

L'OBLIGATION D'INFORMATION DU MÉDECIN ET LE CONSENTEMENT ÉCLAIRÉ DU PATIENT EN DROIT SUISSE

PAR SABRINA BURGAT

1. INTRODUCTION

Le droit suisse de la responsabilité médicale connaît une évolution significative depuis les années 1970. Jusque-là, « faire un procès à un médecin était presque mal vu ».¹ Depuis lors, chaque année, le nombre d'arrêts du Tribunal fédéral traitant de la responsabilité des médecins n'a cessé d'augmenter. En parallèle, la question du consentement éclairé du patient a discrètement pris de l'importance.

En 1982, le Tribunal fédéral affirme pour la première fois que le médecin a l'obligation d'informer le patient sur la nature et les risques d'une opération.²

Depuis lors, la jurisprudence n'a cessé de préciser la notion, notamment au regard des questions de modalités du consentement, de fardeau de la preuve, du consentement hypothétique ou encore du consentement d'un patient mineur. Il s'agit donc d'examiner chacune de ces problématiques.

2. FONDEMENTS JURIDIQUES DU CONSENTEMENT ÉCLAIRÉ DU PATIENT

D'une manière générale, l'obligation d'obtenir le consentement éclairé du patient découle du droit fondamental du patient à la liberté personnelle, protégé par l'art. 10 Cst. A cet égard, la liberté personnelle comprend notamment le droit à l'intégrité physique et psychique, ainsi que le droit à l'autodétermination.³

En droit privé, la personnalité du patient est protégée notamment à travers l'art. 28 CC relatif à la protection de la personnalité. La disposition prévoit qu'une atteinte à la personnalité est illicite, à moins d'être justifiée par le consentement de la personne lésée, un intérêt prépondérant ou une loi.

Par ailleurs, le patient et le médecin nouent une relation contractuelle, soumise aux règles relatives au contrat de mandat des articles 394 ss CO. Selon la doctrine, l'obligation contractuelle d'informer se fonde sur la norme générale de l'art. 398 CO, qui instaure l'obligation du mandataire d'agir avec diligence. Partant, pour agir conformément à son

¹ GUILLOD, L'évolution du droit médical au cours des dernières décennies, *in* : BERTRAND/DUMOULIN/LA HARPE/UMMEL (éds), *Médecin et droit médical, Présentation et résolution de situations médico-légales*, p. 61-82.

² ATF 108 II 59.

³ ATF 117 Ib 197, consid. 2a ; ATF 133 III 121, consid. 4.1.1.

obligation, le médecin est tenu de recueillir le consentement éclairé du patient avant toute atteinte à son droit absolu à l'intégrité corporelle.

Certains auteurs fondent l'obligation d'information sur l'art. 400 CO qui permet au mandant, soit le patient, d'obtenir, sur demande, des informations ciblées, concrètes et plus étendues sur l'exécution du contrat. Dans le cadre d'un contrat de soin, le patient a donc le droit d'obtenir les informations relative à sa maladie. Alors que l'information fondée sur l'article 398 CO repose sur le devoir général de diligence du médecin, qui justifie l'atteinte à la personnalité causée par l'exécution du mandat thérapeutique, l'information fondée sur l'article 400 CO crée un droit de nature réelle, qui constitue une obligation exigible en justice.⁴

Le Tribunal fédéral considère qu'un acte médical effectué sans le consentement éclairé du patient est contraire au droit dans son ensemble.⁵ Partant, le comportement du médecin qui n'a pas recueilli le consentement éclairé du patient peut fonder une responsabilité contractuelle ou délictuelle, de droit public ou de droit privé, suivant le statut du médecin concerné.

Du point de vue de la causalité, la responsabilité du médecin s'examine au regard de l'intervention médicale considérée dans son ensemble, d'une part, et le préjudice subi par le patient, d'autre part. Selon le Tribunal fédéral, le défaut d'information crée un lien de causalité naturelle et adéquate entre l'intervention et l'atteinte subie par le patient, indépendamment de savoir si le médecin a violé les règles de l'art médical.⁶

En droit pénal, l'acte médical cause une atteinte l'intégrité du patient au sens des articles 122 ss CP. Dans ce contexte, le consentement du patient à l'acte médical constitue le fait justificatif objectif de l'infraction.⁷

Il s'agit dès lors d'examiner de manière détaillée la notion de consentement éclairé du patient dans le cadre de la relation de soins.

3. NOTION DE CONSENTEMENT ECLAIRÉ DANS LE CADRE DE LA RELATION DE SOINS

a. Généralités

⁴ FELLMANN, 3. Kapitel : Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten, *in*: *Arztrecht in der Praxis*, KUHN/POLEDNA (éds), Zurich, Bâle, Genève 2007, p. 136.

⁵ ATF 108 II 59, consid. 3.

⁶ ATF 108 II 59, consid. 3.

⁷ TF 6B_869/2010, consid. 4.5.

L'activité médicale porte atteinte à l'intégrité physique et/ou psychique des patients, soit, au sens large, à leur personnalité. Toute atteinte à la personnalité est illicite, à moins d'être justifiée par le consentement du lésé, par un intérêt privé ou public, ou par la loi.

Dans la pratique médicale, l'atteinte est donc justifiée en premier lieu par le consentement du patient, voire exceptionnellement (en cas d'urgence par exemple), par l'intérêt privé du patient incapable de discernement.

Le consentement du patient étant la règle d'or dans la pratique médicale, il convient d'examiner plus précisément la notion juridique de consentement, ainsi que son corollaire, l'obligation d'information.

a. Responsabilité d'informer

Aujourd'hui, dans la pratique médicale et surtout hospitalière, le traitement médical est dispensé par une équipe médicale, plutôt que par un seul médecin. Dans un tel cas, se pose la question de savoir quel professionnel de la santé doit donner l'information.

D'une manière générale, chaque professionnel de la santé est responsable d'obtenir le consentement éclairé du patient pour l'acte médical qui entre dans son champ d'intervention. Par exemple, l'anesthésiste est responsable de l'information relative à l'anesthésie, alors que le médecin opérateur porte la responsabilité de l'information sur les conséquences directes de l'opération.

La doctrine ne voit pas d'inconvénient à ce qu'un médecin puisse déléguer le devoir d'information à un tiers, si celui-ci est également médecin.⁸ La question est plus problématique s'agissant de déléguer cette obligation à un tiers non-médecin.⁹ Dans la mesure où, comme dans n'importe quel contrat, le médecin peut recourir à l'aide d'auxiliaires pour exécuter ses obligations contractuelles, conformément à l'article 68 CO, le principe d'une délégation doit être admis.¹⁰ Cela pourrait être justifié pour des raisons

⁸ FELLMANN, (n 4), p. 193.

⁹ GUILLOD, La responsabilité civile des médecins : un mouvement de pendule, *in* : La responsabilità del medico e del personale sanitario fondata sul diritto pubblico, civile e penale, Lugano 1989, p. 120 ; STAEHELIN, Teamarbeit und geteilte Verantwortung in Spital, Arztpraxis und Belegarztverhältnis, *HAVE* 2007, p. 226-234, 229.

¹⁰ CR-WERRO, *ad* art. 398 CO N 8.

d'urgence ou de langue, par exemple. Le médecin en charge du traitement répondrait toutefois personnellement à l'égard du patient du comportement de ses auxiliaires.¹¹

b. Contenu de l'obligation d'informer

Selon la jurisprudence désormais constante du Tribunal fédéral, « 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 et les questions financières, notamment relatives à l'assurance ».¹²

Les termes utilisés par le médecin doivent être clairs et intelligibles pour le patient. Le médecin doit donc adapter son discours au patient. Le Tribunal fédéral a ainsi eu l'occasion de préciser qu'« 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 ».¹³ Dans cet arrêt, il s'agissait de savoir si un patient, lui-même médecin et chirurgien, avait correctement été informé des risques liés à une opération de l'abdomen. En effet, le patient avait expressément donné son consentement à une laparoscopie, à savoir un acte essentiellement exploratoire, mais les résultats ont conduit les médecins à effectuer en urgence, une laparotomie, une appendicectomie et une colostomie transverse. Suite à cette opération urgente, le patient avait développé une nécrose. Dans son analyse, le Tribunal fédéral relève que le patient, lui-même médecin et chirurgien, ne pouvait ignorer le risque de nécrose, puisqu'il s'agissait selon un expert, d'un risque classique de la chirurgie d'urgence.¹⁴

A l'inverse, en présence d'un patient ne disposant d'aucune connaissance médicale ou, par exemple, en cas de difficultés linguistiques, le médecin devrait s'assurer que son discours a bien été compris et, au besoin, pourrait devoir recourir à une tierce personne (par ex. un traducteur).

L'information fournie doit en principe être complète. La nécessité de fournir une information exhaustive doit toutefois être mise en balance avec le besoin d'informer le

¹¹ BURGAT, la Télémédecine et le droit suisse, Analyse au regard du droit contractuel, de la Loi fédérale sur la protection des données, de la responsabilité civile et des assurances sociales, Thèse Neuchâtel 2011, p. 70.

¹² ATF 133 III 121, consid. 4.1.2 et les nombreuses références citées. Voir également TF 4A_737/2011, consid. 2.2.

¹³ TF 4A_66/2007, consid. 5.2.

¹⁴ TF 4A_66/2007, consid. 5.2.

patient de manière personnalisée. En ce sens, l'information doit comprendre tous les facteurs susceptibles d'influencer le patient concerné et individualisé.¹⁵ Il n'est dès lors pas nécessaire que le médecin renseigne minutieusement un patient qui a subi une ou plusieurs opérations du même genre.¹⁶ Plus l'intervention est délicate, du point de vue de son exécution ou de ses éventuelles conséquences, plus l'information doit être claire et complète.¹⁷

Le médecin doit révéler au patient le diagnostic qu'il a été en mesure d'établir sur la base de ses investigations médicales. Il peut être amené à informer le patient sur un acte médical visant lui-même à établir ou confirmer son diagnostic, faute précisément de certitudes sur le diagnostic. A mon sens, le « diagnostic différentiel » ou les doutes sur le diagnostic devraient également être révélés au patient, de manière à ce que les alternatives thérapeutiques qui lui sont proposées puissent être choisies en toute connaissance de cause.¹⁸

L'information sur la thérapie comprend la conduite thérapeutique, c'est-à-dire la manière dont le patient devra se comporter dans le cadre de son traitement médical.¹⁹ Dans un arrêt du 2 mai 2012, le Tribunal fédéral a précisément été amené à examiner si un médecin s'était conformé à son obligation d'informer le patient sur la conduite thérapeutique, en examinant si le patient avait été correctement informé sur la nécessité d'effectuer des examens complémentaires en milieu hospitalier.²⁰ Sur la base d'une appréciation des preuves, le Tribunal fédéral est arrivé à la conclusion que l'information avait effectivement été correctement donnée dans le cas d'espèce, malgré la présence d'une version divergente des faits entre le médecin et le patient.²¹

L'information portant sur les risques de l'acte médical pose des difficultés dans la pratique quotidienne de la médecine. En effet, selon le Tribunal fédéral, le patient doit être informé des risques d'un acte médical, sans toutefois que cette obligation ne s'étende aux mesures thérapeutiques courantes qui ne présentent aucun danger spécial et ne peuvent entraîner aucune atteinte importante ou durable à l'intégrité corporelle.²² De même, il n'a pas à informer le patient des risques de caractère général inhérents à une intervention

¹⁵ MANAĭ, Droits du patient et biomédecine, Berne 2013, p. 86.

¹⁶ TF 4C_366/2006, consid. 4.1.1.

¹⁷ TF 4C.348/1994, consid. 5a, reproduit partiellement in SJ 1995 p. 708 ; TF 4C.366/2006, consid. 4.1.2. ; TF 4P.265/2002, consid.

¹⁸ Sur la question des doutes du médecin, voir not. FELLMANN (N. 4), p. 175 s.

¹⁹ MANAĭ (n. 8), p. 87.

²⁰ TF 4A_737/2011.

²¹ TF 4A_737/2011, consid. 2.4.

²² ATF 117 Ib 197, traduit au JT 1992 I 214, consid. 3b.

chirurgicale telles que les hémorragies, les infections, les embolies, etc.²³ La jurisprudence du Tribunal fédéral est en revanche floue sur la question de déterminer à partir de quel risque statistique, l'information doit être donnée au patient. Il a notamment laissé la question ouverte de savoir dans quelle mesure un risque statistiquement rare, mais objectivement lourd, telle que la cécité, devait être révélé au patient.²⁴ Il a toutefois relevé que ce type d'information pouvait motiver un refus de l'opération chez certains patients, en fonction de leur situation personnelle.

En réalité, au regard de la jurisprudence du Tribunal fédéral, il apparaît que les données statistiques relatives aux risques des opérations jouent un rôle sur l'appréciation d'un éventuel consentement hypothétique du patient.²⁵ En effet, dans deux affaires portées devant lui, le Tribunal fédéral n'a pas permis au médecin de s'exonérer de sa responsabilité en invoquant le consentement hypothétique du patient suite à un défaut d'information sur les risques liés à l'opération. Ces risques étaient évalués dans les deux cas à au moins 30%. Le Tribunal fédéral a alors considéré que le médecin avait violé son obligation d'informer le patient en n'indiquant pas ces risques, pourtant importants.²⁶ Il n'y a donc pas de règle absolue en matière d'information sur les risques, de telle sorte qu'il appartient au médecin d'adapter adéquatement son discours sur les risques de l'opération, en tenant compte de la situation personnelle du patient, soit en particulier son parcours de vie, son état de santé actuel, le degré de ses souffrances, les chances de guérison, etc.

Outre ces informations, il est incontesté aujourd'hui que l'information portant sur la prise en charge par les assurances de l'opération envisagée constitue un des éléments nécessaires à révéler au patient en vue d'obtenir son consentement à l'intervention. Dans un arrêt de 1993, le Tribunal fédéral avait été amené à examiner l'étendue du devoir du médecin d'informer le patient sur la couverture des frais par l'assurance-maladie. Il s'agissait d'une patiente qui souffrait d'obésité et pour laquelle le chirurgien avait pratiqué une gastroplastie, en indiquant à la patiente qu'à son avis, l'opération allait être prise en charge par la caisse-maladie. Or, tel ne fut pas le cas.²⁷ Dans cette affaire, la patiente avait expressément posé la question de la prise en charge de l'opération par sa caisse-maladie, de telle sorte que, selon le Tribunal fédéral, le médecin ne pouvait pas répondre à la légère

²³ ATF 117 Ib 197, traduit au JT 1992 I 214, consid. 3b.

²⁴ TF 2P.101/1994, partiellement reproduit *in* : ZBL 97 (1996), p. 278.

²⁵ Cf. ch. 7.

²⁶ Il s'agit des arrêts ATF 117b Ib 197 et TF 4P.265/2002.

²⁷ ATF 119 II 456

et devait, le cas échéant avouer son ignorance et ses doutes en renvoyant le patient à se renseigner.²⁸

4. EXCEPTIONS AU DEVOIR D'INFORMER ; EN PARTICULIER, LE PRIVILÈGE THÉRAPEUTIQUE

Le Tribunal fédéral admet – en théorie - certaines exceptions à l'obligation d'informer. Outre les cas déjà mentionnés, à savoir la nécessité d'étendre l'opération en urgence, l'exécution d'actes courants sans danger particulier, ou encore lorsque le patient a déjà subi une ou plusieurs opérations du même genre, la doctrine et la jurisprudence admettent également l'exception du privilège thérapeutique.²⁹

L'obligation d'informer le patient peut se heurter parfois à l'intérêt du patient lui-même, lorsque le médecin doit révéler un diagnostic de maladie incurable. Selon la doctrine et la jurisprudence, une telle information pourrait conduire à perturber gravement le patient, de telle sorte que le médecin doit veiller à ne pas inquiéter inutilement le patient, ce qui lui permettrait de taire certaines informations au regard de ce « privilège thérapeutique ».³⁰

Il apparaît primordial que les exceptions à l'obligation d'informer le patient ne conduisent pas à vider de sa substance l'obligation d'informer.³¹ En ce sens, lorsque le juriste est amené à examiner (souvent *a posteriori*) si le médecin s'est conformé à son obligation d'informer le patient, il interprètera de manière stricte les exceptions à l'obligation d'informer le patient. A cet égard, Tribunal fédéral a notamment considéré que le médecin doit obtenir le consentement du patient pour étendre son opération. A défaut d'avoir préalablement obtenu un tel consentement, le médecin doit s'interrompre s'il peut le faire sans danger pour le patient.³² Une telle interprétation restrictive doit également s'appliquer en lien avec le privilège thérapeutique.

Dans un contexte similaire, le législateur suisse a été amené à régler la question de la mise en balance des intérêts du patient, lorsque le droit à l'autodétermination s'oppose à la protection de l'intégrité du même patient, dans le cadre du droit d'accès à son dossier médical.

²⁸ ATF 119 II 456, consid. 3a.

²⁹ ATF 133 III 121, consid. 4.1.2. TF 4A_266/2011, consid. 2.1.

³⁰ TF 4P.110/2003, consid. 3.1.1 ; 4P.265/2002, consid. 4.1; Duc, Responsabilité du médecin - Le consentement thérapeutique et le consentement économique éclairés du patient, *in* : AJP/PJA 2011 253, 256 ; POLEDNA/BERGER, Öffentliches Gesundheitsrecht, Berne 2002, p. 113 s.

³¹ GUILLOD, Le consentement éclairé du patient, Autodétermination ou paternalisme ?, Neuchâtel 1986, p. 77.

³² ATF 108 II 59, consid. 2.

En effet, le droit d'accéder à son dossier médical est prévu à l'art. 8 de la Loi fédérale sur la protection des données. Il permet au patient de prendre connaissance de son dossier médical complet, y compris d'accéder à d'éventuels diagnostics particulièrement difficiles à assimiler, susceptibles de le perturber, voire d'aggraver son état de santé.

C'est pourquoi, l'art. 8 LPD prévoit que « [l]e maître du fichier peut communiquer à la personne concernée des données sur sa santé par l'intermédiaire d'un médecin qu'elle a désigné ». Il s'agit d'une solution médiane, permettant de mettre en balance le droit à l'autodétermination, d'une part, et la protection de l'intégrité corporelle, d'autre part.

Suivant cette réglementation, il apparaît que le médecin ne pourrait que difficilement se prévaloir du privilège thérapeutique pour justifier l'absence d'information au patient. Il appartient en effet au médecin de prendre les mesures de précaution qui s'imposent pour transmettre l'information adéquate au patient, que ce soit par le biais de la présence d'un tiers, ou par l'utilisation d'un vocabulaire adapté. De telles mesures permettent en effet de garantir adéquatement le droit à l'autodétermination du patient, tout en protégeant son intégrité corporelle, lorsque le diagnostic est particulièrement mauvais.³³

5. VALIDITÉ DU CONSENTEMENT DU PATIENT CONCERNÉ

Le consentement ne peut être donné que par une personne ayant reçu et compris toutes les informations susceptibles d'influencer sa décision. Partant, pour consentir de manière éclairée à un traitement médical, le patient doit être capable de discernement.

Est capable de discernement au sens du droit suisse, la personne qui a la faculté d'agir raisonnablement conformément à l'art. 16 CC. Cette disposition prévoit que toute personne qui n'est pas privée de la faculté d'agir raisonnablement en raison de son jeune âge, de déficience mentale, de troubles psychiques, d'ivresse ou d'autres causes semblables est capable de discernement. La notion comprend donc un élément intellectuel, la capacité d'apprécier le sens, l'opportunité et les effets d'un acte déterminé, ainsi qu'un élément volontaire, à savoir la faculté d'agir selon sa libre volonté.³⁴

La notion de discernement est une notion relative, qui s'examine également en fonction de l'âge considéré. Dans le domaine médical, un patient mineur peut être capable de discernement au sens de l'art. 16 CC. Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de se pencher sur la capacité de discernement d'une patiente mineure, âgée de 13 ans, ayant subi une lésion au coccyx. Une doctoresse, puis un ostéopathe ont proposé un traitement consistant en un

³³ Voir not. Message du Conseil fédéral concernant la Loi fédérale sur la protection des données du 23 mars 1988, FF 1988 II 421, 461.

³⁴ ATF 134 II 235, consid. 4.3.2.

toucher rectal pour remettre le coccyx en place. L'alternative thérapeutique consistait à laisser faire le temps.³⁵ Selon le Tribunal fédéral, la patiente âgée de 13 ans était apte à comprendre les renseignements donnés par les praticiens et à apprécier la portée du traitement proposé, comme de son alternative, même si elle avait mal et pleurait durant la consultation.³⁶

Conformément à la lettre de l'art. 16 CC, la capacité de discernement est présumée. Cette présomption n'est pas renversée en présence d'une personne qui semble confuse par moment ou qui souffre de trous de mémoire liés à l'âge.³⁷ Elle ne l'est pas non plus chez une personne légèrement désorientée dans le temps, mais collaborante, présentant des troubles du langage et de la mémoire modérés.³⁸

Le Tribunal fédéral a jugé qu'un syndrome psycho-organique avec diminution moyenne des capacités cognitives et de la volonté peut constituer un cas limite dans lequel la capacité de discernement serait encore admise, compte tenu, dans le cas particulier, du caractère hautement personnel de l'acte en cause et des intérêts en jeu, à savoir la capacité de rédiger un acte successoral.³⁹

Le Tribunal fédéral reconnaît que l'expérience de la vie peut conduire à présumer l'incapacité de discernement, pour les jeunes enfants, ou chez les personnes présentant certaines affections psychiques, telles que des démences séniles. Dans ce cas, la présomption est renversée. L'autre partie intéressée peut alors tenter de prouver un intervalle de lucidité.⁴⁰

6. PREUVE DU CONSENTEMENT

Il appartient au médecin de démontrer qu'il a obtenu le consentement éclairé de son patient à l'acte médical.⁴¹ La solution légale s'explique par le fait qu'il appartient au médecin de prouver le fait justifiant l'atteinte à l'intégrité causée au patient par son geste médical.⁴² Partant, le médecin qui aurait des doutes sur la santé mentale de son patient devrait recourir à un test, voire à une expertise pour vérifier la capacité de discernement.⁴³

³⁵ ATF 134 II 235.

³⁶ ATF 134 II 235, consid. 4.3.5.

³⁷ TF 5A_478/2008, consid. 5.2 ; TF 6B_869/2010, consid. 4.3.

³⁸ TF 6B_869/2010, consid. 5.

³⁹ TF 5C.32/2004, consid. 4.3.2.

⁴⁰ ATF 124 III 5, consid. 1b ; TF 6B_869/2010, consid. 4.2.

⁴¹ ATF 133 III 121, consid. 4.1.3.

⁴² TF 4A_737/2011, consid. 2.2.

⁴³ TF 4P.9/2002, consid. 2c.

Une fois la question de la capacité de discernement établie ou lorsqu'elle est présumée, le médecin doit parvenir à démontrer que le patient a donné un accord en toute connaissance de cause, après avoir obtenu toutes les informations susceptibles d'avoir influencé sa décision. Selon le Tribunal fédéral, le fait de mentionner en termes généraux sur une note interne que l'attention du patient a été attirée sur les risques et les complications possibles d'une opération n'est pas suffisant.⁴⁴ Suivant cette jurisprudence, la pratique, en tout cas en milieu hospitalier, conduit les professionnels de la santé à faire signer des formulaires de consentement aux patients subissant des interventions médicales.

Cette pratique ne permet pourtant pas toujours de prouver le consentement du patient, qui pourrait se prévaloir de tromperies, tels que des mensonges du médecin, ou de pressions, voire de menaces.⁴⁵ Cela pourrait être le cas lorsque, en dehors d'un cas d'urgence, le consentement du patient est requis sans délai, par manque de temps lié à l'organisation hospitalière, notamment. En ce sens, le Tribunal fédéral a considéré que l'octroi au patient d'un délai raisonnable pour se déterminer revêt une importance primordiale. Cette période de réflexion devrait en particulier permettre au patient de requérir le conseil de proches ou d'amis, de telle sorte qu'il devrait être donné avant une hospitalisation, « car l'influence, même positive, du milieu médical et hospitalier est impropre à favoriser la formation de la volonté objective du patient ».⁴⁶ De même, le consentement du patient ne serait pas valable s'il était donné après avoir déjà reçu des sédatifs, par exemple.⁴⁷

Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a considéré que lorsque le patient se fonde uniquement sur la violation de l'obligation contractuelle d'informer du médecin, sans égard à un acte illicite, il appartient au patient d'apporter la preuve de la violation contractuelle conformément aux articles 394 ss CO relatifs au contrat de mandat.⁴⁸ Ainsi, les règles sur le fardeau de la preuve diffèrent suivant le régime délictuel ou contractuel de la responsabilité. Selon le Tribunal fédéral, il n'y aurait qu'une violation d'une obligation contractuelle, lorsque le patient prétend ne pas avoir été informé sur la nécessité de consulter un spécialiste,⁴⁹ ou ne pas avoir été dirigé correctement suite à une consultation par téléphone. Dans ce cas, le patient supporterait le fardeau de la preuve liée au défaut d'information.

⁴⁴ ATF 117 IB 197, consid. 3b, traduit au JT 1992 I 214.

⁴⁵ MANAï, (n. 8), p. 69 ; TF 4P.265/2002, consid. 5.2.

⁴⁶ TF 4P.265/2002, consid. 5.2.

⁴⁷ TF 4P.265/2002, consid. 5.1.

⁴⁸ TF 4A_737/2011, consid. 2.2.

⁴⁹ TF 4A_737/2011, consid. 2.2.

Selon cet arrêt du Tribunal fédéral le fardeau de la preuve n'est pas réparti de manière identique, suivant le fondement juridique (délictuel ou contractuel) de la responsabilité civile. A mon sens, une telle différence de traitement n'est pas judicieuse pour la sécurité juridique. En effet, l'obligation d'informer le patient ne résulte pas uniquement d'une obligation contractuelle, mais constitue également un fait justifiant l'illicéité de l'atteinte à la personnalité. En ce sens, l'obligation d'informer est également un devoir général imposé à toute personne réalisant un acte touchant à la personnalité d'un tiers.⁵⁰ Une violation de ce devoir peut donc également constituer un acte illicite et engager la responsabilité délictuelle de son auteur. Il ne se justifie donc pas de différencier le régime du fardeau de la preuve dans le domaine médical, suivant le régime délictuel ou contractuel de la relation entre le soignant et le patient, alors que les deux actions sont concurrentes.

Il convient également de relever que dans la majorité des cas, l'action en responsabilité civile engagée contre un professionnel de la santé se fonde sur un régime contractuel, eu égard au délai plus favorable d'une telle action (10 ans), au regard de l'action délictuelle (1 an). Il ne serait donc pas judicieux de « forcer » les actions délictuelles dans le domaine médical, par un régime plus favorable du fardeau de la preuve en matière de consentement éclairé.

7. CONSENTEMENT HYPOTHÉTIQUE

Lorsque le professionnel de la santé n'a pas obtenu un consentement valable du patient, il engage sa responsabilité civile (et potentiellement pénale) pour les conséquences de son intervention médicale. La jurisprudence permet toutefois au professionnel de la santé de s'exonérer de sa responsabilité en invoquant le consentement hypothétique du patient. La notion de consentement hypothétique du patient est ainsi un moyen de défense du professionnel de la santé, créé par la jurisprudence.

La doctrine n'est pas unanime sur la question théorique de savoir si le consentement hypothétique touche plutôt à la causalité ou au comportement de substitution licite, soit à la question de la faute du professionnel de la santé, en tant que condition de la responsabilité civile.⁵¹ Jusqu'ici, le Tribunal fédéral n'a pas eu à trancher la question.

A la lecture de la jurisprudence, il semble toutefois que le Tribunal fédéral rattache implicitement la question du consentement hypothétique à la question de la causalité. En effet, l'examen des juges en matière de consentement hypothétique porte plutôt sur la

⁵⁰ ATF 95 II 93, consid. 2.4 ; ATF 90 II 274, consid. 4.

⁵¹ FELLMANN (n. 4), p. 227.

question de savoir si le patient aurait consenti au traitement s'il avait connu les risques.⁵² En cas d'admission du consentement hypothétique du patient, il est possible de retenir que le dommage se serait de toute manière produit malgré l'information, de telle sorte qu'il n'y a pas de lien de causalité naturelle entre le manquement dans l'information et son résultat.

Le Tribunal fédéral a ainsi admis le consentement hypothétique pour une opération d'un œil en raison d'une grave myopie, au motif que le patient avait d'ores et déjà subi la même opération sans séquelles du premier œil.⁵³ Il avait effectué le même raisonnement concernant une opération de la hanche, en présence d'un patient qui avait subi la même opération deux ans auparavant à l'autre hanche.⁵⁴ De même, le Tribunal fédéral a admis le consentement hypothétique pour une opération urologique, malgré l'absence d'information sur les risques - rares - d'une lésion du nerf obturateur. Le Tribunal fédéral a notamment pris en compte les souffrances avant l'opération dont faisait état la patiente. Elle avait qualifié sa situation « d'inférieure », vu les désagréments qu'elle subissait dans tous les domaines de sa vie, aussi bien sur le plan personnel, familial que professionnel.⁵⁵

Aujourd'hui, le Tribunal fédéral semble enclin à admettre plus fréquemment le moyen de défense du professionnel de la santé tiré du consentement hypothétique du patient. Il admet notamment un consentement hypothétique lorsque le patient ne parvient pas à démontrer que le genre ou la gravité du risque encouru aurait nécessité un besoin accru d'information ou lorsque le patient ne fait pas état de raisons personnelles qui l'auraient incité à refuser une intervention s'il avait été dûment informé.⁵⁶ En ce sens, le patient doit collaborer à la preuve de manière active, en rendant vraisemblable les motifs qui l'auraient incité à refuser l'acte médical, s'il avait connu les risques.⁵⁷

8. CONCLUSION

La notion de consentement éclairé des soins dans la responsabilité médicale a connu une évolution remarquable depuis les premiers arrêts parus dans les années 1980. Si, dans ses premières décisions, le Tribunal fédéral a eu l'opportunité de reconnaître la notion de consentement éclairé du patient et d'en tirer les règles qui s'imposent en matière de responsabilité, l'évolution de la jurisprudence depuis les années 2000 tend à démontrer que les patients parviennent de plus en plus difficilement à fonder la responsabilité du professionnel de la santé en raison de la violation du consentement éclairé du patient.

⁵² ATF 117 Ib 197, consid. 5a, traduit au JT 1992 I 214.

⁵³ TF 2P.101/1994, publié *in* : ZBl 1996 278.

⁵⁴ ATF 133 III 121.

⁵⁵ TF 4P.110/2003, consid. 3.2.

⁵⁶ TF 4C.66/2007, consid. 5.2.

⁵⁷ ATF 133 III 121, consid. 4.1.3.

Cette tendance peut partiellement être expliquée par l'évolution de la notion de consentement hypothétique du patient, et la tendance du Tribunal fédéral à admettre plus facilement ce moyen de défense. Mais elle pourrait peut-être également s'expliquer par l'évolution bienvenue de la pratique médicale, si l'on admet qu'aujourd'hui, les praticiens sont sensibilisés à la question du consentement éclairé du patient, de telle sorte qu'ils parviennent à répondre à satisfaction aux exigences légales en matière d'obligation d'information. Reste à déterminer si ces exigences légales reflètent de manière fidèle les exigences éthiques en matière de relations humaines...