge médicale, l'ostéopathe a été condamné à une amende disciplinaire de CHF 1'500 pour violation du consentement de la patiente.

b. En l'occurrence, l'adolescente, alors âgée de 13 ans, était apte à comprendre les renseignements médicaux donnés, à saisir la lésion dont elle souffrait, à apprécier la portée du traitement proposé, ainsi que son alternative et à communiquer son choix en toute connaissance de cause.

1.9. ATF du 26 octobre 2010 – 6B_733/2010

a. Suite à une intervention chirurgicale destinée à corriger une légère myopie, la vision de la patiente s'est gravement péjorée.

Le Tribunal fédéral a confirmé la libération du médecin de toute poursuite pénale, faute de causalité adéquate entre le résultat intervenu et le comportement du médecin.

b. Il ressort de l'expertise judiciaire, que le grave défaut de cicatrisation constitue une complication rarissime, qui a même été qualifiée d'imprévisible par l'expert. Il n'avait d'ailleurs pas d'explications scientifiques étayées sur ce qui avait posé, en l'espèce, à la patiente, le retard extrême de cicatrisation. En outre, les experts, après recherche dans la littérature, n'ont pas trouvé de cas identique ou similaire.

2. Sur le devoir d'information économique

2.1. ATF du 27 décembre 1993 – ATF 119 II 456

a. Une patiente qui souffrait d'obésité a consulté un chirurgien, qui a pratiqué une gastroplastie dans une clinique

privée. Avant cette opération, la patiente avait demandé au médecin si l'opération envisagée était prise en charge par sa caisse-maladie ; le médecin lui a répondu qu'à son avis, sans être catégorique, l'intervention devait être prise en charge par sa caisse-maladie. Or, ladite caisse a refusé d'intervenir.

Le Tribunal fédéral a jugé que la patiente avait été induite en erreur par les renseignements inexacts fournis par le médecin, de sorte que la responsabilité de ce dernier pour violation d'une obligation résultant du mandat doit être admise.

b. La formulation utilisée par le médecin et son attitude n'étaient pas propres à éveiller les doutes de la patiente quant à la couverture d'assurance. En effet, le médecin était un spécialiste des troubles liés à l'obésité. La patiente pouvait donc penser avec raison qu'il était en mesure de la renseigner correctement à propos de la couverture des frais par l'assurance-maladie. De façon plus générale, le prestige attaché à la profession de médecin et la situation d'infériorité du patient empêchent souvent ce dernier de mettre en doute les paroles du praticien.

Par ailleurs, le médecin n'a pas fait part à sa patiente d'une hésitation quelconque ; il ne lui a pas conseillé non plus de se renseigner auprès de sa caisse-maladie avant l'intervention.

2.2. ATFA du 13 janvier 2006 – K 145/05

a. Sur prescription de son médecin traitant, un patient s'est fait remettre un emballage de XENICAL par une pharmacie. Sa caisse-maladie a refusé de prendre en charge ce médicament.

Le Tribunal fédéral des assurances a, d'une part, confirmé que la caisse devait rembourser ce médicament à la pharmacie à charge pour cette dernière d'en réclamer le remboursement à son assuré. D'autre part, il a soulevé la question de la responsabilité du médecin pour défaut d'information.

b. Notre Haute Cour a rappelé que la caisse-maladie est en droit de refuser le paiement de prestations non obligatoires. Le médecin qui est responsable en premier lieu des prescriptions a un devoir d'information à l'égard du patient. Si une limitation médicale prévue par la loi n'est pas respectée, c'est au patient qu'il incombe de rembourser la caisse. Dans ce cas, le patient pourrait éventuellement se retourner contre le médecin en cas de violation du devoir d'informer.

2.3. ATF du 21 septembre 2010 – 9C_388/2010

a. Un assuré domicilié dans le canton de Bâle campagne a été hospitalisé dans un hôpital du canton de Bâle ville en raison de problèmes cardiaques. Une partie des examens a été entreprise de manière ambulatoire à l'hôpital universitaire de Bâle ville qui possédait seul l'infrastructure (cathétérisme cardiaque).

La caisse-maladie a pris en charge l'angiographie coronaire et des implantations de stents. Elle a réclamé par la suite au département du canton compétent la différence entre

les coûts facturés et les tarifs que l'hôpital applique aux résidents du canton.

Le Tribunal fédéral a jugé que le canton n'avait pas à participer à l'hospitalisation pratiquée hors canton, parce que celle-ci n'était pas justifiée médicalement.

b. Au regard de l'ATF 119 II 456, le praticien qui adresse son patient à un hôpital en dehors de son canton de domicile pour entreprendre un traitement médical sans s'assurer de sa prise en charge, et sans en informer son patient, risque d'engager sa responsabilité de mandataire.

2.4. ATF du 11 octobre 2010 – 9C_151/2010

a. Un assuré domicilié dans le canton de Vaud a été hospitalisé pendant neuf jours dans un hôpital à Genève pour différentes pathologies.

Le Tribunal cantonal a estimé que l'état d'urgence n'était admis que pour les premières 48 heures, puis, qu'il n'était plus réalisé. Il a jugé que l'Etat de Vaud ne devait prendre en charge la différence de tarif en raison du séjour hospitalier extra-cantonal pour la seule hospitalisation pendant la période d'urgence.

b. Selon l'art. 41 al. 3 LAMal, si, pour des raisons médicales, l'assuré se soumet à un traitement hospitalier fourni par un hôpital non répertorié du canton de résidence, l'assureur et le canton de résidence prennent à leur charge leur part respective de rémunération au sens de l'art. 49a LAMal. A l'exception du cas d'urgence, une autorisation du canton de résidence est nécessaire.

Le Tribunal fédéral a précisé que le fait de ne conférer le caractère d'urgence qu'aux premières heures d'hospitalisation avec les conséquences sur la prise en charge et le remboursement des frais que cela entraîne ne contrevient nullement à la loi.

c. A mon avis, le fait de limiter le droit aux pleines prestations LAMal aux seules heures d'hospitalisation en urgences et d'exiger ensuite un transfert vers un hôpital du canton de résidence ne paraît guère compatible avec la sécurité du patient, tout transfert étant source de risques supplémentaires. Par ailleurs, la pratique médicale et hospitalière s'en trouverait inutilement compliquée par les démarches administratives induites par le transfert au sortir des urgences vers un autre hôpital.

Enfin, un défaut d'information au patient ou à sa famille et un séjour prolongé dans l'hôpital hors-canton, pourraient entraîner la responsabilité du médecin ou de l'hôpital sur le plan civil au titre de la violation du consentement économique éclairé du patient. Ces derniers pourraient alors devoir assumer la différence tarifaire.

D'autre part, un déplacement au sortir des urgences ne peut qu'accroître les risques pour le patient. Que l'on songe à ceux en rapport avec son déplacement, avec le transfert des données médicales et avec le changement de l'équipe soignante.

VII. Conclusions

Alors qu'à l'époque, les procédures judiciaires touchant le monde médical étaient exceptionnelles, l'on constate depuis le milieu des années 90 une augmentation progressive des réclamations des patients. Cette évolution est certainement le résultat du changement dans les rapports médecin-patient. Par le passé, conformément au modèle paternaliste, il apparaissait normal et même nécessaire de maintenir le patient dans une certaine ignorance salvatrice et protectrice. Le patient « se remettait corps et âme dans les mains de son médecin », qui faisait tout ce qu'il pouvait pour le soigner et le sauver.

Aujourd'hui, le patient veut et doit être informé sur toute l'étendue du contrat thérapeutique avant d'accepter ou de poursuivre un traitement.

Toutefois, pour que le choix du patient d'accepter ou non les soins et/ou l'intervention puisse s'effectuer de façon libre et éclairée, autrement dit, pour pouvoir se déterminer en toute connaissance de cause, l'information doit être délivrée de façon aussi complète et compréhensible que possible.

A défaut, le médecin engage sa responsabilité.