



## La responsabilité civile du médecin

JEAN-MICHEL DUC, avocat à Lausanne

1463

### I. Préambule

Depuis quelques années, la presse multiplie les chroniques relatives à des cas de responsabilité médicale. En les lisant, le public peut avoir l'impression que les erreurs médicales sont en augmentation dans notre pays. Relevons à cet égard qu'à l'émission, «On en parle», de la Radio Suisse Romande, le 1<sup>er</sup> mai 2008, le Dr Pierre Chopard, médecin responsable du service qualité des soins à l'hôpital universitaire de Genève, a indiqué que selon les estimations, il y aurait en Suisse, entre 2000 à 3000 décès par année qui seraient dus à des erreurs médicales. Ce nombre apparaît considérable. Combien tombent invalides temporairement ou définitivement? En entendant ces informations, les patients risquent de perdre la confiance en leur médecin; ils ne peuvent que s'interroger sur la qualité des soins (Cf. Conférences de presse de la Fondation pour la Sécurité des Patients: <http://www.patientsicherheit.ch/>).

Dans un tel contexte, si un traitement prodigué ne répond pas aux attentes du patient, celui-ci peut être tenté de s'interroger sur l'existence d'une erreur médicale.

A notre avis, cette «publicité médiatique» relative à la responsabilité médicale a entraîné une grande visibilité de cette problématique et une croissance des prétentions en dommages-intérêts des patients à l'encontre des médecins et des hôpitaux. Aussi, depuis quelques années, les assurances responsabilité civile et les avocats ont constaté une augmentation sensible de la fréquence des cas annoncés.

Ces cas s'inscrivent, d'une part, dans le cadre d'exigences croissantes des patients vis-à-vis de la médecine, et, d'autre part, d'une très grande complexité technique sur les plans médicaux et juridiques. Elle a eu pour corollaire la diminution du nombre d'assureurs susceptibles d'offrir des assurances responsabilité civile médicale. Seules les plus grandes compagnies d'assurance peuvent encore assumer de tels risques. Enfin, l'augmentation du nombre de cas et des indemnités versées a entraîné celle continue des primes d'assurance.

Dans la présente contribution, nous examinerons deux situations qui posent régulièrement problème en termes de responsabilité civile:

- D'une part, le respect du devoir d'information par le médecin, et
- D'autre part, la violation des règles de l'art médical et la responsabilité pour «faute professionnelle».

### II. Devoir d'information

#### A. Fondement

L'article 10 du code de déontologie de la FMH prévoit ceci:

*«Le médecin fournit au patient une information compréhensible sur les investigations diagnostiques et les mesures diagnostiques envisagées, les résultats d'examen, le pronostic et les risques, ainsi que sur les autres possibilités de traitement.»*

*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.»*

#### B. Etendue du devoir d'information

Le Tribunal fédéral a rappelé que 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 maladie,
- les questions financières, notamment relatives à l'assurance (ATF 4P.265/2002).

Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral s'est référé à la pratique des membres de la société suisse d'orthopédie qui avait alors pour règle de ne pas signaler aux patients les risques dont la fréquence était inférieure à 1 % (ATF 4C.366/2006). Cette pratique a pour avantage de préciser les limites du devoir d'information, et en particulier les risques qui n'ont pas à être communiqués au patient.

#### C. Consentement éclairé du patient

Le consentement éclairé du patient doit être donné librement et pour être valable, il ne doit être entaché ni de tromperies, ni de pressions, et encore moins de menaces. Les pressions d'ordre psychologique ne sont pas évidentes à définir; en effet, il peut être difficile de distinguer le conseil et la persuasion dont fait preuve un médecin consciencieux, de la pression morale exercée par le praticien. S'il s'agit d'une intervention particulièrement délicate quant à son exécution ou à ses conséquences, le patient a droit à une information claire et complète à ce sujet, dispensée suffisamment à l'avance pour qu'il puisse prendre en toute sérénité sa décision sur l'opération.

Par ailleurs, il est évident qu'un consentement requis juste avant une opération, lorsque le patient est déjà sous l'influence de sédatifs, est contraire à son droit d'autodétermination (ATF 4P.265/2002).

#### D. Délai de réflexion

La jurisprudence a posé que, hormis les cas d'urgence relevant de l'état de nécessité, le patient doit pouvoir fournir son consentement au plus tard un jour avant une opération sans gravité particulière.

En revanche, si l'intervention 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, qui doit en particulier permettre au patient de requérir le conseil de proches ou d'amis, 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'opération (ATF 4P.265/2002).

## E. Exceptions au devoir d'information

Cela étant, la jurisprudence (ATF 4P.265/2002) a relevé un certain nombre de cas dans lesquels, il n'y a pas d'obligation d'information du patient. Il s'agit des situations suivantes:

### i. *Les mesures thérapeutiques courantes ou les interventions anodines*

Il s'agit des mesures qui ne présentent pas de dangers spécifiques et qui ne peuvent entraîner d'atteinte importante ou durable à l'intégrité corporelle.

### ii. *Les interventions urgentes*

Il s'agit de celles qui confinent à l'état de nécessité. De même, si dans le cadre d'une opération en cours, il y a nécessité évidente d'en effectuer une autre.

### iii. *Le privilège thérapeutique*

Enfin, il est des cas où le médecin ne doit pas inquiéter inutilement le patient en suscitant chez ce dernier un état d'anxiété préjudiciable à sa santé. Ainsi, un pronostic grave ou fatal peut être caché au patient, mais doit en principe être révélé à ses proches.

## F. Preuve et forme de l'information

C'est au médecin qu'il appartient d'établir qu'il a suffisamment renseigné le patient et obtenu son consentement éclairé préalablement à l'intervention (ATF 4C.366/2006).

A cet égard, un document écrit, détaillé et signé est souhaitable.

## G. Absence d'information et consentement hypothétique

En l'absence de consentement éclairé, la jurisprudence reconnaît au médecin la faculté de soulever encore le moyen du consentement hypothétique (ATF 4P.265/2002). 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'informations, que le médecin n'a pas satisfait. Si le médecin parvient à établir que le malade concerné se

serait tout de même décidé en faveur 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 de la preuve 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 l'opération s'il en avait notamment connu les risques.

## H. Consentement du patient mineur

La jurisprudence admet qu'un patient mineur peut consentir seul à un traitement médical qui lui est proposé lorsqu'il est capable de discernement (ATF 114 Ia 350). Dans un arrêt du 2 avril 2008 (ATF 2C\_5/2008), le Tribunal fédéral a confirmé la condamnation d'un ostéopathe à une amende de CHF 1500.– pour violation du consentement éclairé de la patiente. Une jeune fille de 13 ans s'était fracturé le coccyx. Le médecin consulté alors a proposé l'alternative suivante, soit ne rien entreprendre et laisser faire le temps, soit repositionner le coccyx par toucher rectal par un ostéopathe. La mère de l'adolescente a sollicité l'intervention d'un ostéopathe qui a effectué une première manipulation malgré l'opposition de cette dernière. Dans cette affaire, le Tribunal fédéral a jugé que l'adolescente était apte à comprendre la lésion dont elle souffrait et les renseignements médicaux donnés. Elle pouvait apprécier la portée du traitement proposé ainsi que son alternative et communiquer son choix en toute connaissance de cause.

Ainsi, le mineur capable de discernement peut exercer seul les droits strictement personnels (cf. art. 19 al. 2 CC), parmi lesquels figure la faculté de consentir à un acte médical. Cette tendance à prendre en considération l'avis du mineur est confirmée dans les conventions internationales.

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. 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 éclairé (ATF 114 Ia 350).

## I. Quelques cas tirés de la casuistique

ATF du 9 février 2007 – 4C.366/2006

Lors d'une intervention orthopédique et pose d'une deuxième prothèse totale, la patiente a subi une lésion du nerf crural. L'expertise judiciaire a établi qu'une telle lésion constitue un risque inhérent à ce type d'intervention chirurgicale, même s'il est exceptionnel. Toutefois, une atteinte comme celle dont souffre la patiente est susceptible de survenir même lorsque toutes les précautions ont été prises pour assurer un position-

nement et un maintien correct des écarteurs. En l'occurrence, le médecin n'avait signalé ni le risque de lésion du nerf crural (risque de 0.5 %), ni celui de lésions nerveuses et vasculaires (risque supérieur à 1 %). Or, à l'époque, les membres de la société suisse d'orthopédie avaient pour pratique de ne pas signaler les risques dont la fréquence était inférieure à 1 %.

En l'occurrence, le Tribunal Fédéral a nié la responsabilité du médecin dans le non-signallement du risque de lésion du nerf crural. Par ailleurs, bien qu'il devait indiquer celui de lésions nerveuses et vasculaires, il a admis le consentement hypothétique de la patiente, qui avait déjà subi une intervention semblable quelques années auparavant, laquelle s'était déroulée sans problème.

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

Lorsqu'il prescrit un médicament, le praticien doit avertir le patient des risques particuliers induits par celui-ci. En l'occurrence, dans le cadre d'une trithérapie, une patiente a pris en automédication un autre médicament dispensé uniquement sur ordonnance.

Le Tribunal fédéral a retenu la responsabilité du médecin pour le 50 % du dommage subi. Il a jugé que le médecin avait l'obligation d'attirer expressément l'attention de sa patiente sur les risques d'interactions médicamenteuses et sur la nécessité de prendre un avis médical avant l'absorption de tout autre médicament. Bien que le médecin avait l'habitude d'informer les patients sur les risques d'interactions, en l'espèce, il ne parvenait pas à se souvenir précisément s'il l'avait informée. A cet égard, le comportement du lésé démontre le contraire.

Cela étant, le fait pour un patient de prendre un médicament soumis à ordonnance en automédication, alors qu'il prend déjà une médication lourde sous la forme d'une trithérapie aux effets puissants, témoigne d'une légèreté qui justifie une réduction de la responsabilité du médecin de 50 %.

*ATF du 28 avril 2003 – 4P.265/2002*

Un patient souffrant de troubles cérébraux sous la forme d'un cavernome protubérantiel avec suspicion de saignements est opéré. Les risques de complications sont de l'ordre de 20 à 30 % et ceux de décès de 5 %; ils n'ont pas été communiqués au patient. Il s'en est suivi de graves séquelles invalidantes.

Le Tribunal fédéral a admis la responsabilité de l'hôpital en rapport avec la violation du devoir d'information. Il a jugé que le médecin avait donné des informations trop générales au patient sans mettre l'accent sur les risques sérieux que comportait inmanquablement une intervention lourde au cerveau. Il était essentiel de fournir des précisions afin que le patient puisse se déterminer en toute connaissance de cause, sans tomber dans l'optimisme. A cet égard, le comportement du patient ne peut s'expliquer que par une mise en confiance excessive face à une intervention qui n'était pas urgente.

### III. Responsabilité pour faute médicale

#### A. Fondement du devoir de diligence du médecin

##### A.1 Critères objectifs du devoir de diligence

Dans le cadre de sa marge d'appréciation et de jugement, le médecin doit prendre en compte les risques en rapport avec les circonstances du cas ainsi que les moyens et l'urgence des mesures à entreprendre. Il n'a toutefois pas à prendre en considération les risques et les dangers qui sont immanents à tout traitement ou qui sont liés à la maladie.

L'étendue du devoir de diligence du médecin se détermine selon des *critères objectifs*. Elle dépend des particularités de chaque cas, tels que:

- la nature de l'intervention ou du traitement
- les risques qu'ils comportent
- la marge d'appréciation du médecin
- le temps à disposition
- les moyens disponibles
- la formation et les capacités du médecin.

Au sens de la jurisprudence, il agit de manière fautive lorsqu'il ne le fait pas conformément à l'état actuel de la science médicale (ATF 6B\_646/2007).

##### A.2 Les règles de l'art

Les règles de l'art médical sont constituées des principes établis par la science médicale, lesquels sont généralement reconnus et admis, communément suivis et appliqués par les praticiens. Dire s'il existe une règle professionnelle communément admise, quel était l'état du patient et comment l'acte médical s'est déroulé relève du fait.

En règle générale, les règles de l'art ne sont pas établies par le juge, mais le plus souvent par les experts médicaux appelés à se déterminer.

Il y a violation des règles de l'art, lorsque l'acte médical est indéfendable (*nicht vertretbar*) dans l'état de la science ou, lorsqu'il sort du cadre médical considéré objectivement (cf. ATF 4P.271/2002; ATF 4P.92/2004 – ATF 130 I 337 – Jdt 2005 I 95).

##### A.3 Le fardeau de la preuve de la violation des règles de l'art

En principe, il appartient au lésé, soit au patient ou aux ayants droit, d'établir la violation des règles de l'art.

Toutefois, à titre d'exception, il a été jugé que, lorsqu'il est prévisible qu'un traitement pourrait avoir des effets négatifs, le médecin doit tout faire pour y parer. Si ces effets se produisent, il y a alors présomption d'une violation objective du devoir de diligence (ATF 120 II 248: un patient

souffre d'une infection suite à une injection et à un manque probable de stérilisation; cf. également ATF 4C.345/2003: non respect d'un intervalle entre deux vaccins prescrits par le fabricant et effets négatifs présumés en relation de causalité avec cette violation).

#### A.4 La «faute professionnelle»

Lorsqu'une violation des règles de l'art est établie, il appartient au médecin de prouver qu'il n'a pas commis de faute et qu'il n'est pas responsable. Le Tribunal fédéral rappelle que le médecin répond de toute faute; sa responsabilité n'est pas limitée aux fautes graves. Il répond aussi à des fautes légères.

### B. Quelques cas tirés de la casuistique

*ATF du 18 mars 2004 – 6S.20/2004*

Lors d'un accouchement dans une clinique privée assumé par une sage-femme, le gynécologue de garde a été appelé à son cabinet en raison d'une chute des battements cardiaques de l'enfant. Le médecin est arrivé à la clinique 30 minutes plus tard. Malheureusement, la réanimation a échoué et l'enfant est décédé.

1. S'agissant de la responsabilité du médecin de garde en cas d'urgence, celui-ci doit être joignable et se rendre immédiatement à l'hôpital. En l'occurrence, le Tribunal fédéral s'est demandé si le médecin de garde s'était rendu à la clinique dans les délais exigibles conformément aux devoirs de prudence.

- Pour quels motifs le médecin ne pouvait être joint immédiatement (téléphone, pager)?
- Quel était le temps nécessaire pour se rendre à la clinique?
- Est-ce que le médecin s'est rendu rapidement à la clinique?

2. D'autre part, s'agissant de l'organisation de la clinique et de son infrastructure, celles-ci doivent correspondre aux exigences nécessaires pour le fonctionnement d'une maternité. Le Tribunal fédéral relève que la pratique obstétrique contemporaine requiert la présence d'un obstétricien 24 heures sur 24, ce qui n'est pas la règle dans les établissements privés en Suisse.

Dans la clinique en question, il n'y avait pas de gynécologue obstétricien sur place, mais la mise en place d'un service de garde par des médecins gynécologues. A cet égard, sont déterminants les points suivants:

- Selon les connaissances médicales, quels sont les risques typiques liés aux accouchements?
- Quelle doit être la rapidité d'intervention d'un gynécologue obstétricien en cas de complication?
- Quelles sont les règles d'organisation de la clinique?
- Quelles sont les exigences minimales posées par les responsables de la clinique en cas d'urgence?
- Est-ce que le médecin doit être atteignable en tout temps et immédiatement disponible?

- Quel est le laps de temps maximum toléré pour rejoindre la clinique?

*ATF du 26 août 2003 – 4P.110/2003*

Une intervention chirurgicale urologique a entraîné la paralysie de la jambe droite du patient, ce qui constitue une complication très rare. Malgré deux expertises médicales, la cause n'a pu être identifiée avec certitude. Elle pourrait être due à trois raisons, soit la conséquence d'une lésion thermique pendant l'hémostase, soit des points de suture inadéquats, soit encore la conséquence d'une lésion par les lames d'un écarteur.

Le Tribunal fédéral a confirmé l'absence de responsabilité médicale. Il a constaté que les deux experts n'avaient pas été à même d'indiquer l'origine exacte de la lésion, ni de définir les précautions particulières à prendre en cours d'intervention. Il s'en suit que des erreurs techniques ne sont pas établies.

*ATF du 27 mars 2003 – 4P.271/2002*

Suite à des problèmes biliaires, un drain a été posé. Dix jours plus tard, on décida de l'ablation de la voie biliaire. Cependant, en raison de la persistance de douleurs, on procéda à des investigations complémentaires et on retrouva un drain qui avait migré dans le duodénum.

Le Tribunal fédéral a nié l'existence d'une responsabilité médicale, au motif que la migration de drains n'intervient que dans 5% des cas, de sorte que le médecin n'avait pas à la rechercher par d'autres investigations. Il n'y avait donc pas de violation des règles de l'art.

## IV. Conclusions

Ces quelques exemples tirés de la jurisprudence rendent compte d'une évolution certaine des rapports qu'entretiennent les médecins et leurs patients. La publicité médiatique faite autour des erreurs médicales amène de plus en plus de patients à remettre en cause la qualité de la médecine, quitte à introduire un procès pénal ou en responsabilité civile.

Cette nouvelle tendance oblige aujourd'hui les médecins à accorder beaucoup d'attention aux informations qu'ils délivrent. D'une part, ces informations doivent être complètes et comprises des patients. D'autre part, les médecins doivent recueillir le consentement préalable des patients. A défaut, ceux-ci peuvent agir en responsabilité civile et demander réparation pour le dommage causé par le traitement.

Enfin, raison de l'obligation d'établir et de prouver qu'il a suffisamment renseigné le patient, le médecin doit constituer des dossiers détaillés contenant toutes les informations importantes données au patient tant sur les diagnostics, les alternatives au traitement, les risques et les questions d'assurance, que sur les traitements entrepris, les résultats des analyses et l'évolution de l'état de santé. Il en va de la sauvegarde des moyens de preuve pour le médecin qui veut établir et démontrer ce qui s'est effectivement passé. A défaut, l'absence de preuve lui sera préjudiciable.